أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩هـ)

تحقيق
أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الأول

مفهرس وكامل - 4 مجلدات في ملف واحد

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩ هـ)

تحقيق
أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الأول

الاصطلام

فِي الخِلَافِ بَيْنَ الإِمَامَيْنِ الشَّافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَة

الطَّبْعَة الأُولَى
١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ ٱلكُتُبِ وَٱلرَّسَائِلِ ٱلعِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ ٱلكُوَيْت

E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مَكْتَبَةُ الإِمَامِ الذَّهَبِيِّ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيع

* الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
* فرع حولي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
* فرع المصاحف : حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
* فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
* فرع الجهراء : الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
* فرع الرياض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٠٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥٠ الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

E-mail: z.zahby74@yahoo.com imamzahby

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْت

الاصْطِلَام

فِي الخِلَافِ بَيْنَ الإِمَامَيْنِ الشَّافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَة

تَأْلِيفُ

أَبِي المُظَفَّرِ السَّمْعَانِيِّ

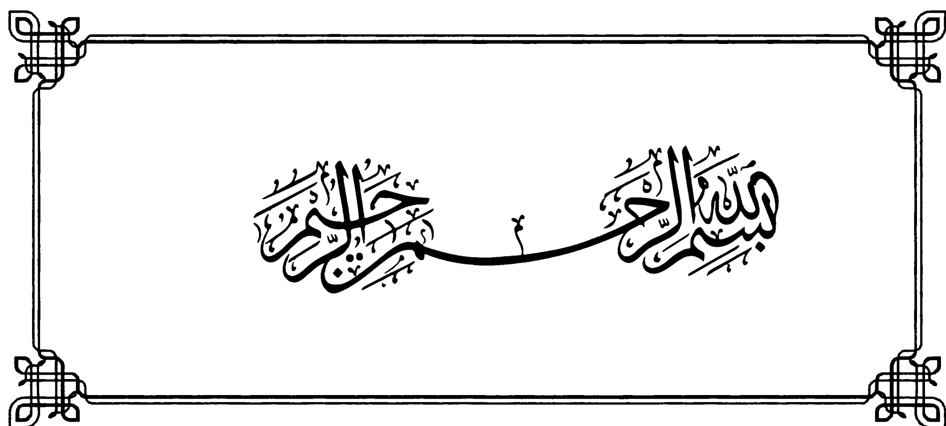
مَنْصُورِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ الجَبَّارِ التَّمِيمِيِّ المَرْوَزِيِّ

الحَنَفِيِّ ثُمَّ الشَّافِعِيِّ (٤٨٩ هـ)

تَحْقِيقُ

أ. د. نَايِف بْن نَافِع العَمْرِيّ

الجُزْءُ الأَوَّلُ


بسم الله الرحمن الرحيم

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

يسرُّ «مشروع أسفار» أنْ يقدِّمَ للقارئ الكريم الإصدارَ الخامسَ والثَّلاثين من إصدارات المشروع: (**الاصطِلام في الخلافِ بينَ الشَّافعيِّ وأبي حنيفَة**)، للإمام أبي المظفَّر السَّمعاني الحنفي ثم الشَّافعي (ت ٤٨٩)، الذي **يطبع تامًّا لأوَّل مرَّة**.

كتابنا: من أعظم كُتُب الخلافيَّات؛ لإمامةِ مصنِّفه في الفقه والأصول، وقوَّةِ عارضته، ودقَّة حجَّته، وعلوِّ أسلوبه وعربيَّته، ومعرفتهِ بالحديث، **ودرايتهِ** «بالمذهبين: الحنفيِّ والشافعيِّ» **وتحقيقهِ** لمذهبِ مخالفيه؛ فكان بدءهُ حنفيًّا على مذهب أبيهِ ثم مُناظراً عنه أكثر من (**ثلاثين سنة**) ثم تحوَّل لمذهب الشَّافعي، وعمَدَ في «الاصطلام» إلى المسائل الخلافية الشَّهيرة محلِّ المناظرة بين المذهبين، فانتصر فيها لمذهب الشَّافعي، واصطَلَم أدلَّة مخالفيه فلم يُبق منها شيئاً.

ويؤكِّد **أهمية الكتاب**: احتفاءُ مؤلِّفهِ به، وثناؤه على «خلافيَّاته معَ الحنفيَّة» بقوله: «نبَّهتُ فيها على **معاني الفقه**، واستخرجتُ لطالبيها **قلائدَ وفرائدَ**، طالما كانوا في طلبِها فاعتاصَت عليهم؛ إلى أنْ يسَّر الله ذلك.. أظنُّ أن **لا مزيدَ عليها**، ولا محيدَ للمحقِّقين عنها».

وقصَدَ **معارضة** كتاب «**الأسرار للدَّبوسي**» وهو من أجلِّ كتب «**علم الخلاف**» بل عدَّهُ البعض: «أوَّلَ إبرازٍ فيه»، ولكون القاضي الدبوسي عمدة الحنفية في طبقته؛ كان للسَّمعاني اختصاصٌ به، فبعدَ تصنيفه «**الاصطلام**»

وضَعَ كتابه العظيم: «**القواطع**»؛ الذي «هو أحسنُ وأجمعُ ما صُنِّف في أصول الفقه»؛ بتعبير ابن السُّبكي، **ومن مقاصده** فيه: معارضةُ «تقويم الأدلَّة للدبوسي»، **ويُلحَظ** اشتراكُ اسمَيْ كتابي السمعاني في أصل المعنى: وهو **قطعُ حجَّة المخالف**.

وبلغ بالاصطلام من الاشتهار أنْ قيل فيه: «**سارَ في الآفاقِ والأقطار**»، ولتقدُّمه في عصر التَّصنيف وقوَّة الشَّخصية العلميَّة صار مصدراً أصيلاً وموردا عذباً مفيداً؛ لمن جاء بعدهُ من المصنِّفين في شتَّى ميادين العلوم: كالفقه والأصول وشروح الحديث والفتاوى وغيرها، فهو ركنٌ راسخٌ في بناء المكتبة الإسلامية.

ونختم بعبارةٍ من لطيفِ الثَّناء على المصنِّف؛ وهي قولُ **إمام الحرمين الجويني**؛ وهو من هو: (لو كان الفقهُ ثوباً طاوياً؛ لكان أبو المظفَّر بنُ السَّمعاني طرازَهُ).

ونسأل الله تعالى المغفرة والرَّحمة للمؤلِّف والمحقِّق، وأنْ يجزيهما بأحسن ما جزى عالمًا في علمه وعمله، وأنْ يبارك للمساهمين في هذا المشروع النَّافع: **(أسفار)** ويمدَّهم بعونٍ منه وفضل، ويجعل ما قدَّموه في ميزان الأعمال مغفرةً للذنوب وتكفيراً للسيِّئات ورفعةً للدَّرجات، إنَّه سميع مجيب.

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت




مُقَدِّمَة

بسم الله الرحمن الرحيم



الحمد لله نحمده ونستعينه ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا، من يهدي الله فهو المهتدي، ومن يضلل فلن تجد له وليًا مرشدًا.

وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا عبده ورسوله، النبي الأمي المبعوث رحمة للعالمين، أشهد أنه بلغ الرسالة، وأدى الأمانة، ونصح الأمة، وجاهد في الله حق جهاده، وأبان الحُجَّة، وأوضح المحَجَّة فقال: (تركتكم على المحجَّة البيضاء ليلها كنهارها لا يزيغ عنها إلا هالك).

وقد قام أصحابه من بعده رضوان الله عليهم بنشر هذا الدين وتبليغه للناس على ما أراده الله ورسوله ﷺ، وحملوه إلى الناس صافيًا ونقيًا كما أنزل، وكما سمعوه، ثم حمله التابعون من بعدهم، ثم مَنْ بعدهم على ما جاء في الأثر: «يحمل هذا الدين من كل خلف عدوله ينفون عنه تحريف الغالين وانتحال المبطلين، وتأويل المخالفين»(١).

---

(١) رواه ابن الجوزي في الموضوعات ٧/١، وابن عدي في الكامل ١٥٢/١ من طرقٍ كلها ضعيفه ورواه البزار في مسنده ٨٦/١ وقال: فيه خالد بن عمرو منكر الحديث قد حدث=

قال الخطيب البغدادي ـ أبو بكر أحمد بن علي[1] ـ: «وهذه شهادة من رسول الله ﷺ بأنهم أعلام الدين وأئمة المسلمين لحفظهم الشريعة من التحريف، والانتحال الباطل، ورد تأول الأبله الجاهل، وأنه يجب الرجوع إليهم، والمعوّل في أمر الدين عليهم، رضي الله عنهم»[2].

وإن أبا المظفر منصور بن محمد السمعاني ـ صاحب الاصطلام ـ من هذا الصنف، فقد رد على أهل القدر في كتاب يقال إنه ألّفه في عشرين جزءاً، وحمل لواء السُّنة والذّب عنها في خراسان ومرو في عصره.

قال أبو القاسم ابن إمام الحرمين: «أبو المظفر السمعاني شافعي وقته» وألف كتابه المسمى «الانتصار لأهل الحديث».

وقد كتبتُ نبذة مختصرة عن أبي المظفر السمعاني للتعريف بهذا الإمام العلامة تشمل:

* اسمه ومولده ونسبه.
* نشأته وأسرته.
* عودته من الحج وانتقاله إلى مذهب الشافعي.
* رجوعه إلى مرو.
* جلوسه للوعظ في نيسابور.

= بأحاديث لم يتابع عليها وهذا منها.

(١) الحافظ أحد الأئمة الأعلام صاحب التواليف المنتشرة في الإسلام، ولد سنة ٣٩٢هـ، وتوفي ٤٦٣هـ. شذرات الذهب ٣/٣١٢، العبر ١/٣١٥.

(٢) الجامع لأحكام القرآن ١/٣٦.



❁ تدريسه ووعظه في مرو.

❁ شيوخه.

❁ تلاميذه.

❁ مؤلفاته.

❁ إثبات نسبة الكتاب إلى المؤلف.

❁ مصادره في هذا الكتاب.

❁ وصف المخطوط.

❁ منهج التحقيق.

وأسأل الله تعالى أن يرزقنا الإخلاص في القول والعمل إنه جواد كريم.

وصلى الله وسلم على محمد وآله وصحبه أجمعين.

❁ اسمه:

هو الإمام العلامة الحافظ، مفتي خراسان، شيخ الشافعية، العلم الزاهد، الورع، أحد أئمة الدنيا، الرفع القدر، العظيم المحل، المشهور الذكر، أحد من طبق الأرض ذكره، وعبق الكون نشره: أبو المظفر منصور بن محمد ابن عبد الجبار السمعاني التميمي المروزي، كان حنفيًا، ثم صار شافعيًا[(١)].

---

(١) ترجمته في: الأنساب ٣/٢٩٩، المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة ١٣/ب، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٤، العبر ٢/٣٦١، طبقات السبكي ٥/٣٣٥، شذرات الذهب ٣/٣٩٣، البداية والنهاية ١٢/١٦٤، اللباب ٢/١٣٨، كشف الظنون ١/٤٤٩، هدية العارفين ٢/٤٧٣، النجوم الزاهرة ٥/١٦.

❁ نسبه:

قال ابن السمعاني في الأنساب: «وأما سمعان الذي ننتسب إليه فهو بطن من تميم، هكذا سمعت سلفي يذكر ذلك.

فأول مَنْ حدّث من سلفنا.......[١] ثم القاضي الإمام، أبو منصور محمد بن عبد الجبار بن أحمد بن محمد بن جعفر بن أحمد بن عبد الجبار بن الفضل بن الربيع بن مسلم بن عبد الله بن سمعان التميمي، وولده أبو القاسم علي، وأبو المظفر منصور جدي»[٢].

❁ نشأته:

نشأ أبو المظفر السمعاني في أسرة اشتهرت بالعلم والقضاء، فتفقّه على أبيه ودرس الفقه الحنفي وبرع فيه وبرّز على أقرانه، قال عبد الغافر الفارسي: «الإمام أبو المظفر وحيد عصره في وقته فضلًا وطريقة وزهدًا وورعًا من بيت العلم والزهد، أبوه القاضي محمد من وجوه مشايخ مرو وأفاضلهم، وهذا نشأ في التعلم ودرس على أبيه الفقه وتخرج فيه وصار من فحول أهل النظر...»[٣].

ويقول عن نفسه: «ما حفظتُ شيئًا فنسيتُه»[٤].

قال ابن السمعاني: «سمع الحديث الكثير في صغره وكبره، وانتشرت

---

(١) بياض في الأنساب.
(٢) الأنساب ٣/٢٩٨.
(٣) المنتخب ورقة ١٣٠/ب.
(٤) طبقات السبكي ٥/٣٤٤، سير أعلام النبلاء ١٩/١٩٩.

عنه الرواية، وكثر أصحابه وتلاميذه وشاع ذكره»[١].

كان حسن الاعتقاد، ردّ على القَدَريّة في كتابه المسمى «الردّ على القَدَرية».

ونقل الذهبي في السير عن أبي سعد ـ حفيده ـ قوله: «سمعتُ أبا الأسعد بن القشيري يقول: سئل جدُّك بحضور والدي عن أحاديث الصفات فقال: عليكم بدين العجائز».

ومعنى هذا أن السلامة في التسليم لمراد الله في هذه المواضع بدون تشبيه أو تحريف أو تعطيل أو تكييف.

وبعد أن قوي أبو المظفر واشتد عوده رحل إلى نيسابور لطلب المزيد من العلم، والتقى بإمام الحرمين كما سيأتي في رحلاته[٢].

❁ **مولده:**

ولد في ذي الحجة سنة ست وعشرين وأربعمائة[٣].

❁ **وفاته:**

توفي يوم الجمعة الثالث والعشرين من شهر ربيع الأول سنة تسع وثمانين وأربعمائة، ودفن بأقصى سنجدان ـ إحدى مقابر مرو[٤] ـ، عاش

(١) الأنساب ٢٩٩/٣.
(٢) سير أعلام النبلاء ١١٩/١٩.
(٣) الأنساب ٢٢٩/٣، سير أعلام النبلاء ١١٤/١٩، طبقات السبكي ٣٣٥/٥، المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة ١٣٠/ب.
(٤) الأنساب ٢٢٩/٣، سير أعلام النبلاء ١١٩/١٩، العبر ٣٦١/٢، طبقات السبكي ٣٤٥/٥،=

ثلاثًا وستين سنة. رَحِمَهُ اللَّهُ.

❀ رحلاته:

نشأ أبو المظفر نشأة أبناء العلماء فلقي العناية والرعاية، ودرس الفقه، وقد تخرّج على أبيه وصار من فحول أهل النظر، وهو يومئذٍ حنفي المذهب.

قال عبد الغافر الفارسي: «ثم قدم نيسابور وحضر مجلس المناظرة وتكلّم في المسائل بحضرة إمام الحرمين فارتضى كلامه وأثنى عليه وأقرّ له بالفقه»[(١)].

ولا يُعرف متى خرج من مرو إلى نيسابور، إلا أن السبكي في الطبقات قال إنه: «دخل بغداد سنة ٤٦١هـ، وناظر بها الفقهاء، وجرت بينه وبين أبي نصر بن الصباغ مناظرة أجاد فيها الكلام، واجتمع بالشيخ أبي إسحاق الشيرازي وهو إذ ذاك حنفي»[(٢)].

ومن بغداد خرج إلى الحج وهو شاب[(٣)]، من غير الطريق المعتاد، وقد قُطِعَ طريق الحاج بسبب استيلاء الأعراب عليه فَقُطِعَ على أبي المظفر ورفقته الطريق وأُسِرُوا، واستمر أبو المظفر مأسورًا في أيدي عرب البادية صابرًا حتى خلّصه الله.

= البداية ١٦٤/١٢، المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة ١٣٠/ب.

(١) المنتخب ١٣٠/ب مخطوط.

(٢) طبقات السبكي ٣٣٦/٥.

(٣) المنتخب ١٣٠/ب.

وقد ذكر هذه الحكاية الذهبي في السِّير[١] والسبكي في الطبقات[٢]، ونحن نوردها كما جاءت.

قال السبكي: «حَكَى أنه لما دخل البادية وأخذته العرب كان يخرج مع جمالها إلى الرعي، قال: ولم أقل لهم إني أعرف شيئًا من العلم، فاتفق أن مقدم العرب أراد أن يتزوج، فقالوا لنخرج إلى بعض البلاد ليعقد هذا العقد بعض الفقهاء، فقال أحد الأُسراء: هذا الرجل الذي يخرج مع جمالكم إلى الصحراء فقيه خراسان، فاستدعوني وسألوني عن أشياء، فأجبتُهم وكلَّمتُهم بالعربية فخجلوا واعتذروا، وعقدتُ لهم العقد، ففرحوا وسألوني أن أقبل منهم شيئًا فامتنعتُ وسألتُهم فحملوني إلى مكة في وسط السنة وبقيتُ بها مجاورًا، وصحبتُ في تلك المدة سعدًا الزنجاني» اهـ.

وفي هذه الرحلة الميمونة المباركة كان يسأل الله أن يبيِّن له الحق ليتبعه.

قال الحسين بن أحمد الحاجي: «خرجتُ مع أبي المظفر إلى الحج فكلما دخلنا بلدة نزل على الصوفية وطلب الحديث، ولم يزل يقول في دعائه: «اللهم بيِّن لي الحق»، فلما دخلنا مكة، نزل على أحمد بن علي بن أسد وصحب سعدًا الزنجاني حتى صار محدِّثًا».

ونقل الذهبي عن أبي المظفر السمعاني أيضًا قوله: «كنتُ في الطواف فوصلتُ إلى الملتزم وإذا برجل قد أخذ بردائي، فإذا الإمام سعد فتبسمتُ فقال: أما ترى أين أنت؟ هذا مقام الأنبياء والأولياء، ثم رفع طرفه إلى السماء

---

(١) سير أعلام النبلاء ١/١١٥.

(٢) طبقات السبكي ٥/٣٣٧.

وقال: اللَّهم كما سقته إلى أعز مكان، فأعطه أشرف عز في كل مكان وزمان، ثم ضحك إليّ، وقال: لا تخالفني في سرك، وارفع يديك معي إلى ربك، ولا تقولن ألبتة شيئًا، واجمع لي همتك حتى أدعو لك، وأَمِّنْ أنت، ولا يخالفني عهدك القديم، فبكيتُ، ورفعتُ معه يدي، وحرك شفتيه وأمّنتُ، ثم قال: مُرّ في حفظ الله، فقد أجيب فيه صالح دعاء الأمة، فمضيتُ وما شيء أبغض إليّ من مذهب المخالفين»[١].

وقال عبد الغافر في تاريخه: «ثم لما عاد من الحج وقفل إلى مرو، وسمع ولقي المشايخ، وزار المشاهد، وأكثر النظر في الحديث وكتبه، وقع له أن ينتحل مذهب أهل الحديث ويعتقد رأي المطلبي وترك طريقته التي ناظر عليها أكثر من ثلاثين سنة»[٢].

❁ رجوعه إلى مرو:

«لما ذهب إلى الحجاز انتقل إلى مذهب الشافعي في سنة ٤٦٢هـ، وأخفى ذلك وما أظهره إلى أن وصل مرو وجرى له في الأسفار محنٌ ومخاصمات»[٣].

«ورجع إلى مرو سنة ٤٦٨هـ وأعلن تحوّله إلى مذهب الشافعي في دار ولي البلد مَلَكَانك بحضور أئمة الفريقين في شهر ربيع الأول»[٤]، فكان هذا

(١) سير أعلام النبلاء ١١٨/١٩.
(٢) المنتخب ١٣/ب.
(٣) الأنساب ٢٩٩/٣، اللباب ١٣٨/٢.
(٤) طبقات السبكي ٣٤٤/٥.

الإعلان بداية لمرحلة جديدة في حياة أبي المظفر فقد تنكّر له وهجره أخوه أبو القاسم علي السمعاني «وقال: خالفت مذهب الوالد وانتقلت عن مذهبه، فكتب كتابًا إلى أخيه وقال: ما تركتُ المذهب الذي كان عليه والدي ﷺ في الأصول، بل انتقلتُ عن مذهب القَدرية، فإن أهل مرو صاروا في أصول اعتقادهم إلى رأي أهل القدر...»[(١)].

أما أهل مرو لما سمعوا ذلك اضطربوا وتشوَّش العامة.

قال عبد الغافر في تاريخه: «وتحوّل إلى مذهب الشافعي وأظهر ذلك واضطرب أهل مرو في ذلك، وأدى الأمر إلى تشويش العوام»[(٢)].

وحصلت الخصومة بين المذهبين، وأغلق باب الجامع الأقدم وترك الشافعية الجمعة إلى أن وردت الكتب من جهة مَلَكَانك من بلخ في شأنه والتشديد عليه، فخرج من مرو ليلة الجمعة أول ليلة من شهر رمضان سنة ٤٦٨هـ، وصحبه الشيخ الأجل ذو المجدين أبو القاسم الموسوي وطائفة من الأصحاب وجماعة من العلماء والفقهاء، وسار إلى طوس ثم قصد نيسابور واستقبله الأصحاب استقبالاً عظيمًا حسنًا، وكان في نوبة نظام الملك وعميد الحضرة أبي سعيد محمد بن منصور وأكرموا مورده وأنزلوه في عزة وحشمة»[(٣)].



---

(١) الأنساب ٣/٢٩٨.

(٢) المنتخب ورقة ١٣٠/ب، طبقات السبكي ٥/٣٤٤.

(٣) ينظر: المنتخب ورقة ١٣٠/ب، وطبقات السبكي ٥/٣٤٤.

❁ جلوسه للوعظ في نيسابور:

قال عبد الغافر في تاريخه: «وقام عميد الحضرة بكفايته مع مَنْ معه وعقد له مجلس التذكير، وكان بحرًا فيه حافظًا لكثير من الحكايات والنكت والأشعار، فظهر له القبول من الخاص والعام، وتواترت إليه الفتوح، وكتب نظام الملك في إكرامه وبعث إليه بالخلع والمركب، وأخذ هو في عقد المجلس والمناظرة على رغم المخالفين، وبالغ في سماع الحديث.... وأمر بكتب المتفرقات واستحكم أمره في مذهب الشافعي وأقام مدة بنيسابور»[(١)].

❁ تدريسه ووعظه في مرو:

قال عبد الغافر الفارسي: «وفي سنة ٤٧٩هـ عاد إلى مرو، وعقد له المجلس للتذكير والتدريس في مدرسة أصحاب الشافعي، وصار من الوجوه والأكابر المعتبرين، ورفع نظام الملك من حشمته وقدّمه على أقرانه وعلا أمره وظهر له الأولاد والأصحاب» اهـ[(٢)].

قال عبد الغافر: «واتفق له الحضور بعد ذلك إلى نيسابور بعد ما شاب وسمع بقراءآتي الكثيرة، وكان راغبًا في ذلك، قلَّما كان يحضر مجلسًا إلا ويأمرني بالقراءة، وكان قراءتي أحبُّ إليه من قراءة نفسه»[(٣)].

❁ ذهابه إلى أصبهان:

قال عبد الغافر: «ثم في الكرة الثانية ذهب إلى أصبهان وكان عندهم

---

(١) المنتخب ورقة ١٣٠/ب.

(٢) المنتخب ورقة ١٣١/أ، طبقات السبكي ٥/٣٤٤.

(٣) المنتخب ورقة ١٣١/أ.

في وفاة نظام الملك ثم عاد إلى مرو، وكان أمره كل يوم في العلو إلى أن توفى....»[١].

❁ شيوخه:

❁ سمع بمرو أباه العلامة أبا منصور محمد بن عبد الجبار بن أحمد بن محمد[٢]، وبرع في مذهب أبي حنيفة على والده، وبرّز على الأقران[٣]، قال في المنتخب: «درس على أبيه الفقه وتخرّج فيه».

❁ وسمع أبا غانم أحمد بن علي بن الحسين الكراعي[٤]، وهو شيخ له[٥]، توفي سنة ٤٤٤هـ[٦].

❁ وسمع أبا بكر محمد بن عبد الصمد الترابي المعروف بابن أبي الهيثم[٧] وطائفة بمرو[٨].

❁ عبد الصمد بن المأمون[٩] وطبقته ببغداد.

---

(١) المنتخب ورقة ١٣١/أ.

(٢) الأنساب ٣/٢٩٩، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٥، طبقات السبكي ٥/٣٣٥، العبر ٢/٢٩٧، ٣٦١، شذرات الذهب ٣/٢٨٧، اللباب ٢/١٣٨.

(٣) سير أعلام النبلاء ١٩/١١٥، العبر ٢/٣٦١، اللباب ٢/١٣٨.

(٤) الأنساب ٣/٢٩٩، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٤، طبقات السبكي ٥/٣٣٥، العبر ٢/٢٩٧، ٣٦١.

(٥) سير أعلام النبلاء ١٩/١١٥.

(٦) العبر في أخبار من غبر ٢/٢٨٤، شذرات الذهب ٣/٢٧١.

(٧) الأنساب ١/٤٥٤، ٣/٢٩٩، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٤، ١١٥، طبقات السبكي ٥/٣٣٥.

(٨) سير أعلام النبلاء ١٩/١١٥.

(٩) المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة ١٣٠/ب، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٥.

* أبو حاجب محمد بن إسماعيل بن محمد بن إبراهيم بن كبير الاستراباذي(١).

قال ابن السمعاني: «سمع منه جدِّي الإمام أبو المظفر منصور بن محمد السمعاني».

* أبو صالح المؤذن(٢) واسمه «أحمد بن عبد الملك النيسابوري الحافظ، وقال عبد الغافر الفارسي في المنتخب: «وأكثر من أبي صالح المؤذن»، توفي سنة ٤٧٠هـ.

* أبو الحسن علي بن إبراهيم بن نصرويه بن سنحنام بن هرثمة بن إسحاق بن عبد الله بن أسكر بن كاكجه العربي الخطيبِي السمرقندي من أهل سمرقند، قال ابن السمعاني: «روى عنه جدي الإمام أبو المظفر...»(٣).

* أبو القاسم سعد بن علي بن محمد الزنجاني، شيخ الحرم في عصره كان جليل القدر عالِمًا زاهدًا، كان الناس يتبركون به حتى قال حاسده لأمير مكة: إن الناس يُقبِّلون يد الزنجاني أكثر مما يُقبِّلون الحجر الأسود، حدّث عن جماعة من أهل الشام ومصر».

قال ابن السمعاني: «سَمِعَ منه جدي الإمام أبو المظفر السمعاني(٤)

(١) الأنساب ١/١٣٠ ـ ١٣١، طبقات السبكي ٥/٣٣٥.
(٢) المنتخب من سياق تاريخ نيسابور ورقة ١٣٠/ب، طبقات السبكي ٥/٣٣٥، العبر في أخبار مَنْ غبر ٣/٣٢٧، النجوم الزاهرة ٥/١٠٦.
(٣) الأنساب ٢/٣٨٥.
(٤) الأنساب ٣/١٦٨، سير أعلام النبلاء ١٨/٣٨٥، ١٩/١١٥، طبقات السبكي ٤/٣٨٣،=

بمكة، توفي سنة ٤٧١هـ»[١].

* أبو محمد عبد الله بن محمد بن عبد الله بن عمر بن المجمع بن هزارمرد الصريفيني ـ خطيب صريفين ـ كان أحد الثقات، سمع منه أبو بكر الخطيب الحافظ.

قال ابن السمعاني: «وسمع منه جدي الإمام أبو المظفر...»[٢]، توفي سنة ٤٦٩هـ[٣].

* عبد الحميد البحيري، وقد سمع منه مسند أبي عوانة[٤].

* التفليسي «أبو بكر محمد بن إسماعيل بن محمد النيسابوري»[٥]، توفي سنة ٤٨٣هـ.

وسَمِعَ آخرين غيرهم من المشائخ في أصبهان، ونيسابور، ومصر.

❀ تلاميذه:

روى عنه خلق كثير لا يحصون في كل مصر رحل إليه.. ونحن نذكر البعض فنبدأ بتلاميذه في الحديث ثم بتلاميذه في الفقه:

= ٣٨٤، ٥/٣٣٦، العبر ٢/٣٢٩، شذرات الذهب ٣/٣٣٩، البداية والنهاية ١٢/١٨٩، النجوم الزاهرة ٥/١٠٧.

(١) العبر ٢/٣٢٩.
(٢) الأنساب ٣/٥٣٧، العبر ٢/٣٢٧، طبقات السبكي ٥/٣٣٦.
(٣) العبر ٢/٣٢٧.
(٤) ذكره في المنتخب ورقة ١٣٥/ب.
(٥) ذكره في المنتخب ورقة ١٣٠/ب، ترجم له في العبر ٢/٣٤٦.

(أ) تلاميذه في الحديث:

* ابنه أبو بكر السمعاني محمد المروزي الحافظ، والد الحافظ أبي سعد كان بارعًا في الحديث ومعرفته والفقه ودقائقه، والأدب وفنونه، والتاريخ، والنسب، والوعظ، روى عن أبيه، وعن محمد بن أبي عمران الصفّار، وأملى الكثير وتقدم على أقرانه[1]، عاش ثلاثًا وأربعين سنة، توفي سنة ٥١٠هـ[2].

* أبو العلا علي بن علي أبو القاسم ـ ابن أخيه ـ أقام عنده مدة يدرس الفقه[3].

* محمد بن محمد بن يوسف بن محمد بن الخليل أبو نصر الفاشاني المروزي[4].

قال ابن السمعاني: «إمام مفتٍ، أديب، محدث غزير الفضل، حسن السيرة، عفيف ورع، سمعت منه الكثير»، توفي في السابع عشر من المحرم سنة تسع وعشرون وخمسمائة وله خمس وسبعون سنة (٢).

* محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن أبي توبة أبو الفتح الكشمهيني شيخ الصوفية في مرو، ولد سنة ٤٦١هـ، وقيل: ٤٦٢هـ، سَمِعَ من أبي المظفر السمعاني وروى عنه أبو سعد بن السمعاني، وشريفة بنت

---

(١) الأنساب ٢٩٩/٣، العبر ٣٩٦/٢، شذرات الذهب ٢٩/٤.

(٢) العبر ٣٩٦/٢.

(٣) الأنساب ٢٩٨/٣.

(٤) طبقات السبكي ٣٩١/٦، ٣٩٢، اللباب ١٣٨/٢، الأنساب للسمعاني ٢٢٩/٣، سير أعلام النبلاء ١١٥/١٩.

أحمد بن علي الغازي، وغيرهم، وهو آخر من روى في الدنيا عن أبي الخير محمد بن أبي عمران (سمع منه صحيح البخاري)، توفي في الثالث من جمادى الأولى سنة ثمان وأربعين وخمسمائة[1].

* أبو العلا عنبس بن محمد بن عنبس بن محمد بن عنبس بن عثمان الشوكاني، كان شيخًا عالمًا، قدم مرو وتفقَّه على الإمام أبي المظفر السمعاني وسمع منه الحديث»[2].

* محمد بن سليمان بن الحسن بن عمرو أبو عبد الله القنديني.

قال ابن السمعاني: كان فقيهًا زاهدًا، ورعًا، عابدًا، متهجدًا تاركًا للتكلف، تفقَّه على الإمام عبد الرحمن الزاز، وسَمِعَ من أبي المظفر السمعاني، وروى عنه عبد الرحيم ابن السمعاني، توفي بغندين في عشرين من المحرم سنة ٥٤٤هـ[3].

* أحمد بن محمد بن بشار الخرجردي البوشنجي، أبو بكر، الإمام العابد، ولد سنة ٤٦٣هـ، تفقّه على أبي المظفر بن السمعاني، وعلى أبي بكر محمد بن علي الشاشي وسمع الحديث منهما، توفي بنيسابور يوم الخميس السابع من شهر رمضان سنة ٥٤٣هـ[4].

* إبراهيم بن أحمد بن محمد بن علي بن محمد بن عطاء المروزي،

(١) طبقات السبكي ٦/١٢٤، ١٢٥، شذرات الذهب ٤/١٥٠، العبر ٤/١٣٣، النجوم الزاهرة ٥/٣٠٥، تذكرة الحفاظ ٤/١٣١٣.
(٢) الأنساب ٣/٤٧٠، ونسبته إلى شُوكان: وهي قرية بين سرخس وأبيورد.
(٣) طبقات السبكي ٦/١٠٥ ـ ١٠٦.
(٤) طبقات السبكي ٦/٥٠، الأنساب ٣/٢٩٩.

الإمام أبو إسحاق، سَمِعَ الحديث الكثير وحدث بالكتب الكبار.

قال ابن السمعاني: سمع بمرو الروذ أبا عبد الله محمد بن محمد بن العلاء البغوي، وسَمِعَ أيضًا أبا المظفر بن السمعاني وتفقّه عليه.

قال: وكان إمامًا متقنًا مفتيًا مصيبًا، كثير المحفوظ، توفي سنة ٥٣٦هـ(١).

* عبد الرزاق بن عبد الله بن علي بن إسحاق الطوسي أبو المعالي، ـ وقيل: أبو المحاسن ـ المعروف بالشهاب الوزير، وزير السلطان سنجر، ولد سنة تسع وخمسين وأربعمائة بنيسابور، سَمِعَ من أبي المظفر السمعاني وأبا بكر بن خلف الشيرازي، روى عنه أبو سعد السمعاني، وتفقّه على إمام الحرمين، توفي بسرخس يوم الخميس التاسع عشر من المحرم سنة ٥١٥هـ، وحُمِل إلى نيسابور، ودُفِن بداره برأس القنطرة(٢).

* عبد الواحد بن محمد بن عبد الجبار بن الواحد الإمام أبو محمد المروزي التوثي ـ وتوث من قرى مرو ـ كان من تلاميذ الإمام أبي المظفر السمعاني، سمع محمد بن الحسن المهربندقشاي وشيخه أبا المظفر وغيره، وسَمِعَ منه عبد الرحيم بن السمعاني وغيره، مولده في حدود سنة ٤٥٠هـ، وعُمِّر العمر الطويل، هلك في معاقبة الغز في الخامس من شعبان سنة ٥٤٨هـ(٣).

---

(١) طبقات السبكي ٣١/٧ ـ ٣٢، اللباب ٢٣٠/٢، معجم البلدان ٩١١/٣، طبقات ابن هداية الله ص (٧٦)، الأنساب ٢٩٩/٣، ٢٦٢/٥.

(٢) طبقات السبكي ١٦٨/٧، البداية والنهاية ١٨٩/١٢، الكامل ٢٥٢/١٠، النجوم الزاهرة ٢٢٢/٥.

(٣) طبقات السبكي ٢٠٥/٧، معجم البلدان ٨٨٩/١.

* عمر بن محمد بن علي بن أبي نصر أبو حفص السرخسي الشيرزي ـ وشيرز من أعمال سرخس ـ ولد سنة ٤٥٠هـ، سَمِعَ بمرو أبا المظفر السمعاني وبسرخس أبا الحسن محمد بن محمد بن زيد العلوي، روى عنه أبو سعد السمعاني، له كتاب «الاعتصار والاعتصام في الخلاف والنظر» توفي بمرو في مستهل رمضان سنة تسع وعشرين وخمسمائة[١].

* محمود بن أحمد بن عبد المنعم بن أحمد بن محمود بن مشاده أبو منصور بن أبي نصر، من أهل أصبهان ومن أعيان العلماء ومشاهير الفضلاء، تفقّه على أبي بكر الخجندي، وسَمِعَ من الإمام أبي المظفر السمعاني توفي فجاءة ليلة الجمعة ثاني عشر ربيع الآخر سنة ٥٣٦هـ[٢].

* منصور بن محمد بن علي أبو المظفر الطالقاني، نزيل مرو، سَمِعَ من الإمام أبي المظفر بن السمعاني ومن الفضل بن أحمد بن مثويه، روى عنه الحافظ أبو القاسم بن عساكر، والحافظ أبو سعد السمعاني، توفي في رمضان سنة ٥٢٩هـ بنواحي أبيورد[٣].

* منصور بن محمد بن منصور بن عبد الله بن أحمد أبو المظفر الغازي، المروزي، الواعظ، من أهل مرو.

قال ابن السمعاني: كان فقيهًا زاهدًا، ورعًا واعظًا، حسن الوعظ،

(١) طبقات السبكي ٧/٢٥٠، ٢٥١، الأنساب ٣/٢٩٩، ٤٩٦، اللباب ٢/٤٠، معجم البلدان ٣/٣٥١.
(٢) طبقات السبكي ٧/٢٨٥، اللباب ١/٣٤٥، معجم البلدان ٢/١٣٨، الأنساب ٣/٢٩٩.
(٣) طبقات السبكي ٧/٣٠٦.

عفيفًا، سَمِعَ جدي أبا المظفر، توفي في الرابع والعشرين من شعبان سنة ٥٢٩هـ[١].

* المؤمل بن مسرور بن أبي سهل بن مأمور الشاشي الشيخ الصالح أبو الرجاء الخمركي المأموني، من أهل شاش، سَمِعَ أبا المظفر بن السمعاني وغيره، توفي سنة ٥١٧هـ في مرو ليلة الأربعاء لثلاث بقين من ذي الحجة[٢].

* محمود بن المظفر بن عبد الملك بن أبي توبة المروزي الوزير الكبير أبو القاسم، من أهل مرو، ولد آخر يوم من جمادى الآخرة سنة ٤٦٦هـ، سَمِعَ بمرو أبا المظفر بن السمعاني، وببخاري القاضي أبا اليسر محمد بن محمد بن الحسن البزدوي، روى عنه أبو سعد، وقال: مات أو خُنِقَ في شهر رمضان سنة ٥٣٠هـ، ودفن على باب قلعة بانكر[٣].

(ب) في الفقه:

* عمر بن محمد بن علي بن أبي نصر أبو حفص السرخسي الشيرازي، تفقّه على الإمام أبي المظفر السمعاني[٤].

* منصور بن محمد بن علي أبو المظفر الطالقاني، تفقّه على الإمام أبي المظفر السمعاني[٥].

---

(١) طبقات السبكي ٣٠٧/٧، سير أعلام النبلاء ١١٥/١٩، وفيه (وأبو نصر الغازي).
(٢) طبقات السبكي ٣١٦/٧، ٣١٧، اللباب ٣٨٥/١، معجم البلدان ٤٧٠/٢.
(٣) طبقات السبكي ٢٩٣/٧، ٢٩٤.
(٤) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث.
(٥) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث.

* أحمد بن محمد بن بشار الخرجردي البوشنجي أبو بكر، تفقّه على الإمام أبي المظفر بن السمعاني، وعلق عليه الخلاف والأصول وكتب تصانيفه جميعها بخطه[1].

* محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن أبي توبة أبو الفتح الكشميهني، تفقّه على أبي المظفر ابن السمعاني[2].

* إبراهيم بن أحمد بن محمد بن علي بن محمد بن عطاء المروروذي، الإمام أبو إسحاق، كان أحد أئمة المسلمين، ومن كبار العلماء العاملين تفقَّه على الحسن النيهي، والإمام أبي المظفر السمعاني[3].

* محمود بن المظفر، عبد الملك بن أبي توبة المروزي الوزير الكبير أبو القاسم، من أهل مرو، تفقّه على أبي المظفر ابن السمعاني ثم خرج إلى ما وراء النهر ولقي الأئمة[4].

* أسعد بن محمد بن أبي نصر أبو الفتح الميهني[5] ـ نسبة إلى مهينة قرية بين سرخس وأبيورد ـ هو الإمام الكبير النظار، صاحب الطريقة المتفق على أنه انفرد فيها في علم الخلاف، تفقّه على الإمام أبي المظفر السمعاني، وعلى الموفق الهروي بمرو، وتفقَّه عليه جماعة (٣)، توفي

---

(١) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث.

(٢) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث.

(٣) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث.

(٤) سبقت ترجمته عند الحديث عن تلاميذه في الحديث.

(٥) طبقات السبكي ٤٢/٧ ـ ٤٣، البداية ٢٠٠/١٢، ٢٠٥، سير أعلام النبلاء ٦٣٣/١٩، تذكرة الحفاظ ١٢٨٨/٤، شذرات الذهب ٨٠/٤، النجوم الزاهرة ٢٥٢/٥، ٤٣٠/٢٠.

بهمدان سنة ٥٢٠هـ.

* الجنيد بن محمد بن علي القايني، الشيخ أبي القاسم بن أبي منصور الفقيه الصوفي، ولد سنة ٤٦٢هـ، تفقّه على الشيخين الإمام أبي المظفر السمعاني، والشيخ أبي الفرج الزاز، روى عنه الحافظ أبو سعد ابن السمعاني، والحافظ أبو القاسم بن عساكر، توفي بهراة ليلة الاثنين، ودفن من الغد الرابع عشر من شوال سنة ٥٤٧هـ(١).

* عمر بن محمد بن محمد بن موسى الشاشي أبو حفص، نزيل قاشان.

قال ابن السمعاني: تفقّه على الإمام أبي المظفر التميمي، وكان فقيهًا ورعًا، كثير العبادة، سَمِعَ بمرو أستاذه أبا الفضل التميني، وخلقًا، توفي في أول يوم من شهر رمضان سنة ٥٢٧هـ(٢).

* منصور بن أحمد بن المفضل بن نصر بن عصام المنهاجي الإسفزاري أبو القاسم.

قال ابن السمعاني: كان فقيهًا متورعًا حسن السيرة ظهر له القبول التام بالجبال، وبنى بهمذان ونواحيها خانقاهات، تفقّه بمرو على الإمام أبي المظفر السمعاني، وقُتِلَ فتكًا على باب الخانقاة يوم الاثنين وقت الإسفار رابع عشر شوال سنة ٥٠٢هـ بهمذان(٣).

* محمد بن محمد بن عبد الله بن أبي سهل بن أبي طلحة المروزي

---

(١) طبقات السبكي ٧/٥٤ ـ ٥٦، ٣/٢٢٩.
(٢) طبقات السبكي ٧/٢٥٤.
(٣) طبقات السبكي ٧/٣٠٣ ـ ٣٠٤، اللباب ١/٤٤، معجم البلدان ١/٢٤٨.

الحافظ أبو طاهر السنجي، المؤذن الخطيب، ولد بقرية سنج العظمى في سنة ٤٦٣هـ، وسمع الكثير ورحل إلى نيسابور، وبغداد وأصبهان، وتفقّه على الإمام أبي المظفر السمعاني، وعلى أبي الفرج الزاز، وروى عنه ابن السمعاني، وولده عبد الرحيم.

قال أبو سعد بن السمعاني: كان من أخص أصحاب والدي في الحضر والسفر، وتوفي في شوال سنة ٥٤٨هـ(١).

❁ مكانته وثناء العلماء عليه:

قال الإمام أبو علي بن الصفار: «إذا ناظرتُ أبا المظفر فكأني أناظر رجلًا من أئمة التابعين، مما أرى عليه من آثار الصالحين»(٢).

ونقل الذهبي عن إمام الحرمين قوله: «لو كان الفقه ثوبًا طاويًا لكان أبو المظفر السمعاني طرازه»(٢).

وقال أبو سعد ـ حفيده ـ: إمام عصره بلا مدافعة، وعديم النظير في فنه، ولا أقدر على أن أصف بعض مناقبه، وَمَنْ طالع تصانيفه وأنصف عرف محله من العلم، وكان فقيهًا مناظرًا(٣).

قال أبو القاسم ابن إمام الحرمين: «أبو المظفر بن السمعاني شافعي

(١) طبقات السبكي ٦/١٨٧، ١٨٨، الأنساب ٣/٢٢٩، شذرات الذهب ٤/١٥٠، العبر ٣/١٣٣، ١٣٧، المنتظم ١٠/١٥٥، اللباب ٢/١٣٨، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٥.

(٢) سير أعلام النبلاء ١٩/١١٨، طبقات السبكي ٥/٣٤٢.

(٣) الأنساب ٣/٢٩٩.

وقته»[١].

وقال عبد الغافر الفارسي: «أبو المظفر وحيد عصره في وقته فضلًا وطريقة وزهدًا وورعًا، من بيت العلم والزهد»[٢].

❁ مؤلفاته:

من الغريب جدًا أن المؤلف مكث أكثر من ثلاثين سنة حنفي المذهب يناظر ويسمع ولا يعرف له تأليف إلا بعد أن انتقل إلى مذهب الشافعي.

قال السبكي في الطبقات: «وجميع مصنفاته على مذهب الشافعي ولم يوجد له شيء على مذهب أبي حنيفة[٣]، وهي:

❁ التفسير (المشهور بتفسير السمعاني)[٤].

قال ابن السمعاني في الأنساب: «صنَّف التفسير الحسن المليح الذي استحسنه كل مَنْ طالعه...» اهـ (مطبوع).

❁ البرهان، ويشتمل على ألف مسألة خلافية[٥].

(١) طبقات السبكي ٣٤٢/٥.
(٢) المنتخب ورقة ١٣٠/ب، طبقات السبكي ٣٤٢/٥.
(٣) طبقات السبكي ٣٤٤/٥.
(٤) الأنساب ٢٩٩/٣، البداية ١٦٤/١٢، طبقات السبكي ٣٤٢/٥، سير أعلام النبلاء ١١٧/١٩، كشف الظنون ٤٤٩/١، هدية العارفين ٤٧٣/٢، شذرات الذهب ٣٩٣/٣، النجوم الزاهرة ١٦٠/٥، وقد حقق جزء كبير منه في الجامعة الإسلامية بالمدينة.
(٥) الأنساب ٢٩٩/٣، سير أعلام النبلاء ١١٦/١٩، طبقات السبكي ٣٤٢/٥، هدية العارفين ٤٧٣/٢، البداية ١٦٤/١٢.




* الأوساط في الخلاف[1] أو الأوسط.

وذكره كثيرًا في الكتاب، وأشار إليه في مواضع كثيرة، فقال: «وقد ذكرناه في الأوساط».

* التعليق.

ذكره المؤلف كثيرًا ويشير إليه بقوله: وقد ذكرناه في التعليق.

* منهاج أهل السُنَّة[2].

* الانتصار[3] بالأثر[4].

* الرد على القَدَرية[5].

قال ابن السمعاني: «صَنّفَ كتابًا يزيد على العشرين جزءاً في الرد على القدرية»[6].

(١) الأنساب ٣/٢٩٩، طبقات السبكي ٥/٣٤٢.

(٢) الأنساب ٣/٢٩٩، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٧، طبقات السبكي ٥/٣٤٢، كشف الظنون ٢/١٨٧، هدية العارفين ٢/٤٧٣.

(٣) الأنساب ٣/٢٩٩، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٧، طبقات السبكي ٥/٣٤٢ن كشف الظنون ١/١٧٣، وقال: «وهو مختصر على ثلاثة أبواب:
الباب الأول: في الحث على السُنَّة والجماعة.
الباب الثاني: في فصل الحديث.
والباب الثالث: في شجرة العلم، البداية ١٢/١٦٤.

(٤) سير أعلام النبلاء ١٩/١١٧.

(٥) الأنساب ٣/٢٩٩، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٧، طبقات السبكي ٥/٣٤٢.

(٦) الأنساب ٣/٢٩٨.

❁ فضائل الصحابة.

ذكره الإمام النووي في شرحه لصحيح مسلم وقال: «من أحسنها كتاب فضائل الصحابة للإمام أبي المظفر منصور بن محمد السمعاني»[١]. ولم أجد من أشار إليه إلا النووي.

❁ معجم الشيوخ[٢].

❁ الطبقات[٣].

قال ابن العماد في شذرات الذهب: «وله الطبقات، أجاد فيها وأحسن».

❁ ألف حديث عن مائة شيخ[٤].

قال ابن السمعاني في الأنساب: «وقد جمع الألف الحسان من مسموعاته عن مائة شيخ له، عن كل شيخ عشرة أحاديث».

❁ القواطع في أصول الفقه[٥].

قال ابن السمعاني: «وصنّف في أصول الفقه القواطع، وهو يغني عما

(١) شرح صحيح مسلم للنووي ١/٢١٢.
(٢) ذكره صاحب هدية العارفين ٢/٤٧٣.
(٣) شذرات الذهب ٣/٣٩٣.
(٤) الأنساب ٣/٢٩٩، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٦، شذرات الذهب ٣/٣٩٣، كشف الظنون ١/١٥١، هدية العارفين ٢/٤٧٣.
(٥) الأنساب ٣/٢٩٩، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٧، طبقات السبكي ٥/٣٤٢، البداية ١٢/١٦٤، شذرات الذهب ٣/٣٩٣، كشف الظنون ٢/٣٥٧، هدية العارفين ٢/٤٧٣، النجوم الزاهرة ٥/١٦٠.




صُنِّف في ذلك الفن» اهـ[١].

وقال السبكي في الطبقات: «ولا أعرف في أصول الفقه أحسن من كتاب القواطع، ولا أجمع»[٢].

وقد طبع بتحقيق د. علي الحكمي.

* المختصر «الاصطلام».

الذي سار في الآفاق والأقطار الملقب «بالاصطلام» ردّ فيه على أبي زيد الدبوسي، وأجاب عن الأسرار التي جمعها»[٣].

وقد اختار السمعاني المسائل التي اشتهر فيها الخلاف بين الشافعية والحنفية ولم يتكلم على كل المسائل التي أوردها الدبوسي في الأسرار وإنما اختار من كل باب من أبواب الفقه مسائل تكلم عليها، وانتصر لمذهب الشافعي، ولم أعثر له على رأي مخالف لقول الشافعية إلا في مسألة الفرقة في اللعان حيث قال: «ولست أرى في إثبات حرمة النكاح إلى الأبد معنىً فقهيًا إلا التمسك بالنص»[٤].

❁ سبب تسميته للكتاب بهذا الاسم:

قال في المقدمة: «وقد سميّتُه كتاب الاصطلام لاصطلامه كلام

---

(١) الأنساب ٣/٢٩٨.

(٢) ينظر: الطبقات ٥/٣٤٣.

(٣) الأنساب ٣/٢٩٩، اللباب ٢/١٣٨، طبقات السبكي ٥/٣٤٢، سير أعلام النبلاء ١٩/١١٦، كشف الظنون ١/١٠٧، هدية العارفين ٢/٤٧٣، البداية ١٢/١٦٤، النجوم الزاهرة ٥/١٦٠.

(٤) ٥/٥٤٦.

المخالفين لنا...»[١].

وكلمة «الاصطلام» في لسان العرب تعني الاستئصال، واصطلم القوم إذا أُبِيدُوا[٢].

فلعله أراد بهذا الكتاب قطع حجج المخالف التي يحتج بها في هذه المسائل لقوة الأدلة النقلية والعقلية التي يوردها.

❀ منهجه في الكتاب:

(أ) ذكر أقوال الفريقين.

(ب) ذكر أدلة الشافعية.

(ج) ذكر حجة المخالفين لهم من كتبهم وخاصة «الأسرار»، ولذلك نجده يقول: «هذا ما استدل به أبو زيد في أسراره».

وأحيانًا يقول: «قال أبو زيد:...

(د) الجواب عن هذه الأدلة بأجوبة منقولة ومعقولة في غاية من المتانة والجزالة.

❀ إثبات نسبة الكتاب إلى المؤلف:

ذكر المؤلف في مقدمته اسم الكتاب فقال: وسميتُ الكتاب كتاب الاصطلام[٣].

---

(١) ينظر: مقدمة المؤلف ١/أ.

(٢) لسان العرب: مادة «صلم».

(٣) ينظر: مقدمة الكتاب ١/أ.




وكل مَنْ ترجم لأبي المظفر السمعاني ذكر هذا الكتاب وأقرب الناس إليه حفيده أبو سعد صاحب كتاب الأنساب قال: «المختصر الذي سار في الآفاق والأقطار الملقب بالاصطلام»(١)، وذكره الذهبي في السير(٢) والعبر(٣). وذكره السبكي في الطبقات(٤) ونقل مقدمته وقد أشرت إلى ذلك في المقدمة، ونقل عنه أيضًا مسألة من مسائل البيوع، ونقل ابن حجر في الفتح نصوصًا منه(٥).

وذكره صاحب كشف الظنون(٦).

وذكره ابن كثير في البداية(٧).

وذكره ابن الأثير في اللباب(٨).

وذكره صاحب هدية العارفين(٩).

وذكره رمضان ششن في نوادر المخطوطات(١٠).

---

(١) الأنساب ٣/٢٩٩.
(٢) سير أعلام النبلاء ١٩/١١٦.
(٣) العبر ٢/٣٦١.
(٤) طبقات السبكي ٥/٣٤٢، ٣٤٥.
(٥) فتح الباري ١/٢٩٨، ٩/٥٤٩، ١٢/٣٣٤.
(٦) كشف الظنون ١/١٠٧.
(٧) البداية ١٢/١٦٤.
(٨) اللباب ٢/١٣٨.
(٩) هدية العارفين ٢/٤٧٣.
(١٠) نوادر المخطوطات لرمضان ششن ٢/٩٤، معجم المؤلفين ١٣/٢٠.

❁ مصادر المؤلف في الكتاب:

اعتمد المؤلف في كتابه هذا على كتب الأحكام المختلفة بعد أن اعتمد على كتاب الأسرار لأبي زيد الدبوسي باعتبار أن الكتاب وضع لمعارضته، وعلى الأمالي لأبي زيد أيضًا، وكتاب الزهرة لمحمد بن داود الأصفاني.

كما اعتمد على الصحيحين في النقل وقد أشار إليهما فيقول: روى البخاري في صحيحه، وربما قال: وروى مسلم في صحيحه.

وكذلك اعتمد على كثير من كتب السنن مثل سنن الدارقطني، الديباج للدارقطني، وسنن الترمذي، وسنن أبي داود، والموطأ للإمام مالك، وعلل الحديث لابن أبي حاتم، وفضائل الصحابة للإمام أحمد بن حنبل، ومعالم السنن للخطابي، وفرائض ابن اللبان، والجواهر.

❁ وصف المخطوط:

❁ النسخة الأولى:

اعتمدتُ على نسخة فريدة للكتاب كله قبل أن أعثر على النسخة الأخرى، كتب في آخرها: «فرغتُ من تحريره يوم السبت الرابع عشر من ذي القعدة سنة ٥١٩هـ». وعدد أوراق المخطوطة كاملة ٣٤٩ ورقة أي ٦٧٨ صفحة في كل صفحة ثلاثة وثلاثين سطرًا في كل سطر ثماني عشرة كلمة. وهي مقسمة إلى أربعة أرباع:

القسم الأول: رُبع العبادات وينتهي بكتاب الحج.

القسم الثاني: رُبع المعاملات، ويبدأ بكتاب البيوع.

القسم الثالث: رُبع المناكحات، ويبدأ بكتاب النكاح.

القسم الرابع: رُبع الجنايات.

ومصدرها السليمانية (جار الله) استانبول رقم ٥٨٢، وعليها أختام وتمليكات بعضها سنة ٨٩٥هـ، وبعضها سنة ١١٤٣هـ وبعضها غير واضحة.

وقد كُتِبَ تاريخ نسخ قسم العبادات بعد نهاية الحج، فقال الناسخ: «تَمّ ربع العبادات بعون من الله وحسن توفيقه في شوال سنة ٥١٢هـ».

* النسخة الأخرى للكتاب:

وتبدأ بكتاب النكاح إلى آخر الكتاب، وعدد أوراقها (٢٤٧) ورقة ولم يُكتب عليها تاريخ النسخ، ومصدرها المكتبة الأزهرية، ورقمها (١٩٦٣) رواق المغاربة.

وكُتب عليها «الجزء الثاني من كتاب الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهما، تأليف الشيخ الإمام أبي المظفر منصور بن محمد السمعاني الشافعي رحمه الله فيه ربع النكاح، ورُبع الجراح، عدد مسائله مائة وأربعون مسألة».

* منهج التحقيق:

وقد سلكتُ في تحقيق هذا الكتاب الخطوات التالية:

١ ـ عزو الأقوال التي أوردها المؤلف إلى مصادرها الأصلية.

٢ ـ تخريج الأحاديث الواردة في الكتاب.

٣ ـ عزو الآيات إلى سورها مع ذكر رقمها

٤ ـ أضفتُ في كثير من المسائل قول الإمام مالك والإمام أحمد.

٥ ـ حاولتُ تصحيح النص وإخراجه على أقرب صورة وضعه عليها المؤلف رغم أن نسخة الكتاب فريدة في ربع العبادات والمعاملات، وذلك بالرجوع إلى المصادر التي ذكرها المؤلف وقد أشرتُ إلى هذه المصادر فيما سبق.

❁ **وضعت فهارس عامة للكتاب تشتمل على:**

(أ) فهرس للآيات.

(ب) فهرس للأحاديث.

(ج) فهرس للأعلام الوارد ذكرهم في النص.

(د) فهرس لمسائل الكتاب.

(و) فهرس للمراجع والمصادر.

هذا وأرى أني قد بذلتُ ما استطعته من جهدٍ في تصحيح النص، فإن يكن ذلك فالحمد لله، وإن تكن الأخرى فإن عمل الإنسان عرضة للخطأ.

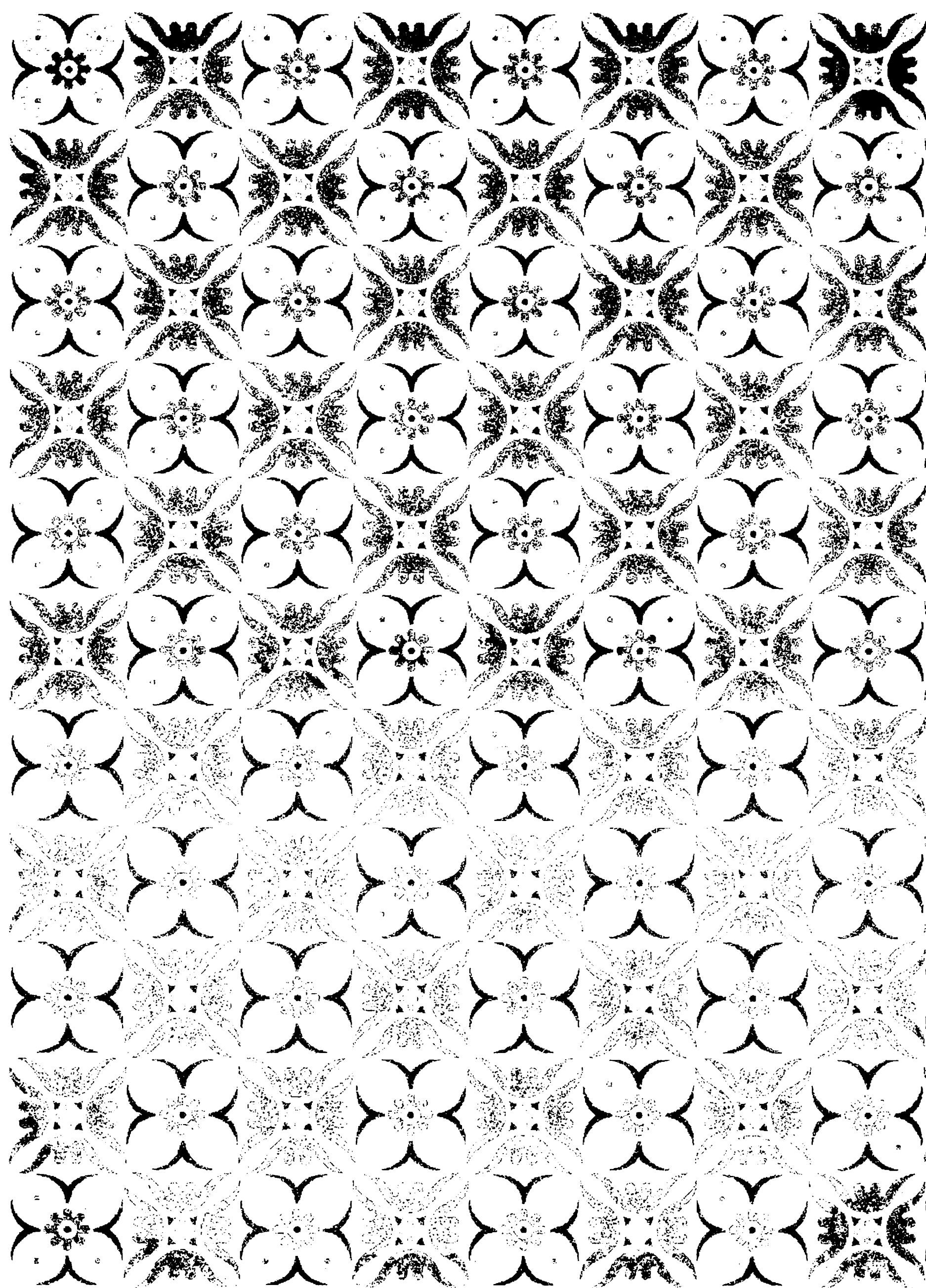
وأسأل الله أن يعصمنا من الزلل، وأن يختم بالصالحات أعمالنا، وصلى الله وسلم على محمد وآله وصحبه أجمعين.

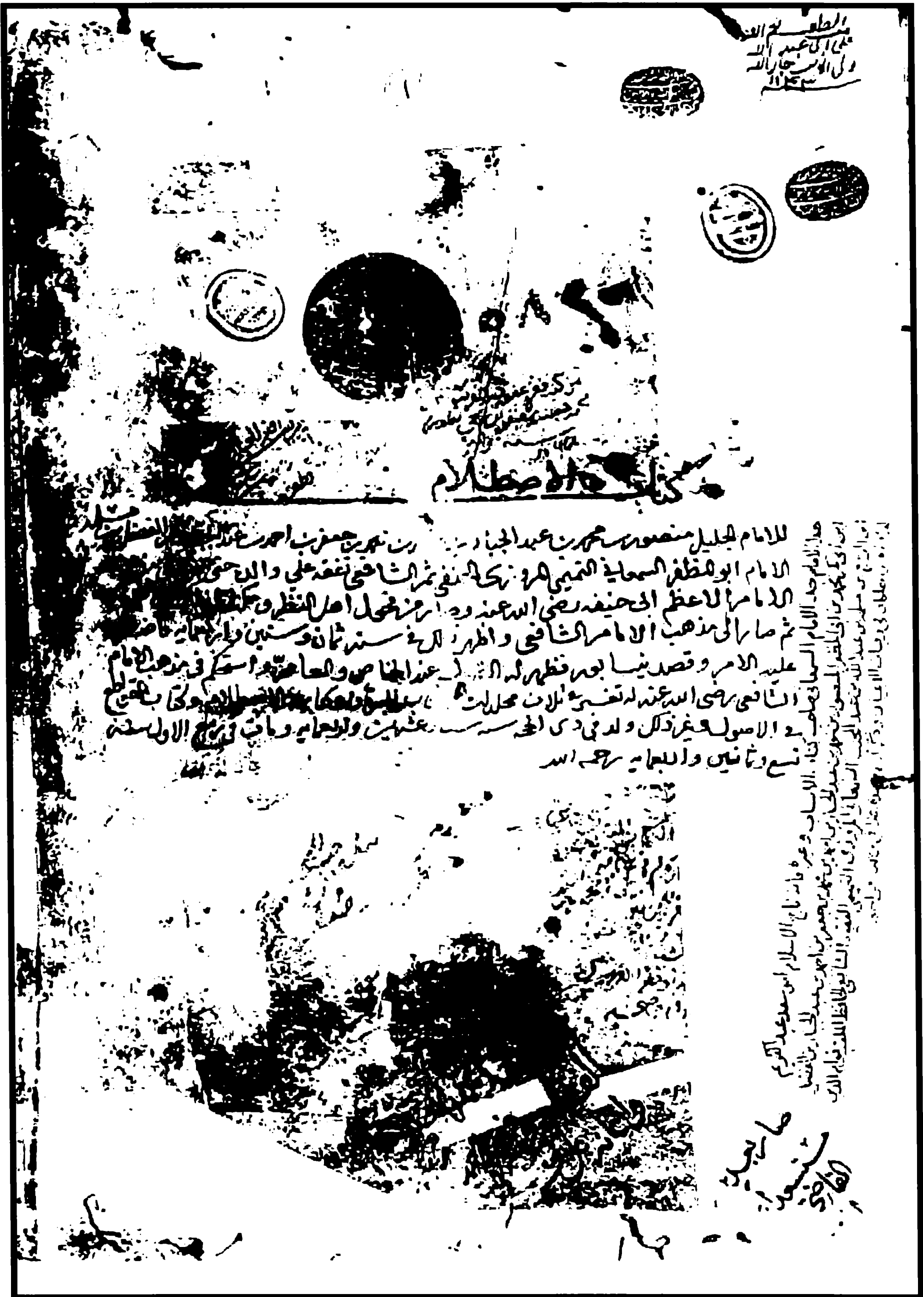
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المحقق

أ.د/ نايف بن نافع العمري

صور من المخطوط المعتمد في التحقيق





الورقة الأولى

(٢)

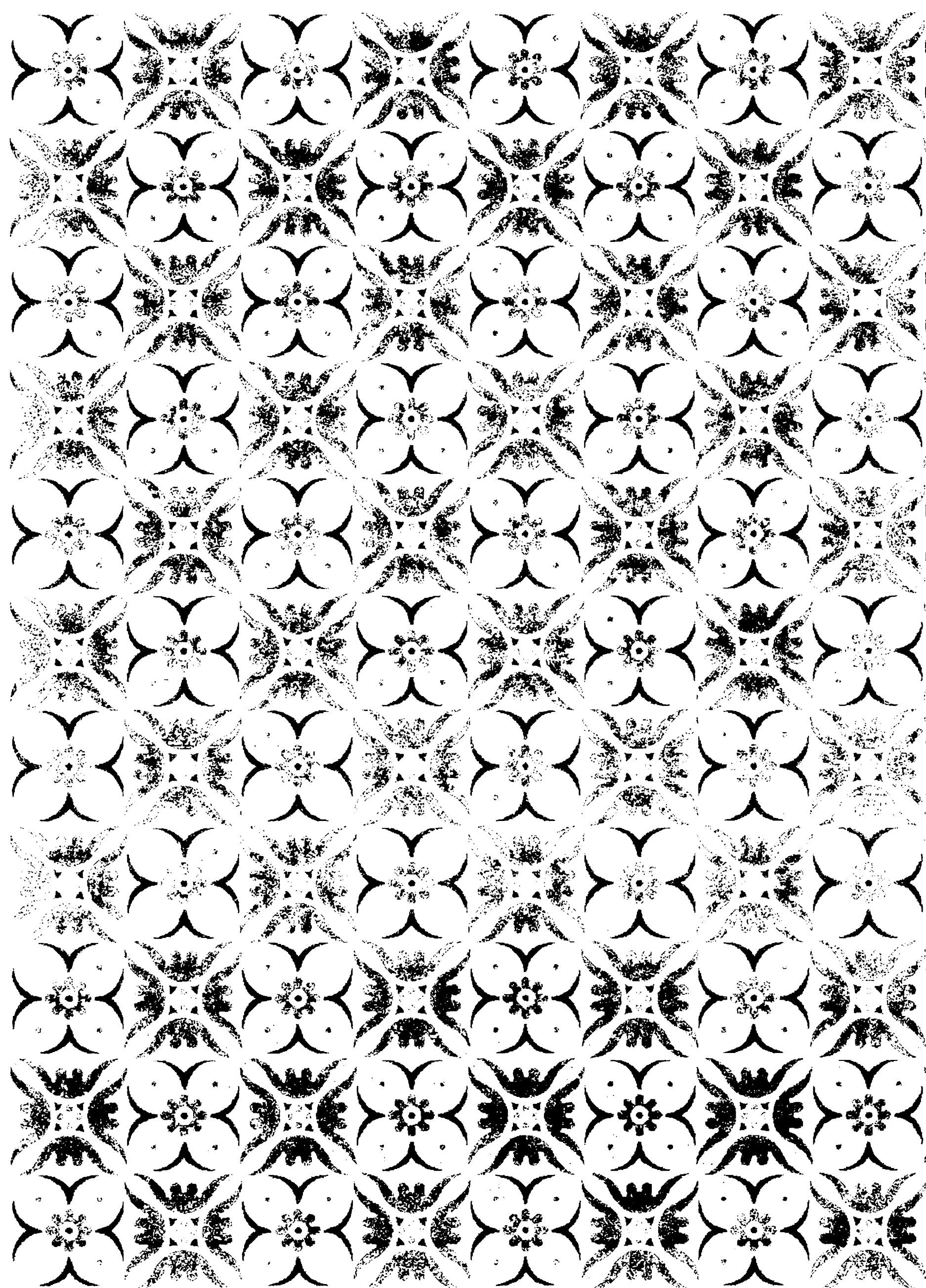
بسم الله الرحمن الرحيم

قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام قدس الله روحه ونور ضريحه بالله أستعين وإياه أعبد
وعليه أتوكل ومنه أستهدي فبه الوثوق وفيه الجهاد له الفضل والثناء الحسن وله الصفات العلى
والأسماء الحسنى اللهم كن لنا ولا تكن علينا وأعذنا من هواجس أنفسنا ومضلات آرائنا وخواطرنا
وأعنّا بلطفك العزيز وأقبل علينا بوجهك الكريم اللهم اجعل صدري خزانة توحيدك ولساني
مفتاح تمجيدك وجوارحي خدم طاعتك فإنه لا عز إلا في الذل لك ولا غنى إلا في الفقر إليك ولا
أمن إلا في الخوف منك ولا قرار إلا في القلق نحوك ولا روح إلا في الكرب لوجهك ولا راحة إلا في الرضا
بقسمتك ولا عيش إلا في جوار المقربين عندك اللهم واجعل سعينا فيما يقربنا إليك وكدّنا فيما يوجب
رضاك وقد برئنا من حولنا وقوتنا إلى حولك وقوتك واهدنا للأرشد فالأرشد والأوفق
فالأوفق والألطف فالألطف اللهم ونسألك أن تصلي على رسولك وصفيك وخيرتك من خلقك
من الصلوات أفضلها وأزكاها وأعمها وأتمها وأعلاها وأوفاها واجعلها وسيلة لنا إلى نيل شفاعته
والوصول إلى كريم وجهه إنك أنت الجواد المنان والرحيم الرؤوف أما بعد فقد سبق مني
كتاب جمعته من الخلافيات سميته البرهان وبلغت فيه غاية ما رمته على ما أتوقعه من إقامة الدلائل و
إيضاح البراهين وإزاحة الشبهات وكشف المعاني غير أن الكتاب طال جدا فإني لم أكن شرعت فيه
بنوع طالب للاختصار والإيجاز بل قصدت فيه قصد الاستيفاء والاستقصاء وأردت أن يكون ذلك عمدة
المدرسين وعدة الحافظين وحيز طالبي المسائل وتردد القول في سبرها وسكها حد الا
ح المخالفين ومذاكرة مع الأصحاب وعرضتها على فكري مرة بعد أخرى وكرة بعد أولى وعرضت
في خلال ذلك طرق [illegible] ومعاني عجيبة وأسرار عجيبة ونكت معجبة وبانت عجز المعترضين و[illegible]
ونضال المخالفين عنها وتعظم المبتدي [illegible] فعند ذلك رأيت أن أسعى في مجموع أخصر
للأصحاب خاصة ولكل من طلبه عامة يسعى من طلب [illegible] ألفت فيه بنات صدري وأجمع له كدي
وجدي وأبلغ فيه الغاية جهدي وأجعله ريعة عمري ونهاية فكري وقصدت فيه قصد الإيجاز و
الاختصار وهو كتاب لم يطل ذلك الطول المفرط الذي يسأم منه الناظر ولم يقصر قصورا يعجز
عن بلوغ المراد واعتنيت في المسائل التي أعضلت على فحول النظار بزيادة اعتناء وكشفت عن حقائقها
زيادة كشف ونصصت على المعاني التي يمكن الاعتماد عليها ونبهت على كثير من مجازفات المتفقهة
[illegible] وتحكيم [illegible] عن معاني حقها القبول والاتباع وذكرت حجج
المخالفين بأتم لفظ وأحسن معنى [illegible] في الوقت ولم أشتغل [illegible]
كلام [illegible] وسميت الكتاب كتاب الاصطلام
لاصطلامه كلام المخالفين [illegible] من كلام مشايخنا [illegible] توهينا وضعفا
وعندي أن من تأمل هذا الكتاب [illegible] في معانيه فهم حقائقه [illegible] عن طريقة
التعصب والتقليد [illegible] الفن للمتقدمين والمتأخرين في صورة المطرح [illegible]
[illegible] أن يشكر سعيي [illegible] فيه ويعرف حق قيامي بأعبائه ويمدني بالدعاء
[illegible] الله تعالى أن يعصمني من الإعجاب [illegible] ويرشدني إلى الأصوب والأهدى

الورقة الثانية [٢/أ]

من الامور عنه وتفصيله وتعميم طوله في **مسألة** لا يجوز ازالة النجاسة بمائع سوى
الماء عندنا وهذا قول محمد وزفر من اصحابهم وعند ابي حنيفة وابي يوسف يجوز لنا ان الماء طهور شرعا
لا لمعنى ولو الحق به غيره في الطهورية كان لمعنى ولذا كان ثبوته لا لمعنى امتنع الحاق غيره به والدليل على
ان الماء طهور لا لمعنى للحكم والحقيقة اما الحكم فلان طهورية الماء في الحدث لا لمعنى كذلك في النجاسة
وهذا لان على هذا الوصف معنى يحل فاذا لم يكن لمعنى في احد المحلين فكذلك في الاخر واما الحقيقة
فلانه لو كان معلولا لكان معلولا بعلة الازالة وهذا لا يجوز لان معنى الطهور هو الطاهر في نفسه
المطهر لغيره وصفة تطهيره لغيره انما توجد عند اتصاله بذلك الغير كونه ملاقيا به للغير وشائعا للغير
ومكملا للغير انما يوصف بهذا عند اتصاله بشيء وضمه بالغير واذا اتصل بالمحل النجس امتزج بالنجس
والماء الممتزج بالنجس نجس وما لا يكون طاهرا في نفسه لا يكون مطهرا للغير فبطل ان تعلل الطهورية بالازالة
بطل فبقي انه طهور شرعا لا لمعنى وبطل الحاق سائر المائعات به فان قالوا اذا قلتم ان الماء اذا امتزج
بالنجس يصير نجسا فكيف يزيل النجاسة وبالاجماع انه يزيل النجاسة عند استعماله في المحل غسلا قلنا
انما يزيل النجاسة شرعا لا لمعنى الازالة وعلى هذا ان عندنا يبقى الماء طهورا بعد وروده على النجاسة
لضرورة ثبوت صفة الطهورية له ولكونه ان الطهورية منصوص عليها في الماء ووقت ظهور الطهورية
عند غسل المحل النجس فتثبت هذه الصفة للماء وان امتزج بالنجس ليحصل العمل بالنص ولا يتعطل
ولم يكن لمعنى حتى يلحق غيره به وهذا لان الضرورة ارتفعت بالماء فبقي غيره على اصل ما يعقل من المعنى
وهو ان المائع الوارد يمتزج بالنجس ويتنجس وازالة النجاسة بالنجس غير معقول ولان غير الماء ليس
في معنى الماء حتى يلحق به لان الماء خلق ليكون طهورا وقد ورد الامتنان علينا بخلقه في القرآن [illegible] قوله
تعالى وانزلنا الحديد فيه بأس شديد ومثل قوله وانزل لكم من الانعام ثمانية ازواج وغير الماء من المائعات
لم يخلق ليكون طهورا وانما يكره استعمال ماء الورد والخل في ازالة النجاسة ويعد سفها وتضييعا
للمال ولان الماء يسهل وجوده ويعم اصابته والناس يبتلون بطهارة الاحداث والانجاس فشرع ازالة
ما يعم به البلوى بما يسهل وجوده تسهيلا للامر على الناس وتيسيرا ومعنى سهولة الوجود وعموم الاصابة
لا يوجد في سائر المائعات واذا كان غير الماء فارق الماء في هذين المعنيين المؤثرين لم يجز الحاقه به
واما حجتهم قالوا اجمعنا على ان الماء طهور والطهور هو الطاهر بنفسه المطهر لغيره و
التعليل واجب ما امكن لان القياس [illegible] الله واعتبار [illegible] ليبنى على محكم [illegible]
والدليل على ان التعليل في مسألتنا واجب ممكن ان امكان [illegible] علة مؤثرة وهو موجود في مسألتنا
وذلك بالتعليل بالازالة والدليل على ان الطهورية [illegible] فاذا وجد الازالة [illegible] طهارة
المحل ولو لم يكن العلة هي الازالة كان ينبغي ان [illegible] الطهور يدل عليه ان استعمال الطهور
غسلا في هذا المحل مقيد بطهارة المحل فلا يخلو اما ان يكون [illegible]
او بازالة النجاسة ولا يجوز الاول لان استعمال الماء [illegible]
بازالة النجاسة عن المحل والدليل على الثاني ان نجاسة المحل [illegible]
زوال العين لا لافادة الطهارة قالوا ولا يجوز ان يقال ان النجاسة [illegible]
عن المحل [illegible] الحقيقة فاذا ان [illegible]

الورقة الثانية [٢/ب]



الاصطلام

مختصر

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف

أبي المظفر السمعاني

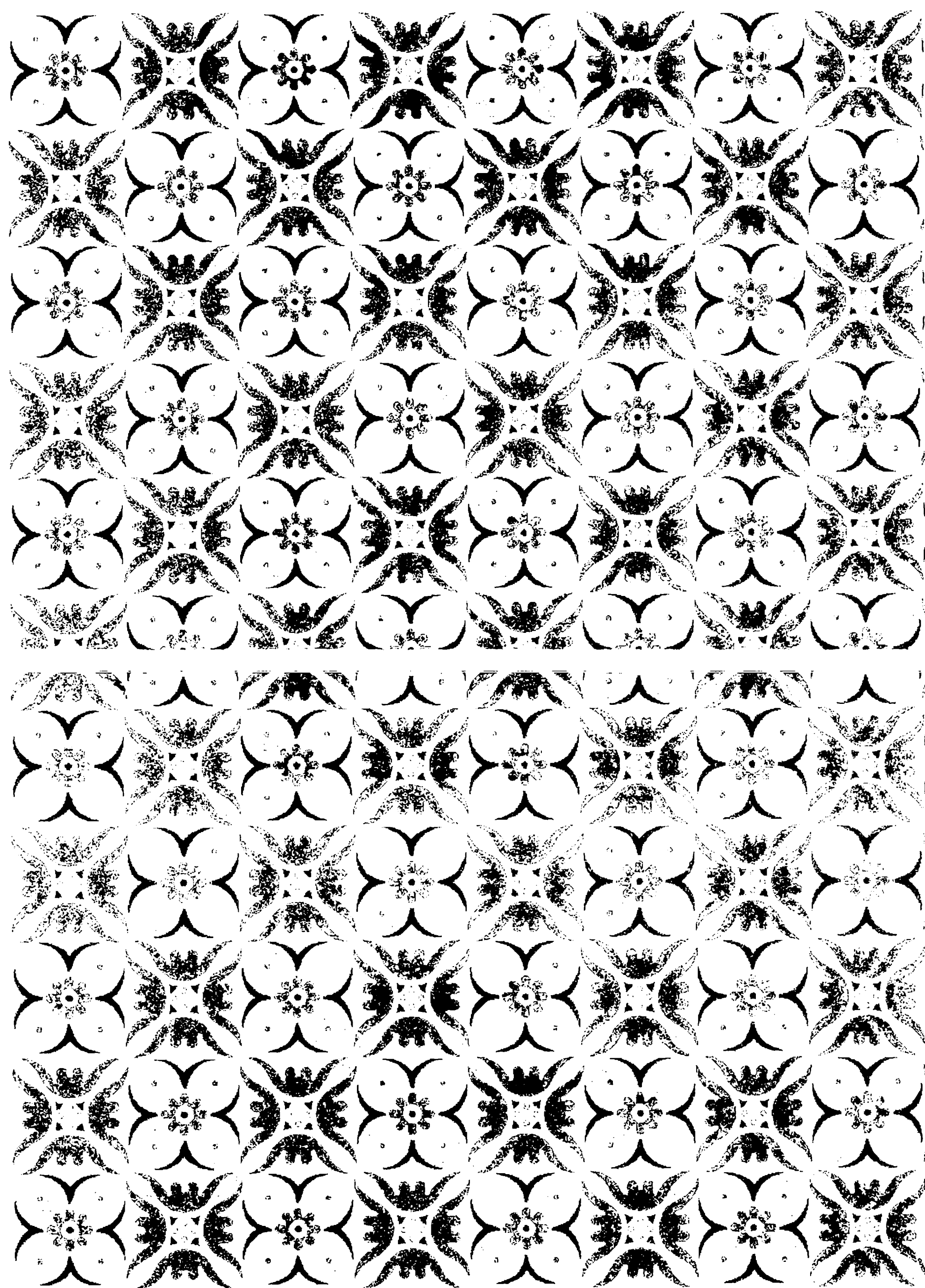
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي

الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩هـ)

تحقيق

أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الأول







[١/ب] قال الشيخ الإمام شيخ الإسلام قدّس الله روحه ونوّر ضريحه. بالله أستعين، وإياه أحمد، وعليه أتوكل، ومنه أستهدي، وبه ألوذ، وفيه أجاهد، له الفضل والثناء الأسنى، وله الصفات العلى والأسماء الحسنى، اللهم كن لنا ولا تكن علينا، وأعذنا من هواجس أنفسنا، ومضلات آرائنا وخواطرنا، وأمدنا بلطفك العزيز، وأقبل علينا بوجهك الكريم (اللهم اجعل صدري خزانة توحيدك، ولساني مفتاح تمجيدك، وجوارحي في حرم طاعتك، فإنه لا عَزّ إلا في الذُّل لَكَ، ولا غنى إلا في الفقر إليك، ولا أمن إلا في الخوف منك، ولا قرار إلا في القلق نحوك، ولا روح إلا في الكرب[١] لوجهك، ولا راحة إلا في الرضا بقسمتك، ولا عيش إلا في جوار المقربين عندك»[٢]، اللهم اجعل سعينا فيما يُقرّب إليك، وكدّنا فيما يوجب رضاك، وقُدْ بزمامنا من حولنا وقوتنا إلى حولك وقوتك، واهدنا الأرشد فالأرشد، والأوفق فالأوفق والألطف فالألطف.

اللهم ونسألك أن تهدي إلى رسولك وصفيّك وخيرتك من خلقك من الصلوات أفضلَها وأزكاهَا، وأتمّها، وأنماها، وأعدَلَها، وأوفاها، واجعلها وسيلة لنا إلى نيل شفاعته والوصول إلى كريم وجهه، وإنك أنت الجواد

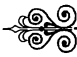
(١) كذا في المخطوط، وفي طبقات السبكي نقلًا عنه: «النظر» وهو أقرب.
(٢) ما بين القوسين من طبقات السبكي نقلًا من الاصطلام، ينظر: الطبقات: ٥/٣٤٥.

المنان والرحيم الرؤوف.

أما بعـــد:

فقد سبق مني كتاب جمعته من الخلافيات سميته «البرهان» وبلغتُ فيه غاية ما رمتُه على ما اتفق لي من إقامة الدلائل وإيضاح البراهين وإزاحة الشبهات وكشف المعاني غير أن الكتاب طال جدًا، فإني لم أكن شرعتُ فيه شروع طالب للاختصار والإيجاز بل قصدتُ فيه قصد الاستيفاء والاستقصاء، وأردتُ أن يكون ذلك عدة المدرس لا عمدةَ الحافظ، نعم، وحين طال بي المِراس في المسائل، وتردّدَ القول في سبرها وسبكها جدالًا مع المخالفين ومذاكرةً مع الأصحاب، وعرضتُها على فكري مرةً بعد أخرى وكرةً بعد أولى، عَرَضَت في خلال ذلك طرقٌ متينةٌ ومعانٍ[1] محكمةٌ وأسرارٌ عجيبةٌ ونُكتٌ معجبةٌ، ورأيتُ عجز المعترضين دونها وتضاؤل المخالفين عندها، وتعظم المتدافعين عند جنابها فعند ذلك رأيتُ أن أسعى في مجموع آخر للأصحاب خاصةً، ولكل مَنْ طلبه عامةً سعي مَنْ طَبّ لمن حَبّ، ألفتُ فيه بنات صدري وأجمع له كدي وجدي وأبلغ فيه الغاية بجهدي وأجعله زبدة عمري ونهاية فكري، وقصدتُ فيه قصد الإيجاز والاختصار وهو كتاب لم يطل ذلك الطولَ المفرطَ الذي يسأم منه الناظر ولم يَقْصر قصورَ العجز عن بلوغ المراد، واعتنيتُ في المسائل التي أعضلت على فحول النّظار زيادة اعتناء، وكشفتُ عن حقائقها زيادة كشف، ونصصتُ على المعاني التي يمكن الاعتماد عليها، ونبّهتُ على كثير من مجازفاتِ المتفقهةِ وتجوزاتهم وتمسكهم بطرق حقها

(١) في المخطوط: معاني.

الاطِّراح، وغفلتهم عن معانٍ[(١)] حقها القبولُ والاتباعُ، وذكرتُ حجج المخالفين بأتم لفظ وأوجز معنى، وأثبت بما يعتمد الأئمة منهم في الوقت، ولم أشتغل بالمُسْتَسقَط من كلام مشايخهم إلا أشياء لابد من إيرادها والانفصال عنها، وسميتُ الكتابَ «كتابَ الاصطلام» لاصطلامه كلامَ المخالفين بتًّا بتلًا ولاطراحه كثيرًا من كلام مشايخنا المتقدمين توهينًا وضعفًا، وعندي أن مَنْ نَظَرَ في هذا الكتاب نظر متأملٍ غائصٍ في معانيه فهم لحقائقه معرضٍ عن طريقة التعصب والتقليد رأى كل كتاب صورة[(٢)] في هذا الفن للمتقدمين والمتأخرين في صورة المطرح المستغنى...[(٣)] أن يشكر سعيي وتعبي فيه، ويعرف حق قيامي بأعبائه ويمدني بالدعاء...[(٤)]، والله تعالى يعصم من الإعجاب بالقول ويرشد إلى الأصوب والأهدى [٢/أ] من الأمور بمنّه وفضله وعميم طَوْلِه.

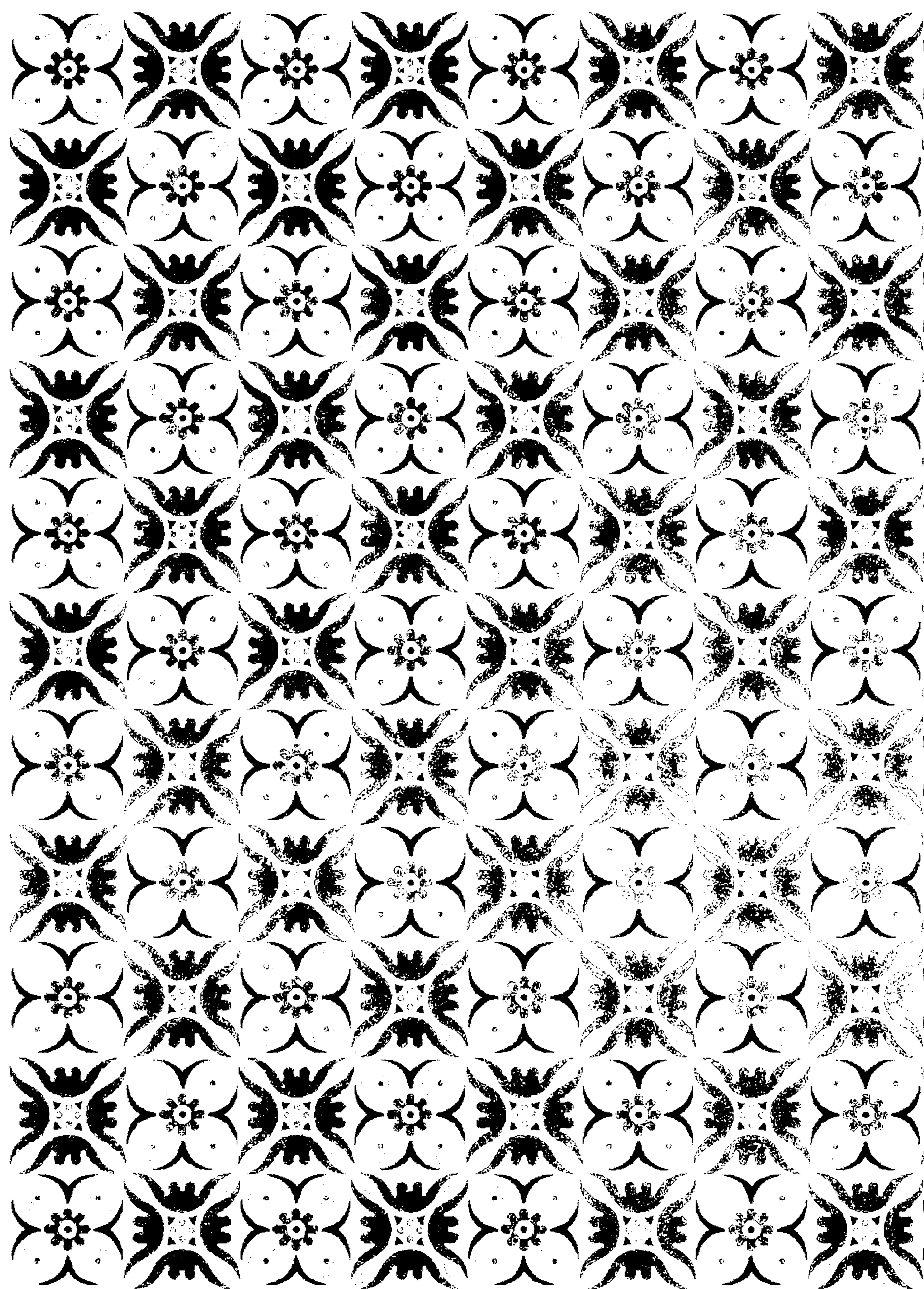


---

(١) في المخطوط: معاني.

(٢) في المخطوطة كلمة غير مقروءة.

(٣، ٤) بياض في كلا الموضعين.






كتاب الطهارة (١)

※ (مَسْأَلة):

لا يجوز إزالة النجاسة بمائع سوى الماء عندنا(٢)، وهذا قول محمد، وزفر من أصحابهم(٣).

وعند أبي حنيفة، وأبي يوسف: يجوز(٤).

❈ لنا:

إنَّ الماء طهور شرعًا لا لمعنىً، فلو ألحقَ به غيره في الطهورية كان لمعنىً، فإذا كان ثبوته لا لمعنىً امتنع إلحاق غيره به.

والدليل على أن الماء طهور لا لمعنىً، الحكمُ والحقيقةُ:

أما الحكم: فلأنّ طهوريّة الماء في الحدث لا لمعنىً، كذلك في

---

(١) زيادة من المحقق يقتضيها المقام.

(٢) النكت للشيرازي: ٣/ب مخطوط، المجموع: ١/١٤٣، المهذب: ١/١٤، حلية العلماء: ١/٦٠، وهو قول المالكية والحنابلة، الإشراف للبغدادي: ١/٣، المغني: ١/١٦، الإفصاح: ١/٦٠، الاستذكار: ١/٢١٦.

(٣) بدائع الصنائع: ١/٢٦٥، الطريقة الحصيرية: ١/أ، الأسرار لأبي زيد الدبوسي: ٦٦/ب شهيد علي.

(٤) ينظر: رؤوس المسائل للزمخشري ص٩٣، بدائع الصنائع: ١/٢٦٥، الطريقة الحصيرية: ١/أ، الأسرار لأبي زيد: ٦٦/ب، تأسيس النظر للدبوسي ص١٣٢.

النجاسة، وهذا لأن عمل هذا الوصف في محلين، فإذا لم يكن لمعنىً في أحد المحلين فكذلك في الآخر.

وأما الحقيقة: فلأنه لو كان معلولًا كان معلولًا بعلة الإزالة، وهذا لا يجوز، لأن معنى الطهور هو الطاهر في نفسه المطهر لغيره(١)، وصفةُ تطهيره لغيره إنّما توجد عند اتصاله بذلك الغير، كقولنا: ضارب للغير وشاتم للغير ومكلم للغير، إنما يوصف بهذا عند اتصال شتمه وضربه بالغير، وإذا اتصل بالمحل النجس امتزج بالنجس، والماء الممتزج بالنجس نجس، وما لا يكون طاهرًا في نفسه لا يكون مطهرًا لغيره، فدل أن تعليل الطهورية بالإزالة باطل، فبقي أنه طهور شرعًا لا لمعنًى، وبطل إلحاق سائر المائعات به.

فإن قالوا: إذا قلتم إن الماء بامتزاجه بالنجس يصير نجسًا فكيف يزيل النجاسة؟ وبالإجماع إنه يزيل النجاسة عند استعماله في المحل غسلًا.

قلنا: إنما يزيل النجاسة شرعًا لا لمعنى الإزالة، وعلى أن عندنا يبقى الماء طهورًا بعد وروده على النجاسة لضرورة ثبوت صفة الطهورية له.

والحرف أن الطهورية منصوص عليها للماء ووقت ظهور الطهورية عند غسل المحل النجس فبقيت هذه الصفة للماء وإن امتزج بالنجس ليحصل العمل بالنص ولا يتعطل، ولم يكن لمعنًى حتى يُلْحق غيره به.

وهذا لأن الضرورة ارتفعت بالماء فبقي غيره على أصل ما عقلنا من المعنى، وهو أن المائع الوارد يمتزج بالنجس وينجس وإزالة النجاسة بالنجس

---

(١) المصباح المنير مادة «طهر» نقلًا عن ثعلب.

غير معقول، ولأن غير الماء ليس في معنى الماء حتى يلحق به، لأن الماء خُلِقَ ليكون طهورًا، وقد ورد الإنزال بمعنى الخلق في القرآن مثل قوله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾(١).

ومثل قوله: ﴿وَأَنزَلَ لَكُم مِّنَ ٱلْأَنْعَٰمِ ثَمَٰنِيَةَ أَزْوَٰجٍ﴾(٢)، وغير الماء من المائعات لم يخلق ليكون طهورًا.

ولهذا يكره استعمال ماء الورد والخل في إزالة النجاسة(٣)، وَيُعَدُّ سَفَهًا وتضييعًا للمال، ولأن الماء يسهل وجوده ويعم إصابته، وللناس بلوى في طهارة الأحداث والأنجاس فشرع إزالة ما يعم به البلوى بما يسهل وجوده تسهيلًا للأمر على الناس وتيسيرًا، ومعنى سهولة الوجود وعموم الإصابة لا يوجد في سائر المائعات، وإذا كان غير الماء يخالف الماء في هذين المعنيين المؤثرين لم يجز إلحاقه به.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: أجمعنا على أن الماء طهور والطهور هو الطاهر بنفسه المطهّر لغيره، والتعليل واجب ما أمكن(٤)؛ لأن القياس دليل الله وأمر الله يتصل بإظهار دليل الله ليبنى عليه حكم الله، ثم الدليل على أن التعليل في مسألتنا واجب ممكن أن إمكان التعليل بإظهار علةٍ مؤثرةٍ وهو موجود في مسألتنا،

---

(١) سورة الحديد، آية (٢٥).

(٢) سورة الزمر، آية (١٦).

(٣) المغني: ١/٢٠.

(٤) الأسرار لأبي زيد: ٦٧/أ، شهيد علي.




وذلك بالتعليل بالإزالة، والدليل على أن الطهورية معلّلة بالإزالة أن ما لم توجد الإزالة لا يظهر طهارة المحل، ولو لم تكن العلة هي الإزالة كان ينبغي أن يكفي مجرد استعمال الطهور.

يدل عليه: أن استعمال الطهور غسلًا في هذ المحل مفيد طهارة المحل فلا يخلو: إما أن يكون إفادته طهارة المحل بتبديله النجس طاهرًا أو بإزالته النجاسة، ولا يجوز الأول، لأن استعمال الماء لا يبدل النجس طاهرًا[1] فدل أن طهارة المحل بإزالته النجاسة عن المحل.

والدليل على التأثير أن نجاسة المحل لما كانت هي النجس الذي حَلّه فلابد أن يكون زواله مُخِيلًا في إفادة الطهارة.

وقالوا: ولا يجوز أن يقال إن النجاسة إن زالت حقيقة لكنها بقيت حكمًا، لأن الحكم تبع الحقيقة، فإذا زالت حقيقة زالت حكمًا، فمن قال بزوالها حقيقة وبقائها حكمًا فعليه [٢/ب] إقامة دليل قادح في ذلك وإلا فَسَدَ مُجرّد الدعوى.

قالوا: وأما الذي قلتم إن الماء يتنجس بأول الملاقاة، قال: ليس كذلك، لأن الطهورية صفة ثابتة للماء في الأصل بالنص[2].

ومعنى قولنا: «إنها صفة ثابتة له في الأصل بالنص»، أنها ثابتة قبل الاستعمال والدليل على ثبوتها له قبل الاستعمال أنه يوصف بها قبل

(١) الأسرار لأبي زيد: ٦٧/أ.
(٢) المصدر السابق.

الاستعمال، ولو كانت صفةً ضروريةً لا صَفةً أصليةً لم يُوصف بها قبل الاستعمال كالحِلّية للميتة[١] لما كانت صفةً ضروريةً لم يوصف بها قبل الأكل.

وقولكم: «إن المطهر للغير إنما يكون عند اتصاله بالغير».

قال[٢]: هذا في الحسيات، فأما الطهورية صفة حكمية فيجوز أن يوصف بها وإن لم يتصل بالغير، وإذا ثبت أن الطهورية صفةٌ أصليةٌ، وهي معللة بالإزالة بقيت هذه الصفة للماء عند الإزالة ليظهر عملُهُ، وأُعرض عن الامتزاج الحاصل ثم إذا انفصل عن الثوب حكم بنجاسة الغُسالة مثل ما يحكم للماء بالاستعمال عند الانفصال عن العضو، ولا يحكم له بذلك قبل الانفصال، كذلك هاهنا.

يدل عليه: أنه لو كانت الطهوريةُ بالضرورة وجب أن يكون بقدر الضرورة، والضرورة تزول بالماء الجاري، والماء العذب، فينبغي ألا تثبت هذه الصفة للماء الراكد والماء الأُجاج، وحين ثبتت لجميع أنواع المياه عرفنا أنها غير ثابتة ضرورة[٣].

قالوا: وأما طهارة الحدث فغير معللةٍ بالإزالة، لأنه ليس هناك عين تُزال إنما هي حُكم بلا عين.

فإن قلتم: فيبطل إذاً تعليلكم للطهورية بالإزالة.

---

(١) الأسرار لأبي زيد: ٦٧/ب.

(٢) يعني أبا زيد الدبوسي في الأسرار.

(٣) نقلًا من الأسرار: ٦٨/أ/ب. (ببعض التصرف).

قال: لا يبطل، لأن الحكم إذا ثبت في محل النص وَعُلِّل وَعُدِّي الحكم إلى فرع فالحكم في الفرع يثبت بالمعنى، وفي الأصل بالنص لا غير.

وهذا لأن النص مغنٍ عن طلب المعنى في محل النص، وإنما ظهور عمل المعنى في الفرع فحسب.

قالوا: وكذلك نقول في الأشياء الستة مع فروعها، وهذا لأن التعليل ليس إلا التعدية، وطلب الحكم في الفرع، ولهذا نقول: إن العلة التي لا تكون متعدية لا تكون علّة.

وإذا عُرف هذا الأصل فالطهورية للماء ثابتة بالنص فحسب، والتعليل لإثبات هذا الحكم فيما وراءه فيكون ثبوته في الفرع أعني سائر المائعات لعلة الإزالة وفي الأصل بالنص لا غير، وإذا كان ثابتًا في الأصل لا بعلة الإزالة ظهر عمله في موضع الإزالة وغير موضع الإزالة، وذلك في طهارة الحدث.

وأما الخل وماء الورد لما ثبتت الطهورية فيهما بعلة الإزالة عمل في موضع الإزالة ولم يعمل في غير موضع الإزالة.

قالوا: ولا يلزم المرق والدهن، لأن الإزالة لا توجد بهما فإذا لم ينعصر بالعصر بقي النجس في الثوب حتى لو كان بحيث ينعصر بالعصر يحصل به إزالة النجاسة(١).

قالوا: وأما قول مشايخكم إن غير الماء لا يطهرُ بالمكاثرة فلا يطهر غيره

---

(١) الأسرار: ٦٧/أ.
نقل ابن قدامة الإجماع على أنه لا يجوز بهما وضوء ولا غسل. المغني: ١/٢٠.

بالمباشرة بخلاف الماء.

فرق ممنوع، فإن عند جماعة من أصحابنا[١] إذا كثر الخل أو ماء الورد وصار بحيث لا يخلص بعضُه إلى البعض مثل الماء، ولئن سلمنا الفرق فإنما دَفَعَ الماءُ النجاسة عن نفسه عند الكثرة لبلوى الناس وحاجتهم، ولهم بلوى في الماء وذلك في الحياض والأودية والغدرانات ولا بلوى فيما وراءه، لأنه لا يكون في الخوابي[٢] والأواني مصونًا في البيوت إلى هذا الموضع انتهت طريقة أبي زيد ذكرناها بزيادة شرح وبسط.

وقد تعلق مشايخهم بالاستنجاء حيث لا يختص بالحجر، وقالوا: جنس له أثر في إزالة النجاس فلا يختص بشيء منه دون شيء.

دليله: الجامد، والتعليل للماء.

وتعلقوا أيضًا بالدّن[٣] الذي فيه الخمر حيث يطهر بانقلاب الخمر خلًا من غير استعمال الماء وكذلك دباغ الجلد يحصل به طهارته من غير ماء أصلًا.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «إن التعليل واجب ما أمكن».

قلنا: لا إمكان في مسألتنا.

(١) قال في الأسرار: قال مشايخ بلخ: (من الحنفية) ٦٧/ب.
(٢) الخوابي: جمع خابية وهي جرة ضخمة من الطين أو غيره لحفظ الماء ـ المعجم الوسيط مادة خبأ.
(٣) الدّن: جمعه دنان، وهو من آنية الخمر. ينظر: اللسان مادة (دنن).

وقولهم: «إنه معلل بالإزالة».

قلنا: لو كان كذلك لم يكن طهورًا في الحدث، لأنه لا إزالة هناك، وتعليل الطهورية بالإزالة بلا وجود إزالة، محال.

وقد قال بعض مشايخهم: إنا نعلل الوضوء بالوضاءة والحسن.

قلنا: فعدّوا ذلك إلى كل ما يحصل به هذا المعنى من ماء الورد وغيره.

فأما قولكم في العذر عن طهارة الحدث إنها طهارة حكمية غير [٣/أ] معلولة بالإزالة وهي حكم بلا عين.

قلنا: فإذًا يبطل التعليل بالإزالة، لأنّ الماء طهور في الحدث نصًا ولا إزالة فيه، فبطل تعليلهم بالإزالة.

وأما قولهم: «إن الحكم يثبت في الأصل بالنص لا بعلة».

قلنا: التعليل لطلب علة الأصل، فأما إذا كان المعنى المستخرج من الأصل ساقطًا في تعليل الأصل به لم يتصور التعدية.

وقولهم: «إن النص مغنٍ(١) عن التعليل».

قلنا: بلى، في ثبوت الحكم لكن من ضرورة ثبوت الحكم في الفرع بالمعنى ثبوت الحكم في الأصل بذلك المعنى، ويجوز أن يكون الحكم ثابتًا بالنص والمعنى جميعًا كقوله ﷺ في الهرة: «إنها ليست بنجسة إنها من الطوافين عليكم والطوافات»(٢). نص على نفي النجاسة ونص على التعليل

(١) في المخطوط: مغنى.
(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٨٧ ـ ١٨٨، وأحمد في مسنده ٥/٣٠٣، ٣٠٩، والبيقهي=

فكان الحكم ثابتًا بالنص والمعنى، وعلى أنّ الحكم إنْ كان لا يثبت في الأصل بالمعنى فلابد من وجود المعنى في الأصل، كما في علة الأشياء الستة على المذهبين[1]، وطهورية الماء في الحدث أصل، فإذا كانت الطهورية معللة بالإزالة فلا بد من وجودها في الأصل ليمكن التعليل.

وقد بيّنا إنه لا وجود، وفصل طهارة الحدث في نهاية الإشكال عليهم.

إذا قرر على هذا الوجه، وعلى أنّا بيّنا بطريق التحقيق أنّ التعليل بالإزالة متعذر غير ممكن بحال.

وأما قولهم: «إن الطهورية صفة أصلية ثابتة بالنص».

قلنا: فإذا كانت صفة أصلية تكون ثابتة بذاتها لا بنص الشارع ثم قد بيّنا أنّ الطهورية صفة لا يمكن إثباتها حقيقة إلّا عند اتصالها بالغير.

وقولهم: «قد وُصِفَ من قبل».

قلنا: هذا على طريق المجاز لا على طريق الحقيقة.

وقولهم: «إن الطهورية صفة حكمية».

قلنا: وإن كانت حكمية لكنها صفة متعدية، لأنه لا يتصور وجودها إلا بعد اتصالها بالغير، وهذا موضع ضيّق الخناق عليهم، لأن إثبات الطهورية

= في سننه ١/٢٤٥ وقال الألباني في إرواء الغليل صحيح ١/١٩٢.

(١) أي على قول من يقول إنّ العلة في الأشياء الستة الكيل أو الوزن، وهو قول الحنفية، أو على قول من يقول إن العلة في الأشياء الستة الطعم، والقيمية والثمنية في الذهب والفضة، وهم الجمهور ومنهم الشافعية.

حقيقة في غير وقت الاستعمال لا مطمعَ فيه للخصوم وقد سموا هذا الموضع مُزِلَّ القدم[1]، وهو مُزِلُّ قدمهم بلا إشكال.

وأما قولهم: «إن الضرورة ترتفع بالماء الجاري أو بالماء العذب».

قلنا: النصّ وارد في طهوريّة الماء المطلق وهو يشتمل على جميع أنواع المياه عذبها وملحها وراكدها وجاريها وصافيها وكدرها.

وأما تعلق مشايخهم بفصل الإستنجاء فيقال لهم: لا إزالة للنجاسة في الاستنجاء.

فإن قالوا: إن لم تكن إزالة فقد وجب التخفيف فتعتبر طهارة الإزالة بطهارة التخفيف.

قلنا: التخفيف رخصة[2]، والرخص بابها على السُّهولة والسَّعة، والإزالة عزيمةٌ، والعزائم[3] بابها على الاستقصاء والمضايقة، وجواز استبدال الحجر بغيره من باب السَّعة والسُّهولة، ووجوب الاقتصار على شيء واحد من باب المضايقة واعتبار العزائم بالرخص فيما يرجع إلى السَّعة والمضايقة اعتبار باطل.

(١) ينظر: الأسرار لأبي زيد: ٦٧/ب.

(٢) الرخصة: عبارة عن اليسر والسهولة يقال: رخص السعر إذا تراجع وسهل الشراء.
وفي الشريعة: عبارة «عما وسع للمكلف في فعله لعذر وعجز عنه مع قيام السبب المحرّم فإن ما لم يوجبه الله تعالى علينا من صوم شوال وصلاة الضحى لا يسمى رخصة والإباحه في الأصل من الأكل والشرب لا يسمى رخصة، ويسمى تناول الميتة رخصة، وسقوط صوم رمضان عن المسافر يسمى رخصة» اهـ. المستصفى: ٩٨/١.

(٣) العزيمة: مأخوذة من العزم وهو القصد المؤكد، وفي اصطلاح الشرع: «عبارة عما لزم العباد بإيجاب الله مثل: الصلوات: وتوحيد الله». اه. ينظر: المستصفى: ٩٨/١.

وأما تخريج فصل الاستنجاء على الطريقة التي اعتمدناها هو أن التخفيف أمر حسي لم يُبن على استعمال طهور، فإذا وجد بأي آلةٍ حصل التخفيف.

فأما الطهارة في مسألتنا مبنية على استعمال الطهور، وقد بيّنا أن الطهور هو الماء لا غير، لأنه معنى ثابت شرعًا لا لمعنًى، فاتّبعنا موضعَ الشرع على ما سبق.

وقد أجاب المشايخ وقالوا: إنما جاز العدول من الحجر إلى غيره في الاستنجاء بالنص فإنه روى في بعض الروايات: «ثلاث أعواد، وثلاث حثيات من تراب وثلاث مسحات»(١).

وعندي: إن الاعتماد على التخريج الذي قلنا، لأن هذا الخبر فيه نظر(٢). وأيضًا فإنه لا يشتمل على جميع ما يُستنجى به.

وأما فصل الدّن والدِّباغ فيخرج على ما قلنا؛ لأنه ليس طهارة الجلد والدّن باستعمال طهور، إنما هو في الخمر بانقلابها خلًا، وفي الجلد بطيبه وزوال النجاسة عنه. فلم يكن المثال نظير مسألتنا بوجهٍ ما فسقط إلحاقه به. والله أعلم.

---

(١) رواه الدارقطني بلفظ «فليستنج بثلاثة أعواد أو بثلاثة أحجار أو بثلاث حثيات من التراب». وقال: لم يسنده غير المضري وهو كذاب متروك، وغيره يرويه عن طاووس مرسلًا ليس فيه عن ابن عباس: ٥٧/١. وليس فيه: «وثلاث مسحات». وقد وردت عند أحمد عن جابر بلفظ: «إذا تغوّط أحدكم فليتمسح ثلاث مسحات»، وفيه ابن لهيعة. ينظر: المسند: ٣٣٦/٣. وقال الحافظ في التلخيص: ورواه النسائي في شيوخ الزهري، وابن منده في المعرفة، والطبراني في خلاد بن السائب عن أبيه أنه سمع النبي ﷺ...». اهـ. ١١٠/١.

(٢) ينظر: حاشية (١).

※ (مَسْأَلَة):

لا يجوز التوضؤ بالماء الذي تغيّر أحد أوصافه بمخالطة شيء إياه، وإن كان المُخَالِطُ طاهرًا[1].

وعندهم[2]: يجوز إذا لم يكن غالبًا عليه[3].

وموضع الخلاف إذا تغيّر بالزعفران[4] أو العصفر[5] وما يشبه ذلك.

وقد قال بعض أصحابنا: إنه إنما لا يجوز إذا تفاحش التغيّر [٣/ب] فأما إذا كان التغيّر يسيرًا فإنه يجوز[6].

وقد قال بعض أصحابهم مثل ذلك.

فعلى هذا لا خلاف، وقد ذكر المتقدمون المسألة على الاختلاف الذي ذكرناه وأطلقوها إطلاقًا من غير تقييدٍ وتفصيلٍ فنتكلم على ذلك فنقول:

---

(١) النكت ورقة (٤/أ)، المهذب: ١٤/١.
وهو قول المالكية والحنابلة في أصح الروايتين.
الإشراف للبغدادي: ٣/١، المغني: ٢٠/١، قال ابن قدامة: قال القاضي أبو يعلى: وهي أصح، وهي المنصورة عند أصحابنا في الخلاف.

(٢) المقصود بهذا اللفظ هو الحنفية.

(٣) رؤوس المسائل ص٩٦، البداية مع فتح القدير: ٧١/١، وهو رواية عن الإمام أحمد رواها الميموني وإسحاق بن منصور. المغني: ٢١/١.

(٤) الزعفران: نبت معروف، وزعفرتُ الثوب: صبغتُه بالزعفران فهو مزعفر. المصباح المنير مادة «الزعفران».

(٥) العصفر: نبت معروف، وعصفرتُ الثوب: صبغتُه بالعصفر فهو معصفر. المصباح، مادة «العصفر».

(٦) المهذب: ١٤/١.

الوضوء شرع ورد إقامته بالماء المطلق في الكتاب والسنة فإذا أقامه لا بالماء المطلق لم يجز. لأن المقيد غيرُ المطلق، وهذا لأنه إذا كان غيره فالدليل الوارد في أحدهما لا يكون واردًا في الآخر وإنما قلنا: إن هذا الماء ليس بماءٍ مطلق الاسم والمعنى. أما من حيث الاسم فلأنه يقال له: «ماء الزعفران» فيُقَّيد اسمه بالزعفران ولا يطلق إطلاقًا.

وأما من حيث المعنى، فلأنه يُقْصَدُ وَيُطْلَبُ لخلطه لا لعينه وهذا مخيل جدًا، لأنه إذا طلب ماء الزعفران للزعفران فصار هو المقصود، وكان الماء الذي هو محله كالتابع له، وصار هذا كماء الورد والمرق، فإنه لما طُلِبَ لرائحته صار المقصود، والمرق لما طلب لدسمه كان هو المقصود أيضًا، كذلك ههنا.

❁ وأما حجتهم:

قالوا: لم يوجد إلّا مجرد التغيّر، وتغيّر الماء لا يسلب وصف الطهورية منه، كما لو تغيّر بطول المُكث، وكما لو تغيّر بالطين أو الطحلب[1] أو الورق.

قالوا: وبهذا نعترض على قولكم: إنه ليس بماء مطلق؛ لأنه مجرد التغيّر لا يزل اسم الماء على الإطلاق بدليل ما قدّمنا.

وأما قولكم: «إنه يقال ماء الزعفران»، فمعناه الماء الذي وقع فيه الزعفران وعلى أنه كما يقال: ماء الزعفران يقال: ماء الكبريت، وماء البئر

---

(١) الطحلب: بضم اللام وفتحها تخفيف: شيء أخضر لزج يُخلق في الماء ويعلوه، وماء «طَحِلٌ» مثل تَعِب كثر «طحلبه». المصباح المنير، مادة «الطحلب».

وماء البحر فتقيد بهذه الأشياء ومع ذلك يجوز التوضؤ به[1].

وقولكم: «إنه يُقْصَدُ لخلطه» فيرد عليه ماء الكبريت، والماء المسخّن، فإنه يطلب لصفته لا لذاته ومع ذلك كان بمنزلة سائر المياه.

قالوا: وأما ماء الورد والمرق فليس بماء بل هو طيبٌ وطعام. يُبيِّنه: أنَّه بعمل النار فيه استجدَّ اسمًا آخر.

فدل أن الاسم الأول فات منه بخلاف مسألتنا، فإنه مستبقً على الاسم الأول غير أنه تقيّد بالزعفران ليدل على الواقع فيه، والمخالط إياه مثل ما قدمنا.

وقال بعضهم: لو كان تغيّره بالواقع فيه يمنع جواز الوضوء لكان نفس الوقوع مانعًا أيضًا، كالواقع النجس.

۞ **الجواب:**

أما قولهم: «لم يوجد إلا مجرد التغيّر».

قلنا: عندنا نفس التغيّر غير مانع من التوضؤ به إنما المانع زوال اسم الماء على الإطلاق، ويمكن أن يقال: إن السالب للطهورية تغيّر مزيل لاسم الماء المطلق.

وقولهم: «إن هذا ماء مطلق».

قلنا: كيف يصح هذا واسمه ماء الزعفران لا الماء المجرد؟، والمعنى

(١) البداية مع فتح القدير: ١/٧١، أحكام القرآن للجصاص: ٣/٣٣٨.

المطلوب منه المقصود فيه الزعفران، لا الماء لذاته وعينه على ما سبق.

وقولهم: «إنه يقال ماء الزعفران أي الماء الذي وقع فيه الزعفران».

قلنا: فقولوا مثل هذا في ماء الورد وهو أنه الماء الذي أُغْلِي بالورد.

وأما قولهم: «إن هناك تجدّد له اسم آخر».

قلنا: وههنا إذا تفاحش التغيّر فتجدّد له اسم آخر فيسمى المتغير بالزعفران صبغًا وبالزاج[١] حِبرًا، وعلى أن المانع هو التقييد الذي قلناه.

وقد ذهب الاسم المطلق منه وَعَرَضَ التقييد، وأما ماء الكبريت وماء الآبار والبحار فهو إضافة له إلى مواضعه، وهذا لا يوجب زوال اسم الماء المطلق منه.

وأما المسخن والأُجاج والكدرُ والعذبُ فهذه الأشياء صفات الماء المطلق مثل الحسن والقبح والبياض والسواد صفات الآدمي المطلق.

ألا ترى أن الماء في الأصل منوّع إلى هذه الأنواع ويوجد على هذه الصفات بخلاف الصفة التي تنازعنا فيها.

وأما التراب والطحلب[٢] والورق فهذه الأشياء لا يمكن صون الماء منها على ما عرف[٣] فأُعرض عن التغيّر الحاصل بها، أو يقال: يعفى عن

---

(١) الزاج معروف، ويقال له: «الشبّ اليماني» وهو من الأدوية وهو من أخلاط الحبر، فارسي معرب. ينظر: اللسان، مادة (زوج).

(٢) تقدم ذكر الطحلب في ص٦١.

(٣) المهذب: ١/١٥.

التغيّر بها لعموم البلوى مثل ما يعفى عن دم البراغيث لعموم البلوى.

وقد قيل: إن التراب ليس له مع الماء مخالطة حقيقة، ألا ترى أنه بمضي الزمان ينزل إلى قراره ويصفو الماء الذي هو محله.

وقد قال الأصحاب: إن الْمُخَالِطَ للماء على ثلاثة أضرب:

موافق له في صفتي الطهارة والطهورية كالتراب[1]، ومخالف فيهما كالنجاسة، وموافق في الطهارة مخالف في الطهورية كمواضع الخلاف في مسألتنا، فالمخالف في صفتيه يسلبهما [٤/أ]، والموافق في صفتيه لا يسلبهما والموافق في إحدى الصفتين دون الأخرى يسلب الصفة المخالفة دون الموافقة والاعتماد على ما سبق.

وقولهم: «إن بنفس الوقوع لا يزول الطهورية».

قلنا: لأنه لا يزيل اسم الماء المطلق بخلاف ما إذا تغيّر، وعلى أنه ينتقض بالماء الكثير والماء الجاري فإن تغيّره بالنجاسة يسلب وصف الطهورية بخلاف نفس الوقوع. والله أعلم بالصواب.



(١) المجموع: ١/١٥١، أسنى المطالب شرح روض الطالب: ١/٧، ٩.

※ (مَسْأَلَة):

لا يجوز التوضؤ بنبيذ التمر عندنا(١).

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: يجوز التوضؤ به على الرواية الظاهرة(٢).

وروي عنه أنه رجع إلى ما قلناه(٣).

وقول أبي يوسف مثل قولنا(٤).

❊ لنا:

قوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾(٥).

وهذا لم يجد الماء فتيمم، وموضع الاحتجاج إذا عدِمَ الماء ومعه نبيذ التمر.

---

(١) النكت ورقة (٤/أ)، المجموع: ١٤١/١، المهذب: ١٤/١، الحلية العلماء: ٦١/١، وهو قول الحنابلة والمالكية.
التحقيق مع التنقيح: ٢٢/١، المغني: ١٨/١، ١٩، الإشراف للبغدادي: ٣/١.

(٢) رؤوس المسائل ص٩٥، بدائع الصنائع: ١١٤/١، المبسوط: ٨٨/١، البحر الرائق ١٤٤/١، شرح معاني الآثار: ٩٥/١، البداية مع الهداية: ١١٧/١.

(٣) بدائع الصنائع: ١١٥/١، البحر الرائق: ١٤٤/١، وقال فيه: وهو المذهب الصحيح المختار عندنا، الهداية مع الفتح: ١٨/١، المبسوط: ١٨٨/١، الأسرار: ٥١/أ.

(٤) بدائع الصنائع: ١١٥/١، وهو اختيار الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٩٥/١، ٩٦، الهداية مع الفتح: ١١٨/١، المبسوط: ٨٨/١، وعن أبي حنيفة رواية الجمع بين التيمم والتوضؤ بالنبيذ وبه أخذ محمد بن الحسن. فتح القدير: ١٢٠/١، المبسوط: ٨٨/١.

(٥) سورة المائدة، آية (٦).

فإن قالوا: نحمل الآية على حال عدم الماء والنبيذ[1].

قلنا: نص الآية اقتضى شرط عدم الماء للنقل إلى التيمم فحسب، فَمَنْ ضم إليه عدم النبيذ فقد خالف النص، ولأن عندكم يتيمم لعدم النبيذ لا لعدم الماء. ألا ترى أنه إذا وجد النبيذ وَعِدَمَ الماء يتوضأ بالنبيذ[2]، ولأن الطهارة لا تتأدى إلا بطهورٍ والطهور هو الماء بنص الشارع، وقد عرّف الشرعُ الماء ولا غير، فما لا شرع فيه لا طهورية له.

❁ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بحديث ابن مسعود المعروف في الباب[3]، قالوا: وأبو فزارة هو راشد بن كيسان العبسي الزاهد[4]، وأبو زيد هو ....

(١) ذكر ذلك في المبسوط: ١/٨٨.

(٢) ذكر ذلك في المبسوط: ١/٨٨.

(٣) رواه الدارقطني من عدة طريق:

ففي الطريق الأول: ابن لهيعة وقد تفرد به وهو ضعيف الحديث.

وفي الطريق الآخر: علي بن زيد ضعيف، وأبو رافع لم يثبت سماعه من ابن مسعود.

وفي الطريق الثالث: الحسين بن عبيد الله العجلي، كان يضع الحديث على الثقات.

وفي الطريق الرابع: الحسن بن قتيبة ومحمد بن عيسى وهما ضعيفان.

ينظر: سنن الدارقطني: ١/٧٦ ـ ٧٨، والتحقيق مع التنقيح: ١/٢٣، ٢٤، ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٩٤، ٩٥.

(٤) راشد بن كيسان العبسي ـ بالموحدة ـ أبو فزارة الكوفي، ثقة من الخامسة، روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه.

تقريب التهذيب: ٩٩.

قال في التحقيق لابن الجوزي: قال أحمد بن حنبل: أبو فزارة، في حديث ابن مسعود رجل مجهول، فإن قيل: أبو فزارة اسمه راشد بن كيسان أخرج له مسلم، وكذلك قال الدارقطني: أبو فزارة ـ في حديث النبيذ ـ اسمه راشد بن كيسان. =

مولى عمرو[1] بن حريث المخزومي.

والخبر في جامع أبي عيسى[2]، وسنن أبي داود[3]، وغيره[4].

وقولكم: «إن ابن مسعود لم يكن مع النبي ﷺ ليلة الجن» فقد نقل علي بن المديني باثنى عشر طريقًا[5] كون ابن مسعود مع النبي ﷺ.

فقد ورد كونه معه ليلة الجن في خبر الاستنجاء على ما روي إنه قال له تلك الليلة: «ائتني بثلاثة أحجار فأتاه بحجرين وروثة...»[6] الخبر.

= فجوابه من وجهين:
أحدهما: أنهما اثنان، فالمجهول هو الذي في هذا الحديث، ودليل ذلك قول الإمام أحمد السابق فاعْلَم أنه غير المعروف.
الثاني: إن معرفة اسمه لا تخرجه عن الجهالة. التحقيق: ١/٢٦، ٢٧.

(١) في المخطوط: «عمرو وحرث» وصحة العبارة: عمرو بن حريث.
وهو أبو زيد مولى عمرو بن حريث، وقيل أبو زائد، مجهول، خرّج له الترمذي، وأبو داود، وابن ماجه، تقريب التهذيب: ٤٠٧.

(٢) سنن الترمذي مع عارضة الأحوذي: ١/١٢٨، ١٢٩، قال الترمذي: وإنما روى هذا الحديث عن أبي زيد عن عبد الله عن النبي، وأبو زيد رجل مجهول عند أهل الحديث، لا نعرف له رواية غير هذا الحديث» اهـ.
قال ابن العربي في العارضة: ويقال ابن أبي فزارة كان نبّاذاً بالكوفة وكان أصل هذا الحديث: (... ما في إدواتك؟ قال: نبيذ. قال: ثمرة طيبة وماء طهور) فزاد فيه (فأخذه فتوضأ به لينفق سلعته) العارضة: ١/١٢٩.

(٣) سنن أبي داود مع المعالم: ١/٦٦، باب الوضوء بالنبيذ.

(٤) رواه ابن ماجة في سننه: ١/١٣٥، باب الوضوء بالنبيذ.

(٥) قال الزيلعي في نصب الراية بعد كلامه على مَنْ خرّج حديث ابن مسعود في النبيذ: «وقد تلخص لحديث ابن مسعود سبعة طرق»: ١/١٤٣.

(٦) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/١٢٢، ورواه الدارقطني في سننه: ١/٥٥، وليس فيهما أن ذلك كان ليلة الجن، فلا دليل فيه.

وهو خبر مشهور معمول به عند الفقهاء، وعلى أنا نقول إ نه كان معه ليلة الجن ولم يكن معه عند خطاب الجن[1] فيكون جمعًا بين ما روينا وبين ما تروون أنه لم يكن معه.

قالوا: وأما الآية التي تعلقتم فنحن نقول: إن نبيذ التمر ماءُ شرعًا بدليل قوله ﷺ: (تمرة طيبة وماء طهور) فدخل في قوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ﴾[2].

وقد رووا من طريق عكرمة[3] عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: (الوضوء بنبيذ التمر وضوء من لا يجد الماء)[4].

ورووا مثل مذهبهم عن علي، وابن مسعود، وابن عباس[5] رضي الله عنهم.

۞ الجواب:

إن خبر ابن مسعود كان بمكة، وآية التيمم نزلت بالمدينة[6]، وقد تضمن نسخه[7] لأنه لما نُقِلَ من الماء إلى التراب فقد رفع النقل إلى النبيذ؛

(١) نصب الراية: ١/١٤٣.
(٢) سورة المائدة، آية (٦).
(٣) عكرمة بن عبد الله مولى ابن عباس أصله بربري، ثقة ثبت عالم بالتفسير ولم يثبت تكذيبه عن ابن عمر ولا يثبت عنه بدعة. من الثالثة. مات سنة ١٠٧هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، التقريب: ٢٤٢، ٢٤٣.
(٤) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من قول عكرمة: ١/٢٦.
(٥) تنظر: هذه الآراء وأسانيدها في الجواب عن الأدلة.
(٦) المبسوط: ١/٨٨، الجامع لاحكام القرآن ٦/٨٠
(٧) نصب الراية: ١/١٤٧، ونسب ذلك إلى الشافعي.

ولأنه نقل إلى التراب من غير واسطةٍ فيكون رفعًا للواسطة.

فإن قالوا: عندكم لا تنسخ السُّنةُ بالكتاب.

قلنا: يجوز على أحد قولي الشافعي[(١)] رضي الله عنه، وعلى أنه قد وردت أخبار كثيرة من السُّنة موافقة لما في الكتاب فيكون نسخ السُّنة بالسُّنة.

وقد وافق المحققون من أصحابهم مذهبَ الشافعي في هذه المسألة، وتركوا قول أبي حنيفة[(٢)]، لأنهم رأوا خبر ابن مسعود زائدًا في الكتاب، والزيادة عندهم نسخ، ولا يجوز النسخ عندهم بخبر الواحد[(٣)].

---

(١) تنظر: الأحكام للآمدي: ٢/٢٦٩.

(٢) قال الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٩٦، ما نصه «أجمع العلماء أن نبيذ التمر إذا كان موجودًا في حال وجود الماء أنه لا يتوضأ به لأنه ليس بماء، فلما كان خارجًا من حكم المياه في حال وجود الماء كان كذلك هو في حال عدم الماء.
وحديث ابن مسعود الذي فيه التوضؤ بنبيذ التمر إنما فيه أن رسول الله ﷺ توضأ به، وهو غير مسافر، لأنه إنما خرج من مكة يريدهم، فقيل إنه توضأ بنبيذ التمر في ذلك المكان وهو في حكم مَنْ هو بمكة لأنه يتم الصلاة، فهو أيضًا في حكم استعماله ذلك النبيذ هنالك في حكم استعماله إياه بمكة.
فلو ثبت هذا الأثر أن النبيذ مما يجوز التوضؤ به في الأمصار والبوادي ثبت أنه يجوز التوضؤ به في حال وجود الماء وفي حال عدمه، فلما أجمعوا على ترك ذلك، والعمل بضده فلم يجيزوا التوضؤ به في الأمصار، ولا فيما حكمه حكم الأمصار ثبت بذلك تركهم لذلك الحديث وخرج حكم ذلك النبيذ من حكم سائر المياه.
فثبت أنه لا يجوز التوضؤ به في حال من الأحوال وهو قول أبي يوسف وهو النظر عندنا» اهـ.

(٣) قال الدبوسي في الأسرار: ١/٥/أ: «وقد اجتهد بعض مشايخنا لتصحيح هذا الخبر وتشهيره إلا أن أبا حنيفة قد رجع لأن كتاب الله أوجب الرجوع عند عدم الماء إلى الصعيد فلا نزيد على الماء نبيذ التمر بخبر الواحد...» اهـ. =

وقد قال الأصحاب: إن الذي كان مع ابن مسعود لم يكن نبيذًا على الحقيقة، إنما كان ماء نُبِذَ فيه التمر لتزول ملوحة الماء، ليمكن شربه، فإن عامة مياه العرب كان الغالب عليها الملوحة، فكانوا ينبذون فيها التمر لتزول ملوحتها بدليل قوله ﷺ: (تمرة طيبة وماء طهور).

وأما تسمية ابن مسعود إياه نبيذًا كان على طريق المجاز لا على طريق الحقيقة.

وعن أبي العالية[1]: «أتظنونه نبيذَكُمُ الخبيثَ؟ إنه كان معه ماء نبذ فيه تميراتٌ»[2].

وهذا جواب حسن، لكن الجواب الأول أحسن.

وأما قولكم: إنه ماء شرعًا.

قلنا: هذا جدل.

وأما قوله ﷺ: (وماء طهور)، فإن ثبت أن ابن مسعود كان معه النبيذ،

= قال ابن نجيم في البحر الرائق: «وبالجملة فالمذهب الصحيح المختار المعتمد عندنا هو عدم الجواز موافقة للأئمة الثلاثة، فلا حاجة للاشتغال بحديث ابن مسعود الدال على الجواز...، لأن من العلماء مَنْ تكلم فيه وضعّفه وإن أجيب عنه بما ذكره الزيلعي وغيره» اهـ: ١/١٤٤، ١٤٥.

(١) أبو العالية: رفيع ـ بالتصغير ـ بن مهران أبو العالية الرياحي ثقة كثير الإرسال من الثانية. مات سنة ٩٠هـ، وقيل: سنة ٩٣هـ.
روى له الجماعة: تقريب التهذيب: ١٠٤.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/٧٨، ولفظه: «فقال: أنبذتكم هذه الخبيثة؟ إنما كان ذلك زبيب وماء».

فإنما سماه ماءً إخبارًا عن أصله ؛ لأنه ماء كما سماه تمرًا إخبارًا عن أصله لا أنه تمر.

وأما الخبر الثاني:

فهو عن عكرمةُ كذلك، قاله الدارقطني[1]، والإسناد إلى النبي عليه السلام وَهِمَ [٤/ب] فيه المسيب بن واضح[2]، والآثار لا يعرف صحة شيء منها وعلى الجملة لا يجوز الاعتراض على الكتاب بمثل هذا.

وقد رووا عن عباس أن النبي ﷺ قال: (إذا لم يجد أحدكم الماء ووجد نبيذًا فليتوضأ به)[3].

وعن ابن عباس قال: (النبيذ وضوء من لم يجد ماء)[4].

وعن علي رضي الله عنه أنه كان لا يرى بأسًا بالوضوء بالنبيذ[5].

---

(١) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٧٥.

(٢) قال الدارقطني في السنن: «ووهم فيه المسيب بن واضح في موضعين في ذكر ابن عباس ؛ وفي ذكر النبي ﷺ ؛ وقد اختلف فيه على المسيب والمحفوظ أنه من قول عكرمة:... المسيب ضعيف» اهـ: ١/٧٥ ـ ٨٠، التحقيق: ١/٢٨، ٢٩.
وهو المسيب بن واضح التلمنيسي ـ شامي ـ قال ابن عدي في الكامل: لا بأس به، الكامل لابن عدي: ٦/٢٣٨٥، لسان الميزان لابن حجر: ٦/٤٠.

(٣) قاله الدارقطني في سننه: ١/٧٦.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٧٥، ٧٦.
وقد بيّن أنه من قول عكرمة وليس من قول ابن عباس فقال: «والمحفوظ أنه من رأي عكرمة وليس بمرفوع» اهـ.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ١/٧٩، ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه: ١/٢٦.

قلنا: أما الخبر الأول: رواه مجاعة[١] عن أبان[٢] بن أبي عياش عن عكرمة عن ابن عباس، وأبان متروك[٣]، ومجاعة ضعيف[٤].

وأما أثر ابن عباس رواه عبد الله بن محرر عن قتادة عن ابن عباس، وعبد الله بن محرر متروك[٥].

وأما أثر علي قال الشعبي: الحارث[٦] كذاب[٧]. والله أعلم.



(١) مجاعة بن الزبير عن ابن سيرين، قال أحمد بن حنبل: لم يكن به بأس في نفسه وضعفه الدارقطني وغيره، عِدَاده في البصريين. ينظر: المغني في الضعفاء: ٥٤٢/٢.

(٢) أبان بن أبي عياش فيروز البصري أبو إسماعيل العبدي، متروك من الخامسة، مات في حدود الأربعين. روى له أبو داود من السنة. التقريب: ١٨.

(٣) قاله الدارقطني في سننه: ٧٦/١.

(٤) المرجع السابق.

(٥) قاله الدارقطني في سننه: ٧٦/١، وفي المخطوط «عبد الله بن محرز» وقال ابن حجر في التقريب: عبد الله بن محرر الجزري القاضي متروك، من السابعة، مات في خلافة أبي جعفر»، التقريب: ١٨٧.

(٦) في المخطوط «الحرث» وهو: الحارث بن عبد الله الأعور الهمداني الحوتي الكوفي أبو زهير صاحب عليّ كذبه الشعبي في رأيه ورمى بالرفض، وفي حديثه ضعف وليس له عند النسائي سوى حديثين، مات في خلافة ابن الزبير، روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب: ٦٠.

(٧) ينظر: التحقيق: ٢٩/١، ونقل ابن الجوزي فيه قول عليّ بن المديني: إنه كذاب.

❋ (مَسْأَلَة):

لا يجوز التوضؤ والغسل من الجنابة والحيض إلا بالنية[1].

وعندهم: يجوز من غير نيّة[2].

✥ لنا:

إن الوضوء طهارة شرعية فيتبع فيها مورد الشرع، والشرع ورد بالوضوء للصلاة بدليل قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ...﴾[3] الآية، والمعنى: فاغسلوا هذه الأعضاء للصلاة مثل قول القائل: «إذا جاء الشتاء فتأهب» أي تأهب للشتاء، و«إذا لقيت الأسد فاحذر» أيّ فاحذر من الأسد، والوضوء للصلاة هو النية التي وقع الخلاف فيها، فإذا توضأ لتعليم الغير أو للتنظيف أو اغتسل للتبرد فلم توجد الطهارة الشرعية، والصلاة بغير طهارة لا تجوز، ونظير هذا التيمم فإن التييم لما كانت طهارة شرعية والشرع أمر به للصلاة فلم يكن طهارة في غير مورد الشرعُ كذلك ههنا.

فإن قالوا: عندكم لو توضأ لا للصلاة لكن لمسّ المصحف أو سجود

(١) ينظر: الأم: ١/٤٧، روضة الطالبين: ١/٤٧ وهو قول المالكية والحنابلة، الإشراف للبغدادي: ١/٧، تفسير الفخر الرازي: ١١/١٥٦، المغني: ١/١٥٦، أحكام القرآن لابن العربي: ٢/٥٥٩، الكافي في فقه أهل المدينة: ١/١٦٤، الاستذكار لابن عبدالبر: ١/٣٣٢.

(٢) ينظر: بدائع الصنائع: ١/١٢٠، رؤوس المسائل: ١٠٠، أحكام القرآن للجصاص: ١/٣٣٤، مختلف الرواية ورقة ٢١/ب، مخطوط المبسوط: ١/٧٢، البداية مع فتح القدير: ١/٣٢، الطريقة الحصيرية: ٢/ب.

(٣) سورة المائدة، آية (٦).

التلاوة يجوز وضوءه.

قلنا: الأصل هو الوضوء للصلاة إلا أن النية ما لا يستباح شرعًا إلا بالوضوء ألحق بالصلاة من حيث المعنى وحصلت الطهارة الشرعية بها، وذلك لمعنًى وهو إنه نوى بوضوءه ما لا يستباح شرعًا إلا به فصار كما لو نوى الصلاة، وإنما قلنا إن الوضوء طهارة شرعية لأنه لا تعرف طهارة الأعضاء الأربعة عن الحدث باستعمال الماء إلا شرعًا.

يبينه: أن عمل الحدث في الأعضاء لما كان محض شرع فكذلك رفعه، وتحصيل الطهارة في محله يكون محض شرع.

وقد قال الأصحاب في هذه المسألة: إن الوضوء عبادة فلا يتأدى إلا بالنية لقوله تعالى: ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ﴾[1]. والإخلاص عمل القلب وذلك بالنية.

واستدلوا على أنه عبادة بقوله عليه السلام: (الوضوء شطر الإيمان)[2].

فإذا كان الإيمان عبادةً فشطره يكون عبادة، لأن النبي عليه السلام قال: «أمتي غُر محجلون من آثار الوضوء»[3]، وأثر العبادة يبقى إلى الآخرة، فأما أثر

(١) سورة البينة، آية (٥).

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٣/١٠٠ مع النووي بلفظ الطهور، وابن ماجه في سننه: ١/١٠٢، في باب «الوضوء شطر الإيمان».
ورواه الترمذي في سننه: ٤/٢٦٤، مع التحفة، في كتاب «الدعوات».
ورواه النسائي في سننه: ٥/٥، في باب «وجوب الزكاة».

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ١/٢٣٥ مع الفتح، في باب «فضل الوضوء، والغر المحجلون من آثار الوضوء».
=

غيرها فلا، والخبران صحيحان، ولأن العبادة فعل يأتي به العبد على جهة التقرب إلى الله تعالى بأمره لثواب الآخرة، وهذا الحد موجود في الوضوء، وإذا ثبت أنه عبادة لم يتصور بغير نيةٍ؛ لأن النية شريطة العبادات فلا يحصل بدون شرطها، وهذه الطريقة وإن كانت حسنة لكن الأولى أحسن وأدل على حقيقة المسألة، وهي داخلة في الطريقة الأولى معنىً على ما يتبين من الجواب عن كلامهم.

❁ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بالآية، وزعموا أن الله تعالى أمر بغسل الأعضاء الأربعة فلا يجب شيء سوى الغَسل.

يدل عليه: أن شرط النية زيادة على الغسل لا يدل عليه ذكر الغسل، فيكون زيادةً على النصّ الوارد في الكتاب[1]، والزيادة على النصّ نسخ، لأنّه يتضمّن تغيير حكمه.

وبيان التغيير في مسألتنا أن نص الآية اقتضى إطلاق الصلاة عند غسل الأعضاء الأربعة، فإن تقدير الآية: إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وصلوا، كما يقال: إذا دخلت على الأمير تلّبس وتطيب، أي افعل ذلك وادخل عليه.

وعند شرط النية يتغير هذا الحكم لأنّه لا يطلق له الصلاة ما لم ينو.

= ورواه النسائي في سننه: ١/٧٩ في باب «حلية الوضوء».
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٤٠.

(١) ينظر: أحكام القرآن للجصاص: ٢/٣٣٤.

وهذا أمر وراء الغسل الذي ورد به نصّ الكتاب فيكون إثباتًا بتغيير حكم الكتاب على ما سبق.

وأما من حيث المعنى قالوا: الطهارة شرط الصلاة، والوضوء وجب بحصول الطهارة وقد حصلت الطهارة [٥/أ] وإن لم ينو فسقط عنه الأمر بالوضوء، كما لو توضأ مرةً سقط عنه فعله مرةً أخرى.

والدليل على حصول الطهارة وإن لم ينو أن الله تعالى خلق الماء طهورًا كما قال: ﴿وَأَنزَلْنَا مِنَ ٱلسَّمَآءِ مَآءً طَهُورًا﴾[١] أي خلقنا.

والطهور اسم لما يحصل به الطهارة كالقطوع اسم لما يحصل به القطع فإذا استعملته في الأعضاء طهرها، لأنه عمل له بذاته وعينه ولا يتبدل ذلك لقصد المستعمل وعدم قصده، وصار هذا نظير إزالة النجاسة فإنّ استعمال الماء في المحل النجس أوجب تطهير المحل سواء قصده أو لم يقصده[٢].

ونظيره من الحسيات الماء المُرْوِي إذا شربه الإنسانُ رَوَى بذاته لا بقصد الشارب والطعامُ المُشْبِعُ إذا أكله حصل الشَّبعُ بذاته لا بقصده.

قالوا: فإن قلتم هذا الكلام صحيح في الحسِّيات، فأما في الحكميّات فلا، والطهارة في مسألتنا طهارة حكميّة لا حسيّة[٣].

فنقول: إنّ طهارة المحل باستعمال الطهور في محل النجاسة أمر حقيقي كحصول الرِّي بشرب الماء.

---

(١) سورة الفرقان، آية (٤٨).
(٢) الأسرار لأبي زيد: ١٧/ب.
(٣) الأسرار لأبي زيد: ١٧/ب.

فإن قلتم: «لا نجاسة في أعضاء الوضوء».

نقول: هي في حكم النجس[١] إلّا أنّ النجاسة عرفت شرعًا، فإن النجاسة في حق الصلاة ما يمنع من الصلاة، وإذا كانت الأعضاء نجسة حكمًا فيما يرجع إلى الصلاة صار الزوال إلى الطهارة باستعمال الطهور عملًا لذات الماء وحكمًا له خِلقةً وطبعًا.

قالوا: وإنما لم يجز الوضوء بغير الماء (لأن الخل طهور لا لعينه، فإنّ الله تعالى لم يخلقه طهورًا بل هو طهور لمعناه، وهو إزالة عين النجاسة ولم يثبت ذلك في أعضاء المحدث)[٢]، فلم يكن طهورًا في حقه لهذا المعنى.

قالوا: وعلى هذا نسلم أنّ الوضوء عبادة لكن ليست مقصودةً لعينها بل المقصود منه التمكن من الصلاة لحصول الطهارة فإذا حصلت الطهارة بأيّ وجهٍ كان سقط، كالسعي إلى الجمعة يسقط بسعي لا للجمعة، بأن يكون لطلب غريم أو لقاء إنسان؛ لأنّ المقصود منه التمكن من الجمعة بالحصول في المسجد فعلى أيّ وجه حصل سقط الأمر، كذلك ههنا.

وحرفهم في هذا أنّ العبادة متى لم تكن مقصودة سقط بحصول المقصود دون العبادة كالسعي إلى الجمعة والجهاد وغير ذلك.

قالوا: «وإذا عرفت هذا ظهر الفرق بين الوضوء والتيمم، فإنّ التراب ما خلق طهورًا ليطهر أعضاء المحدث بطبعه، فكان القياس أنْ لا يحصل بالتراب الطهارة وإن نوى، إلّا أنّ الشرع جعل التراب طهورًا للصلاة إذا عدم

(١) الأسرار لأبي زيد: ١٧/ب.
(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١٧/ب.

الماء مَنْ لم يُرِدْ الصلاةَ عند المسح لا يكون التراب طهورًا، كما لم يَعْدَم الماء وإذا لم يصر طهورًا لم يفد استعماله طهارة، وإذا أراد الصلاة فالآن صار التراب طهورًا ثم الطهارة تحصل باستعماله بغير نية الطهارة، فصارت الطهارتان غير معتبرتين في حق النية بل الماء والتراب افترقا في صفة الطهورية فالماء طهور بنفسه، والتراب طهور بشرط إرادة الصلاة»[1].

قالوا: وأما تعلقكم بالآية فلا معنًى له، لأن معنى الآية قوله تعالى: ﴿فَٱغۡسِلُواْ﴾ أي فاغسلوا لتحصل لكم الطهارة وتتمكنوا من أداء الصلاة وقد حصلت الطهارة الممكنة من أداء الصلاة وإنْ لم يتوضأ للصلاة فهذا مجموع كلامهم تحقيقًا ذكرناه على الإختصار.

❁ **الجواب:**

أما التعلق بالآية فقد بيّنا أنها دليل عليهم.

وأما قولهم: «إنّ الآية لا تقتضي إلا الغسل».

قلنا: قد ذكرنا أن مقتضى الآية غسل الأعضاء للصلاة، وهذا هو معنى النية.

وأما قولهم: «إن شرط النية زيادة على نص الكتاب، والزيادة نسخ».

قلنا: قد ذكرنا أنا بالكتاب عرفنا شرط النية، وعلى أنّ النسخ هو تغيير الحكم، وحكم الآية غسل الأعضاء الأربعة، وليس في الآية تعرض للنية لا بنفي ولا بإيجاب، فإيجابها لا يكون تغييرًا لحكم الآية، لأنّ حكم الآية على

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١٧/ب، ١٨/أ (ببعض التصرف).

ما كان من قبل، وإنما القياس دليل آخر تعرض لشيء لم يتعَّرض له الكتاب أصلًا فلم يكن تغييرًا لحكم الكتاب.

وقولهم: «إنّ الآية اقتضت إطلاق الصلاة بغسل الأعضاء الأربعة».

قلنا: ذلك عند عدم الدليل على وجوب شرط زائد من نيةٍ أو ترتيبٍ أو غير ذلك، فأما مع قيام الدليل على النية أو الترتيب فلا، وقد قام الدليل لنا على [٥/ب] النية وغير ذلك من الشرائط، وبهذا نقول: إن إيجاب طهارة البدن والثوب والغسل من الحيض وغير ذلك لا يكون نسخًا، بل هو ضم شريطةٍ إلى شريطةٍ، كذلك ههنا.

وأما المعنى الذي قالوه فضعيف جدًا؛ لأن عمدتهم هو أن الطهارة قد حصلت بدون النية ولا نسلم ذلك، وهل وقع النزاع إلا في هذا؟

فأما قولهم: «إن الماء طهور بذاته وعينه».

قلنا: هذا الأصل لا يمكن القول به في الطهارة عن النجاسة، لأنها طهارة حسية والماء مطهر للمحالّ من حيث الحسّ.

فأما الطهارة عن الحدث فلا يمكن إثباتها بهذا الطريق بحال، لأنها طهارة حكمية.

ومعنى قولنا: «حكمية» أنها إثبات طهارة في محل شرعًا لا يعقل له معنى سوى التعبد.

والحرف، أن الماء طهور حسًّا، والواجب طهارة حكمًا، فكونه طهورًا




حسًا لا يفيد الطهارة الحكمية، نعم يجوز أن يقال: يفيد الطهارة الحسية فلا جرم نقول لا تعتبر النية في الطهارة عن النجاسة للمعنى الذي قالوه.

فأما الطهارة الحكمية فلا تثبت إلا بالشرع؛ لأن الأحكام لا تثبت إلا شرعًا ولا تنفى إلا شرعًا، والشرع ورد بالوضوء للصلاة على ما سبق فلا تثبت الطهارة في غير هذا الموضع. ويمكن أن يقال: إنّ محزّ الكلام في المسألة هو (إن الطهارة باستعمال الماء يحكم أنه عبادة أم بنفس الماء، فعندنا باستعمال الماء يحكم أنه عبادة، وعندكم بنفس الماء وطبعه، فنقول ما قلناه أولى، لأنه لا نجاسة بأعضائه حتى يزيلها الماء بطبعه)[1].

فكان ثبوت الطهارة لإقامته عبادة باستعمال الماء وإقامته العبادة باستعمال الماء هو نيته وإرادته فإذا لم توجد لم يكن عبادة، وإذا لم يكن عبادة لم تحصل الطهارة.

وقولهم: إن «أعضاء المحدث نجسة حكمًا»[2].

قلنا: هذا محال، لأن إثبات النجاسة بلا نجاسة غير معقول.

وقولهم: «إنه مانع من الصلاة».

قلنا: بلى، ولكن من حيث الحدث لا من حيث النجس، والمانع من الصلاة يكون من وجهين: حدثًا تارة، ونجاسة أخرى، والطهارة من كل واحد غير الطهارة من الآخر، والدليل على المغايرة بين الحدث وبين النجاسة أن

---

(١) ما بين القوسين نقلًا عن الأسرار: ١٨/أ (ببعض التصرف).
(٢) ينظر: الأسرار: ١٨/أ.

قليل النجاسة معفو عنها ولا يعفى عن قليل الحدث، ولأن المسح يدخل في طهارة الحدث ولا مدخل له في طهارة النجاسة بحال.

وأما السعي إلى الجمعة فمعنى حسيّ فإذا حصل في مكان الجمعة سقط السعي عنه، لأنه لا معنى في إيجاب السعي إلى الجمعة عليه وهو حاضر في مكانها وعند إقامتها. وأما في مسألتنا فقد بينا أن الطهارة حكمية فلا تثبت إلا بطريق الشرع وقد انتفى طريق الشرع عند عدم النية فانتفت الطهارة.

وفي المسألة كلام كثير للمشايخ تركناه واقتصرنا على هذا.

وخرّج بعض أصحابنا إزالة النجاسة على قولنا: إن الوضوء عبادة.

وقال: إن إزالة النجاسة إنما هو تنزه وتنظف وذلك محض مروءة.

وربما يقولون: طريقها طريق التروك، لا طريق العبادات، ويدخل عليه الصوم، والاعتماد على ما سبق من التخريج. والله أعلم.



※ (مَسْأَلة):

الترتيب واجب في الوضوء عندنا[١].

وعندهم: ليس بواجب[٢].

لنا:

قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ﴾[٣]... الآية. وقوله: ﴿إِذَا قُمۡتُمۡ﴾ شرط، وقوله: ﴿فَٱغۡسِلُواْ﴾ في موضع الجزاء ولا يجوز إدخال فاصل بين الشرط والجزاء، وعندكم إذا قَدّم غَسل اليدين على الوجه يجوز[٤].

وفيه إدخال فاصل فيكون خلاف الآية.

يدل عليه: أنه تعالى أدخل الممسوح ـ وهو الرأس ـ في خلال المغسولات، والعرب لا تخرج في الكلام من جنس إلى جنس [غير][٥]

---

(١) المهذب: ١/٣٣، الأم: ١/٢٥، ٢٦، روضة الطالبين: ١/٥٥، الوسيط: ١/٣٦٠، النكت: ٨/أ/م.
وهو اختيار ابن العربي المالكي في أحكامه: ٢/٥٦٢ وهو قول مالك ثم رجع عنه.
الكافي في فقه أهل المدينة: ١/١٦٧.

(٢) ينظر: الأسرار لأبي زيد: ١٨/أ، شهيد علي، بدائع الصنائع: ١/١٢٠، رؤوس المسائل: ١٠٢، المبسوط: ١/٥٥، مختلف الرواية ورقة ٢٢/أ، مخطوط، الطريقة الحصيرية ٤/ب.
وهو قول المالكية، الإشراف للبغدادي: ١/١١، المدونة: ١/١٤، الكافي في فقه أهل المدينة: ١/١٦٧، الاستذكار: ١/١٨٣.

(٣) سورة المائدة، آية (٦).

(٤) ينظر: الحاشية (٢).

(٥) كلمة غير واضحة في المخطوط ولعل ما أثبت يصح به المعنى.

الجنس الأول، لا تقول: اضرب زيدًا وأكرم جعفرًا واضرب عمرًا، ولكن تقول: اضرب زيدًا وعمرًا وأكرم جعفرًا، فلما خرج من الغسل إلى المسح ثم عاد إلى ذكر الغسل في الرجل علمنا أن ذلك لوجوب الترتيب.

❁ وأما حجتهم:

احتجوا من الآية قالوا: إن الواو للعطف وقد أمر الله تعالى بأفعال عند القيام إلى الصلاة (وعطف بعضها على بعض بالواو العاطفة وموجب الواو في اللغة شركة المعطوف المعطوف عليه في خبره شركة مطلقة غير مقيدة بصفة الترتيب أو [٦/أ] القِران أو التفريق، فإنك إذا قلت: جاء زيد وعمرو، كنت مخبرًا عن مجيئهما مطلقًا)[١] غير مقيدة بصفة مما ذكرناه وصار حقيقة الكلام الخبر عن مجيئها فحسب (بلا إخبار عن كيفية، كذلك في مسألتنا كان مقتضى الآية وجوب غسل هذه الأعضاء بلا كيفية فالتقييد بوصفٍ يكون زيادة في كتاب الله وذلك يجري مجرى النسخ.

والدليل على أن الواو لا تقتضي[٢] إلا ما ذكرنا أنك إذا قلت: جاء زيد وعمرو يحسن السؤال من السامع عن كيفية المجيء من ترتيبٍ أو مقارنةٍ، ولو كان يقتضي كيفية بلفظه لم يحسن السؤال عنها، كما لا يحسن السؤال عن أصل المجيء بعد خبره عن المجيء، وهذا لأن (الحروف لم توضع في الأصل إلا لفائدةٍ جديدةٍ كالأسامي فللقِران كلمة «مع»، وللترتيب بلا فصل كلمة «الفاء»، وللترتيب المتراخي كلمة «ثم»، فلا تحمل الواو على فائدة

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/١٩/أ.

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/١٩/ب، بتصرف.

من حرف آخر إذا أمكن حملها على فائدةٍ جديدةٍ، وقد أمكن، وهو إيجاب أصل الشركة بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر بلا صفة ليكون سائر الكلمات لبيان أوصاف الشركة فتجري الواو منها مجرى اسم الذات من الأوصاف وإذا كان كذلك)[1]، بطل قول من قال من أصحابكم: إن الواو تحتمل الجمع والترتيب والقِران، فيصير ذلك بمنزلة المجمل فيتعرف بيانُه بالسُّنة وقد توضأ النبي ﷺ مرتّبًا؛ لأن الواو إذا كانت للفائدة التي قلناها وسائر الحروف للفوائد الأخر على ما سبق، لم يكن اللفظ مجملًا بل كان ظاهرًا في معناه الموضوع له.

قالوا: وقولكم: «إن الله تعالى جعل غسل الوجه جزاء الشرط، فليس كذلك؛ لأن الجمل إذا عُطِفَ بعضها على بعض تصير جملة واحدة ولا تحصل مفصلة لقُرْب بعضها من الشرط وبُعْد الآخر.

ألا ترى أن مَنْ قال لغلامه: إذا جاء الغد فاشتر لي بدرهم لحمًا وبدرهم خبزًا وأعتق عبدي، فجاء الغد واشترى الخبز قبل اللحم أو اعتق العبد قبل كل شيء أجزأه، وإنما يتعلق إطلاق الفعل بمجيء الغد لا ما دخل تحت الإطلاق، فكذلك ههنا يجب الوضوء بالقيام إلى الصلاة.

وأما الأعضاء المغسولة فلا تعلق لها بالقيام بحكم القُرب فصار الجزاء ههنا هو الوضوء لا مادخل تحت الوضوء، وصار الجزاء هناك الوكالة لا ما دخل تحت الوكالة»[2].

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ببعض التصرف: ١٩/ب.

(٢) نقلًا من الإسرار: ١/١٩/ب (ببعض التصرف).

قالوا: وأما إدخال المسح بين المغسولات فليس يدل على الترتيب، بلى، يقال قد أدخل لفائدة لولاها لكان ضم المغسول إلى المغسول أولى لاجتماعهما في الوظيفة وقد أدخل عندنا لفائدة وهي أن الترتيب سُنة والكمال يتعلق بذلك ونحن نقول به(١).

قالوا: ولا وجه لاستعمال القياس في المسألة؛ لأن الوضوء عبادة وشروط العبادات وأركانها لا تثبت قياسًا، ولا تنفى قياسًا كأعداد الركعات ومقادير الزكوات والكفارات وغيرها، ولكننا نتكلم من حيث التأصيل، فإن الوضوء أصل ثابت بكتاب الله تعالى ومن طريقٍ لا شُبهة فيه، فلا يمكننا أنْ نزيد عليه شيئًا، ونجعله منه إلا من طريق يثبت أصله، وشرط العبادة بمنزلة ركنها فلا يثبت إلا بما يثبت به ركنها(٢).

وقالوا أيضًا: تخريجًا لهذه المسألة على الطريقة التي ذكروها في المسألة أن الماء طهور بنفسه فإذا استعمل في الأعضاء حصلت الطهارة بنفس الاستعمال سواء رتّب أو لم يرتّب، وإذا حصلت الطهارةُ والوضوءُ وَجَبَ لتحصيل الطهارة فلا يبقى إلا من بعد حصولها.

❁ **الجواب:**

أما التعليق بالآية بالوجه الذي قُلنا، فصحيح، وذلك لأن الله تعالى علّق غسل الوجه بالقيام إلى الصلاة بكلمة «الفاء» فنمنع تخلل فاصل بينهما من غسل عضو آخر، كما لو قال لعبده: إنْ دخلت الدار فأنت حر.

---

(١) ينظر: الإسرار لأبي زيد: ٢٠/أ.

(٢) نقلًا من الإسرار لأبي زيد: ٢٠/ب (ببعض التصرف).

وقولهم على هذا «أن الجمع بمنزلة الجملة الواحدة، والتعليق بالقيام في أصل الوضوء لا فيما يشتمل عليه الوضوء».

قلنا: جعل الجمل بمنزلة الجملة الواحدة لا بد فيها من دليل قطعي.

وأما قولهم: «إن الذي يتعلق بالقيام أصل الوضوء لا ما يشتمل عليه الوضوء».

قلنا: إنما يتعلق بالقيام ما علّقه الشرع بالقيام، وقد علّق به غسل الوجه فيتعلق به تعلق الجزاء بالشرط [٦/ب] فبطل إدخال الفاصل من غسل عضوٍ آخر.

وأما الذي تعلقنا به من الاستدلال بإدخال الممسوح بين المغسولات فاستدلال صحيح على ما سبق بيانه.

وقولهم على هذا «إنه لبيان فائدة السّنة».

قلنا: الآية في الوضوء وَرَدَت لبيان الواجب لا لبيان السُّنة فلا يجوز صرف ما دلت عليه الآية ما لم ترد به الآية.

وأما الذي تكلموا على أن «الواو» ليس للترتيب[١].

فاعلم أن كثيرًا من أصحابنا زعم أن الواو للترتيب[٢]، ونحن لا ندعي ذلك، ولا دليل عليه من حيث اللغة، ولكن استدلالنا بالآية على الوجه الذي قلناه هو استدلال حسن.

---

(١) جمع الجوامع: ١/٤٦١.
(٢) ينظر: جمع الجوامع ١/٤٦١.

وقد استدل الأصحاب في المسألة بقوله ﷺ: «نبدأ بما بدأ الله به»[(١)]، وربما رووا قولًا عن النبيّ ﷺ: «ابدؤوا بما بدأ الله به»[(٢)].

وفي القول نظر، أمّا الأوّل فمشهور، وهو وإن ورد في البداية بالصفا على المروة لكن العبرة بعموم اللفظ.

وقد قال المخالف: «نحن نقول بالخبر فإنّا نبدأ بما بدأ الله به سنة».

ونحن نقول إنّ الأمر على الوجوب هذا في قوله: «ابدؤوا بما بدأ الله به».

وأما الذي رووا: «نبدأ بما بدأ الله به» فهو أيضًا في معنى الأمر؛ لأنه ﷺ فعل ذلك ليُقتدى به فكأنه قال: اقتدوا بي، فيكون ظاهره للإيجاب.

واستدل الأصحاب بالحديث المشهور وهو قوله ﷺ: «لا يقبل الله صلاة أحدكم حتى يضع الطهور مواضعه، فيغسل وجهه ثم يغسل يديه ثم يمسح رأسه ثم يغسل رجليه»[(٣)]، والخبر الذي يروون من رواية الرُّبيّع بنت

---

(١) رواه النسائي في سننه: ٥/١٩١.
وروواه الترمذي في سننه: ٢/٩٣ مع التحفة، وقال: هذا حديث حسن صحيح.
ورواه أبو داود في سننه: ٢/٤٥٩ مع المعالم، من حديث جابر الطويل، باب «حجة النبي».
ورواه ابن ماجه في سننه: ٢/١٠٢٣.

(٢) رواه بهذا اللفظ الدارقطني في سننه: ٢/٢٥٤.
ورواه مسلم في صحيحه: ٨/١٧٧ مع النووي بلفظ «أبدأ بما بدأ الله به» باب حجة النبي ﷺ.
ورواه ابن خزيمة في صحيحه: ٤/٢٣٠ بنفس اللفظ.
ورواه الدارمي في سننه: ٢/٤٦ بنفس اللفظ.

(٣) قال ابن حجر في التلخيص: «لم أجده بهذا اللفظ وقد سبق الرافعي إلى ذكره هكذا ابن السمعاني في الاصطلام، وقال النووي: إنه ضعيف غير معروف، وقال السبكي في جمع الجوامع: ليس بمعروف ولا يصح» ا. هـ ١/٥٩.




معوّذ[١] أنّ النبي ﷺ «مسح برأسه بعد غسل رجليه»[٢] فلا يثبتها أصحابُ الحديث، والرجوع إليهم في هذه الصنعة.

والأولى أنْ يعتمد في المسألة فيقال: الوضوء عبادة غير معقول المعنى وطريقها الاتباع المحض، وقد وَرَدَ الكتاب والسنة بالوضوء لنلتزمه حَدًّا وفعلًا فوجب أن يُلتزم على ما وَرَدَ، ولم يرد الشرع بالوضوء إلا مرتبًا وهو المنقول عن صاحب الشرع فنلتزم على ما نُقِلَ، ولا نحكّم عليه المعقول والقياس بوجهٍ ما، وهو كالركعات في الصلاة وورودها على ترتيبٍ مخصوصٍ فإنه يلتزم على ما ورد من غير أن يحكم عليه قياس ومعقول، كذلك ههنا.

وقد تعلّق المخالف بتقديم الشمال على اليمين وبتقديم الرجل في غسل الجنابة على الرأس.

۞ الجواب:

إن اليمين والشمال في الوضوء كعضوٍ واحدٍ. ألا ترى أنهما في الكتاب بلفظٍ واحدٍ، وكذا في الرجلين، ولأن الوضوء بالإجماع مشتمل على أربعة أعضاء[٣] لا على ستةٍ.

فإن قالوا: أليس يجوز نقل الماء من أحد اليدين إلى الأخرى؟.

قلنا: إنما كان كذلك، لأنه إذا انفصل من إحدى اليدين فقد صار

(١) الربيع ـ بالتصغير والتثقيل ـ بنت معوذ بن عفراء الأنصارية النجارية من صغار الصحابة، روى لها الجماعة، تقريب التهذيب: ٤٦٨.

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٣) وهي: الوجه واليدان والرأس والرجلان.

مستعملًا، واستعمال الماء المستعمل لا يجوز.

وأما الغسل من الجنابة فإنما لم يجب فيه الترتيب، لأن جميع البدن فيه بمنزلة العضو الواحد.

فإن قالوا: ما تقولون فيما لو كان عليه الوضوء فاغتسل بدل الوضوء وبدأ بغسل الرجل؟

قلنا: يجوز أن يقال: لا يجوز، وإن قلنا بالجواز؛ فلأنه إذا اغتسل بدل الوضوء صار الحكم للغسل.

فإن قالوا: ما قولكم فيما إذا انغمس المحدثُ في الماء غمسةً؟.

قلنا: لا يجوز ما لم يمكث مكثةً حتى تترتب الأعضاء. والله تعالى أعلم.



※ (مَسْألة):

التثليث سُنّة في مسح الرأس عندنا[1].

وعندهم: السنة أن يمسح برأسه مرة واحدة بماءٍ واحدٍ[2].

(١) الأم: ٢٣/١، المهذب: ٢٤/١، المجموع: ٤٢٦/١، فتح الباري: ٢٦٠/١، شرح السنة للبغوي: ٤٣٩/١، النووي على مسلم ١٠٦/٢، مختصر المزني: ٧/١ مع الأم وهو رواية عن الإمام أحمد ـ المغني: ١٧٨/١.

(٢) رؤوس المسائل: ١٤، البداية مع فتح القدير: ٣٣/١، مختلف الرواية ٢٢/أ، الإسرار لأبي زيد ٢١/أ، المبسوط: ٧/١ وهو قول المالكية: قال ابن عبد البر في الكافي: «ولا فضيلة عند مالك في مسحه ثلاثًا» ١٦٧/١، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة المغني ١٧٨/١، الاستذكار ١٦٦/١.

لنا:

حديث أبيّ بن كعب أن النبي ﷺ توضأ مرّة مرّة، وقال: هذا الوضوء الذي لابد منه، ثم توضأ مرتين مرتين، وقال: «هذا وضوء مَنْ يعطيه الله كفلين من الأجر»، ثم توضأ ثلاثًا ثلاثًا، وقال: «هذا وضوئي ووضوء الأنبياء قبلي»[1].

وقوله: «توضأ» ينصرف إلى المسح والغسل فكذلك قوله: «مرتين مرتين، وثلاثًا ثلاثًا» ينصرف إليهما.

وروى مثله ابن عمر أن[2] النبي ﷺ قال: (من توضأ فمضمض ثلاثًا واستنثر ثلاثًا، وغسل وجهه ثلاثًا، وغسل ذراعيه ثلاثًا ثلاثًا ومسح برأسه ثلاثًا، وغسل رجليه ثلاثًا ثلاثًا غُفر له ما بين الوضوئين)[3].

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه: ١/١٤٦، وفي إسناده زيد، هو العمى ضعيف.
ورواه الإمام أحمد في مسنده عن أبي إسرائيل عن زيد العمى عن نافع عن ابن عمر.
وقال الحافظ في التلخيص: «قال أبو حاتم: لا يصح هذا الحديث عن رسول الله ﷺ وقال ابن أبي حاتم: قلت لأبي زرعة حدثنا الربيع بن سليمان ثنا أسد بن موسى عن سلام بن سليم، عن زيد بن أسلم، عن معاوية بن قرة، عن ابن عمر، فقال: هو سلام الطويل وهو متروك، وقال النووي في المجموع: ١/٤٢٥، حديث أبيّ هذا ضعيف.
وقال ابن عبد البر في الاستذكار: «لم يأت من وجه ثابت ولا له إسناد يحتج به؛ لأنه حديث يدور على زيد بن الحواري العمى هو انفرد به وهو ضعيف جدًا عند أهل العلم بالنقل، وقد اختلف فيه عليه فمرة يجعله من حديث أبيّ بن كعب ومرة يجعله من حديث ابن عمر...» اهـ: ١/٢٤٤.

(٢) كلمة غير واضحة في المخطوطة.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ١/٩٢ ـ ٩٣، وفيه محمد بن عبد الرحمن بن البيلماني قال ابن حجر في التلخيص: «ابن البيلماني: ضعيف جدًا، وأبوه ضعيف أيضًا...» اهـ: ١/٨٤.

وأما مَنْ قال: إنه يمسح مرة واحدة تعلق بحديث عثمان رضي الله عنه أنه توضأ ومسح برأسه مرة، وقال: هكذا توضأ رسول الله صلى الله عليه وسلم(١).

وكذلك توضأ عليٌّ رضي الله عنه ومسح برأسه مرة، وقال: «مَنْ [٧/أ] سرّه أن ينظر: إلى وضوء رسول الله فهذا وضوءه»(٢).

قالوا: وقد ثبت أن النبي عليه السلام توضأ ومسح برأسه مرة وهو مذكور في الصحيحين(٣).

ورواه معاذ(٤)، والبراء بن عازب(٥)، وعبدالله بن عمرو، وجماعة.

فالرسول عليه السلام قدوة فيتبع في فعله ولا يعدل عنه.

❁ **الجواب:**

إن الروايات عن عثمان وعليّ متعارضة.

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ١/٨٠ مع المعالم في باب «صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم»، وقال أبو داود: أحاديث عثمان رضي الله عنه الصحاح كلها تدل على مسح الرأس مرة، فإنهم ذكروا الوضوء ثلاثًا وقالوا فيها: ومسح برأسه، ولم يذكروا عددًا كما ذكروا في غيره.
ورواه الدارقطني في سننه: ١/٩٣.

(٢) رواه أبو داود في سننه: ١/٨٢ مع المعالم في باب «صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم».
ورواه البغوي في شرح السنة: ١/٤٣٣، في باب «صفة وضوء النبي صلى الله عليه وسلم».
قال البغوي: وهو حديث حسن.
ورواه الدارقطني في سننه: ١/٨٩ ـ ٩٠.

(٣) صحيح البخاري: ١/٢٥٩ مع الفتح في باب «الوضوء ثلاثًا ثلاثًا».
صحيح مسلم مع النووي: ٣/١٠٦ ـ ١١٠ في باب «صف الوضوء وكماله».

(٤) استدل به أبو زيد في إسراره: ١/٢٢/أ.

(٥) ينظر: المرجع السابق.




روى حمران[1] وغيره عن عثمان أنه مسح ثلاثًا.

وكذلك رواه عبد خير[2] عن عليّ[3].

وعلى أن نهاية ما في الباب ثبوت ما قالوا عن النبي ﷺ غير أن الزائد من الروايات أولى.

ولأنا نجوّز المسح مرة فيحتمل أنه ﷺ فعل ذلك لبيان الجواز.

وقد روى أنه عليه السلام: «توضأ فغسل وجهه ثلاثًا، وغسل اليدين مرتين مرتين»[4].

وأما الكلام في المسألة من حيث المعنى، فالمعتمد هو التعليق بالمغسول من الأعضاء، وهو قياس صحيح شبهًا ومعنىً.

---

(١) حمران ـ بضم أوله ـ ابن أبان مولى عثمان بن عفان، اشتراه في زمن أبي بكر الصديق، ثقة من الثانية، مات سنة ٧٥هـ، روى له الجماعة، ينظر: تقرير التهذيب: ٨٣.
وروى ذلك البيهقي في سننه: ١/٦٢، ٦٣، عن حمران وغيره قال: «وقد روى عن أوجه غريبة عن عثمان رضي الله عنه ذكر التكرار في مسح الرأس إلا أنها مع خلاف الحفاظ الثقات ليست بحجة عند أهل المعرفة وإن قال بعض أصحابنا: يحتج بها». اهـ.
ورواه أيضًا الدارقطني في سننه من عدة طرق عن حمران مولى عثمان وعن شقيق بن سلمة أنه رأى عثمان، وعن عبد الله بن جعفر أن عثمان توضأ... وفي إسناد عبد الله ابن جعفر، إسحاق بن يحيى ضعيف. ينظر: سنن الدارقطني: ١/٩١.

(٢) عبد خير بن يزيد الهمذاني أبو عمارة الكوفي، مخضرم ثقة من الثانية لم يصح له صحبة، روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب: ١٩٧.

(٣) روى ذلك البيهقي في سننه: ١/٦٣، وقال: وقد روي من أوجه غريبة عن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنه والرواية المحفوظة عنه غيرها. اهـ. ثم ذكر الروايات.

(٤) رواه الترمذي في سننه: ١/٥٣ مع التحفة في باب «فيمن توضأ بعض وضوءه مرتين وبعضه ثلاثًا»، قال أبو عيسى: هذا حديث صحيح.

أما الشبه: فلأن كل واحد أصل بنفسه في الوضوء، لأن المسح أحد قسمي الوضوء كالغسل أحد قسميه.

وأما المعنى: فلأن الوضوء طهارة حكمية، والغسل والمسح واحد في الطهارة الحكمية[1] إلا أن الغسل له زيادة على المسح من حيث الحس.

فأما من حيث الحكم فهما واحد. وقد شرع التكرار في أحدهما لتكميله، وليشرع في الآخر على ما شرع في قرينه، وذلك لتحصل زيادة في الطهارة بمثل فعل الأول في محل الأول.

يبينه: أن الطهارة تكون بمطهر فلابد من تجديد مطهر ليزداد الطهارة، وذلك يكون بماءٍ جديدٍ مثل الغسل سواء، وهذا معنى في نهاية الوضوح فليعتمد عليه.

❁ **أما حجتهم:**

من حيث المعنى قالوا: طهارة مسح، فلا يسن فيها التكرار كالمسح على الخف والتيمم.

وفقه ذلك: وهو إنه لما كان طهارة مسح فقد بنى على الخفة فإذا خَفّ ماءً حتى اكتفى فيه بالبلل دون الماء السيال، وَخَفّ محلًا حتى اكتفى فيه ببعض المحل، فوجب أن يَخِفَّ فعلًا حتى يكتفي فيه بالمرة الواحدة.

قالوا: وليس كالاستنجاء؛ لأنه في الأصل طهارة غسل، وإنما يجوز فيه

(١) فتح الباري نقلًا عن الاصطلام: ١/٢٩٨.

التمسح بالأحجار رخصة، ألا ترى أنه لو غسل بالماء يكون أفضل بخلاف مسألتنا.

ولهذا يُكره العدول في الرأس من المسح إلى الغسل، وإذا كان الأصل هناك هو الغَسل، والمبالغة بالتكرار في الغَسل مشروع، لأنه مبنى على الاستقصاء، والتكرار نوع مبالغة فيليق أن يكون مشروعًا معه، إلا أن الرخصة وردت في استعمال الحجر مكان الماء لنوع ضرورةٍ وحاجةٍ فبقي التكرار المشروع في أصل الغسل مشروعًا فيه بخلاف مسألتنا.

فإن المسح أصل في الوضوء بُنِيَ على الخِفَّة فيوفر عليه مقتضى الخِفَّة من كل وجهٍ.

قالوا: وأما التكميل المشروع في الوضوء فقد حصل في المسح بالاستيعاب، لأن التكميل في الغسل باستعمال طهور في محل الفرض وقد وُجِدَ هذا المعنى في مسألتنا بالاستيعاب، لأن البَلَّة على اليد طهور.

ألا ترى كيف يُستوعب به الرأس، ويجوز وقد استعملها في محل الفرض؛ لأن جميع الرأس محل الفرض فصار هذا مثل استعمال ماءٍ جديدٍ في الوضوء ثانيًا وثالثًا إلا أن هناك لابد من ماءٍ جديدٍ ليكون طهورًا، لأن الماء المنفصل عن العضو مستعمل، والبَلَّةُ على اليد لا يحصل به الغسل فصارت البَلَّةُ ههنا كالماء الجديد هناك، وصار مسح باقي الرأس هنا بمنزلة تضعيف غسل الوجه، لأن الفرض يُستوعب الوجه فلم يمكن تكميله بالاستيعاب فعدل إلى التضعيف.

قالوا: ومَنْ تأمل في هذا فقد عرف أن الصورتين استويا معنًى واختلفا

اسمًا ولقبًا، ولا عبرة بالأسامي والألقاب من ذكر تكرار وتثليث وإنما العبرة بالمعاني.

قالوا: ولأن الزيادة إنما تشرع إذا لم يَعُدْ بنقصٍ على المزيد عليه، والزيادة في الغسل بالتكرار لا تعود بنقصٍ في المزيد عليه، لأن الغسل وإن تكرَّر مرات فجميعه غسل، وأما في المسح فلأنّا إذا شرعنا فيه التكرار عاد بنقصٍ على أصله، لأن المسح إذا كرر يخرج عن كونه مسحًا ويلتحق بالغسل فيصير غيره، وإذا صار غيره عاد بالنقص على المزيد عليه فلم يشرع.

يبينه: أن النقاوة مطلوبة [٧/ب] في الغسل والتكرار يزيد في النقاوة،

وأما في المسح فلا يطلب إلا مجرد إيصال البَلَّة وبالتكرار لا يزداد هذا المعنى، فكأن الثاني هو الأول فلا معنى لفعله واقتصر على مرة واحدة وهذا نهاية تحقيقهم.

۞ **الجواب:**

أما قولهم: «إن المسح مبني على الخِفّة».

قلنا: هذا لمقابلته بالغسل، فقولوا على هذا أن الوضوء مبني على الخِفّة عند مقابلته بالغسل، فوجب أن لا يشرع فيه التكرار، فيكون التكرار مشروعًا في الغسل خاصة، وعلى أنه إن بُنِيَ على الخِفّة فقد شرعنا تكميلًا لائقًا به وهو تكراره مسحًا، وهذا مثل الاستيعاب عندهم، فإنه مشروع ولا يقال: إنه بُنيَ على الخِفّة فلا يشرع فيه الاستيعاب، ولكن قيل: قد شرع فيه الاستيعاب بالمسح فلم يناف الخِفّة، كذلك نحن شرعنا التكرار بالمسح فلم ينافِ الخِفّة.

وأما كلامه الثاني:

قلنا: التكميل المطلوب لا يحصل بالاستيعاب، لأن التكميل المطلوب زيادة طهارة على الطهارة المفروضة وإذا استوعب فالكل فرض.

ولا نقول: إن بعضَه فرضٌ وبعضَه نفلٌ، وإن كان لو اقتصر على البعض جاز وهو مثل ما لو أطال القيام، فإن الكل فرض، ولا يقال: إن بعضه نفل وبعضه فرض وإن كان لو اقتصر على مقدار قراءة الفاتحة جاز.

ويمكن أن يقال أيضًا على تسليمنا أن البعض فرض والبعض نفل: أن التكميل بزيادة طهارة في محل الفرض، وإذا مسح بعض رأسه فالباقي ليس بمحلِ الفرض في هذه الطهارة، بل إن كان محل الفرض فهو محل الفرض في طهارة أخرى فلم يحصل التكميل المطلوب على حد التكميل بالغسل إلا بالتكرار، ويقال أيضًا: إن تكميل الطهارة بزيادة الطهارة، وزيادة الطهارة بطهورٍ فأين الطهور؟.

وقولهم: «إن البَلّة التي على اليد طهور».

قلنا: هو طهور في الأصل لا في التكميل، ألا ترى أن إنسانًا آخر لو أخذ من تلك البَلّة واستعمله في رأسه للمسح لا يجوز.

وأما الاستيعاب بالبَلّة فهو ملحق بالأصل.

يبينه: أن الاستيعاب تكميل محل المسح لا تكميل المسح فكأن الشرع سَنّ تكميل المحل بالاستيعاب وَسَنّ تكميل المسح بالتكرار ليلتحق بالغسل من كل وجهٍ.

وأما قولهم: «إن الزيادة على المسح بالتكرار يعود بالنقص على الأصل»، فليس كذلك، لأن المسح وإن كرر يكون مسحًا مثل الغسل سواء.

ولهذا لا ينوب عن غسل الوجه، ولهذا لو حلف أن لا يغسل وجهه فمسح مرات لا يحنث، وهذا لأنه تكرار شيء فلا يصير غير ذلك الشيء، مثل التكرير في سائر الأشياء لا يصير غيره. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَةٌ):

المضمضة والاستنشاق لا يجبان في الوضوء ولا في الغُسل عندنا[1].

وعندهم: يجبان في الغُسل[2].

❊ **لنا:**

إنهما عضوان باطنان فلا تتعلق بهما الجنابة.

دليله:

سائر البواطن، وهذا لأن الغُسل يتعلق بالظواهر لا بالبواطن.

---

(١) النكت ورقة: ١٣/أ، تفسير الفخر الرازي: ١١٦١/١١، الأم: ٢١/١، وهو قول المالكية، الكافي في فقه أهل المدينة: ١٧/١، ١٧٢، الإشراف للبغدادي: ٧/١، الاستذكار: ١٧٣/١.

(٢) المبسوط: ٦٢/١، تأسيس النظر: ١١٥، وهما سنتان في الوضوء، مختلف الرواية ٢١/ب، البداية مع فتح القدير: ٥٦/١، رؤوس المسائل: ١٠١.
وهو رواية عن الإمام أحمد، المغني: ١٦٧/١.
وقال الحنابلة في المشهور: واجبان في الطهارتين، التحقيق: ٨٢/١، المغني: ١٦٦/١، وعن الإمام أحمد رواية أخرى أن الاستنشاق وحده واجب، وبه قال أبو عبيد وأبو ثور، وابن المنذر، المغني: ١٦٦/١، الاستذكار: ١٧٢/١.

ومعنى قولنا: «إنه باطن» أي باطن في أصل الخِلقة، فإن الإنسان يُخلق منطبق الفم، وإنما يفتحه لحاجة الكلام، والأكل، وداخل الأنف باطن أيضًا، لأن قصبة الأنف حائل بينه وبين الإبصار، ولهذا يقال: داخل الفم والأنف، والداخل والباطن في المعنى واحد.

يبينه: أن الظاهر ما يظهر للأبصار والباطن ما يبطُنُ عن الأبصار، ومعلوم قطعًا أن داخل الفم والأنف غير ظاهرين للأبصار دل أنهما باطنان، ونستدل بالوضوء فنقول: الفم والأنف عضوان مركبان في الوجه، وغسل الوجه واجب بنص القرآن فلو كانا محلي وجوب الطهارة بالحدث لكان أولى موضع بذلك، ثم نبني عليه الغسل من الجنابة وغيره، فلما لم يجب غسلهما في الوضوء علمنا أن المعنى المسقط ما ذكرناه من بطونهما، وهذا المعنى موجود في الغُسل فسقط فيه أيضًا.

❁ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَٱطَّهَّرُوا۟﴾[1]، ومعناه: طهروا أبدانكم، والبدن اسم لجملة صورة الإنسان ظاهرًا وباطنًا، فكل ما هو من البدن ظَهَرَ أو بَطَنَ يجب تطهيره بإيصال الماء إليه بحكم ظاهر الآية إلا أن يعجز عنه فيسقط حينئذ بالعجز، وداخل الفم والأنف يمكن الوصول إليهما فيجب تطهيرهما [٨/أ] بظاهر الآية.

وقالوا على ذلك موضع من البدن يتيسر الوصول إلى تطهيره فيلحقه حكم الجنابة.

(١) سورة المائدة، آية (٦)، أحكام القرآن للجصاص ٢/٣٦٥ ـ ٣٦٦.

دليله:

سائر المواضع.

وقالوا: وقولكم «باطن» هو باطن من وجهٍ ظاهر من وجهٍ.

ألا ترى أنه يفتح فمه فيظهر داخل فمه كأنه وجه ويطبق فمه فيستر كأنه جوف، ولأنه فيما بينه وبين الظاهر ظاهر.

ألا ترى أن الصائم لو وضع شيئًا في فمه لا يفطر، وفيما بينه وبين الباطن باطن، ألا ترى أن الصائم لو ازدرد ريقه لم يفطر فدل أنه ظاهر من وجه باطن من وجه، وأمر الطهارة يُحتاط فيها فما بُني فيها على العموم والشمول تعلّق به، ووجب غَسْلُه احتياطًا له بخلاف الوضوء، فإنه لم يُبن على العموم والشمول، بل إنما يتعلق بمواضع مخصوصةٍ من بدنه فإذا كان باطنًا من وجه سقط عنه.

ولهذا يسقط إيصال الماء إلى باطن اللحية في الوضوء، لأنه باطن من وجه وَوَجَبَ في الغُسل لأنه ظاهر من وجه، وكذلك داخل الخُف.

وكان الفرق ما بيّنا أن الغُسل عام فإذا كان ظاهرًا من وجه تناوله عموم الواجب.

وأما الوضوء واجب خاص، فإذا كان باطنًا من وجه خرج عن خصوصه ولم يتعلق إلا بما هو ظاهر من كل وجه.

وتعلقوا بالطهارة من النجاسة؛ فإنها تتعلق بداخل الفم والأنف للمعنى الذي بينّا من عموم محلها فكذلك في مسألتنا.

قالوا: ويتبين بهذا فساد تعلقكم بكونه باطنًا، فإن الطهارة من الحدث كما لا تتعلق بالبواطن، كذلك الطهارة من النجاسة لا تتعلق بالبواطن، فدل أن المعتبر في الطهارة التي تعم محلها كون المحل ظاهرًا من وجهٍ فحسب. قالوا: وأما غسل وجه الميت فإنما سقط المضمضة والاستنشاق في حقه لعذرٍ.

والواجبات تسقط بالأعذار، والعذر هو العجز الغالب، فإن الميت تنغلق مفاتحه بالموت فيشق عليه إيصال الماء إلى داخل فمه وأنفه وربما يؤدي التكلف لذلك إلى المُثلَة بالميت، ولهذا لا يُسَن أيضًا.

وأما ههنا لا عذر في الترك، ولهذا يُسَن إيصال الماء إليهما في الحدثين عندكم.

قالوا: وكذلك داخل العين يشق إيصال الماء إليه.

وقيل: إن مَنْ داوم على ذلك يعمى، وَنُقِلَ أن ابن عمر رضي الله عنه عمي من كثرة إدخال الماء في العين(١).

❁ **الجواب:**

أما الآية قلنا: معنى الآية: فاطهروا أي فاغتسلوا، والاغتسال قد وُجِدَ، وإن ترك المضمضة والاستنشاق، لأن الاغتسال هو فعل يسمى اغتسالًا وقد فعله، فإن قالوا: إذا ترك لمُعة يسمى مغتسلًا أيضًا، وإن كان لا يسقط الواجب عنه.

(١) ذكره ابن العربي المالكي في أحكامه: ٢/٥٦٣، وذكره القرطبي في تفسيره: ٦/٨٤، ٨٥.

قلنا: كان ترك الاعتداد به لقيام الدليل، وعلى أنه كان المراد ما ذكروا فتقديره: طهّروا أبدانكم ما ظهر منها؛ لأن هذ التطهير يكون بالاغتسال، والاغتسال هو إفاضة الماء على ظاهر بدنه.

وقال النبي عليه السلام: (أما إني أفيض على رأسي وجسدي فإذا أنا قد طهرتُ)(١)، وهذا كلام معتمد.

فأما قولهم: «إنه باطن من وجه ظاهر من وجه».

قلنا: هو باطن في أصل الخلقة على ما سبق، والمعتبر أصل الخلقة. ألا ترى أن داخل اللحية باطن بكل وجه لا يظهر بحال لكن لما كان ظاهرًا في أصل الخلقة تعلّق به حكم الجنابة.

فأما في الوضوء إنما سقط إيصال الماء إليه إذا كانت لحيته كثيفةً لأن الوضوء واجب متكرر، وفي إيصال الماء إليه نوع عسرٍ ومشقةٍ فسقط لدفع الحرج.

وأما الجنابة تندر فلم يشق إيصال الماء إليه فاعتبر كونه ظاهرًا في أصل الخِلقة فوجب إيصال الماء إليه، وههنا لا ظهور في أصل الخِلقة فالتحق بسائر البواطن ولم ينظر فيه إلى التيسر والتعسر.

---

(١) قال الحافظ في التلخيص الحبير: «هذه اللفظة لا أصل لها من حديث صحيح ولا ضعيف، نعم وقع هذا في حديث أم سلمة في سؤالها للنبي ﷺ عن نقض الرأس لغسل الجنابة فقال لها: «إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فإذا أنت قد طهرتِ». أصله في صحيح مسلم. اهـ.
التلخيص الحبير: ٥٩/١، صحيح مسلم: ١١/٤ مع النووي، في باب «حكم ضفائر المغتسلة»، كما أشار إليه الحافظ رحمه الله.

قالوا: أليس يسن إيصال الماء إليهما في الحدثين؟

قلنا: إنما سقط الوجوب لأنهما باطنان في أصل الخلقة، ولما كانا يظهران للأبصار في بعض الأحوال يُسَن إيصال الماء إليهما فَأُخذ في صفة الواجبية بأغلب المعنيين وأرجحهما، وأُخذ في صفة السُّنّة التي أدنى الرتبتين بأدنى المعنيين وأضعفهما...(١) ولا انفصال لهم عن الوضوء بما ذكروه من خصوصه وعموم الغسل لأنه وإن كان خاصًا فهو عام في جميع الوجه وهذا من أجزاء الوجه ويدخل [٨/ب] على العموم الذي اعتمدوا عليه، فصل غسل الميت.

والذي اعتذروا به ضعيف، لأنه ينافي أن يجب بقدر الممكن أو يجب في داخل الأنف، لأنه لا مشقة في إيصال الماء إليه.

وأما فصل الطهارة من النجاسة، فاعلم أن الكلام إذا رجع إلى الاعتبار والتعلق بالمثال، وأولى المثالين الوضوء لتلحق به الجنابة لأنهما طهارتان عن حدث.

ولأن كل واحد طهارة حكمية غير معقول المعنى، والطهارة عن النجاسة طهارة حسيّة، والحكميات بعيد الشبه عن الحسيّات، وإنما يعتبر في الحسي نفس الوصول إلى موضع تصل إليه اليد بدليل أصل الفم وداخل العين فإنه إذا اكتحل بإثمد نجس يجب غسل عينه حتى لو كان بموضع آخر من بدنه نجاسة، فإذا ضم إليه زاد على قدر الدرهم لا تجوز صلاته.

وكذلك المبالغة تسقط في الوضوء والجنابة، ويجب غسل أصل الفم

(١) كلمة غير واضحة في المخطوطة.

وأعلى الحلق إذا أصابته نجاسة، فدل أنهما مختلفان في الاعتبار ووضع الشرع، فسقط تمثيل أحدهما بالآخر، والله تعالى أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

يجب الوضوء من الملامسة الحاصلة بين الرجال والنساء عندنا[1].

وعندهم: لا يجب[2].

والمعتمد نص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿أَوْ لَٰمَسْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾[3]، واللمس هو اللمس باليد حقيقة بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا ٱلسَّمَآءَ فَوَجَدْنَٰهَا مُلِئَتْ حَرَسًا شَدِيدًا وَشُهُبًا﴾[4]، وأراد به اللمس باليد، ويدل عليه قول

(١) النكت ورقة: ١١/أ، تفسير الفخر الرازي: ١٥٩/١١، المهذب: ٤٠/١، الأم: ١٢/١، ١٣.
وهو قول المالكية بشرط اللذة، الاستذكار: ٣٢٢/١، المدونة: ١٣/١، الإشراف للبغدادي: ٢٣/١، الجامع لأحكام القرآن: ٢٢٣/٥.
والمشهور عن مذهب أحمد أنه ينقض إذا كان بشهوة ولا ينقض إذا كانت بغير شهوة، قال في المغني: «وهو قول علقمة وأبي عبيدة والنخعي والحكم ومالك والثوري»، المغني: ٢٥٦/١.

(٢) المبسوط: ٦٧/١، الحجة على أهل المدينة: ٦٥/١، والأسرار: ٨/ب، مختلف الرواية: ٢٢/ب.
وهي رواية عند الحنابلة عن الإمام أحمد قال في المغني: «وعن أحمد رواية لا ينقض اللمس بحال؛ وروي ذلك عن علي وابن عباس وعطاء وطاووس والحسن ومسروق» اهـ. المغني: ٢٥٧/١.

(٣) سورة النساء، آية (٤٣)، سورة المائدة، آية (٦).

(٤) سورة الجن، آية (٨).

الشاعر[1]:

لمستُ بكفي كفَّه أبتغي الغنى ... ولم أدر أن الجود من كفّه يُعدي

فلا أنا منه ما أفاد ذوو الغنى ... أفدتُ وأعداني فَبدّدتُ ما عندي

فنحن على الحقيقة حتى يقوم دليل قاطع على خلافه، وقد أيّد هذا ما روي عن عمر[2]، وابن مسعود[3]، وابن عمر[4] إنهم ذهبوا إلى أن اللمس حدث تمسكًا بحقيقة الآية.

وأما هم حملوا الآية على الوطء، قالوا: إن اللمس كناية عن الوطء، وروي عن ابن عباس أنه قال: إنّ الله حييّ كريم يُكنّي بالحسن عن القبيح فكنّى باللمس عن الوطء[5].

قالوا: وهو مثل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[6]

---

(١) البيت لابن الخياط ذكره في المحاسن والمساويء: ٣٦٧/١، وفي الوساطة بين المتنبي وخصومه: ٢٢٣، وفي الأم للشافعي: ١٣/١ غير منسوب.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٢٢٤/٥، سنن البيهقي ١٢٤/١.

(٣) ذكر ذلك ابن قدامة في المغني: ٢٥٧/١، الجامع لأحكام القرآن: ٢٢٤/٥، سنن البيقهي ١٢٤/١.

(٤) ذكر ذلك ابن قدامة في المغني: ٥٧/١، الأسرار: ٩/١/ب، الجامع لأحكام القرآن: ٢٢٤/٥، الاستذكار: ٣١٩/١، سنن البيهقي ١٢٤/١.

(٥) الجامع لأحكام القرآن: ١٠٤/٦، ونصه: «اللمس والمس والغشيان: الجماع ولكنه ﷻ يُكَنّي» أهـ، أحكام القرآن لابن العربي: ٤٤٤/٢، سنن البيهقي ١٢٥/١.

(٦) سورة الأحزاب، آية (٤٩).

و«تماسهن»[١] والمراد منه الوطء[٢]، وربما رووا عن عليّ رضي الله عنه على ما يوافق قول ابن عباس فلأنه قرىء: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾[٣] وذلك هو الجماع حقيقة؛ لأن الملامسة مفاعلة يكون بين اثنين، فلا يتناول اللمس الذي يقوم به الواحد.

قال أبو زيد[٤]: لابد أن يُحمل اللمس على الوطء، لتكون الآية مشتملة على ذكر الطهارتين، أعني الغسل والوضوء في حالتي وجود الماء وعدمه، ولا يكون ذلك إلا إذا حمل اللمس على الوطء، وإنما قلنا ذلك لأن قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ﴾[٥].

معناه: إذا قمتم إلى الصلاة محدثين ﴿فَاغْسِلُوا﴾ إلى آخر الوضوء، ثم قال: ﴿وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا...﴾ فصارت الجنابة على الإطلاق مذكورة كما صار الحدث مذكورًا على الإطلاق، وذلك في حال وجود الماء ثم قال: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ﴾ معناه: وجاء أحد منكم من الغائط وكنّى به عن الحدث لأنه سبب له. ﴿أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾[٦]،

---

(١) وبها قرأ حمزة والكسائي، وهو من المفاعلة لأن الوطء يتم بهما. الجامع لأحكام القرآن: ١٩٩/٣.

(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٢٢٥/٥.

(٣) في المخطوط (أو لمستم).

(٤) يعني الدبوسي في الأسرار ٩/ب.

(٥) سورة المائدة، آية (٦).

(٦) قرأ نافع وابن كثير وأبو عمرو وعاصم وابن عامر: «لامستم» بالمد. الجامع لأحكام القرآن: ٢٢٣/٥، تفسير الفخر الرازي: ١١٥/١٠.

وفي القراءة الأخرى: ﴿أو لمستم النساء﴾[1]، فكنّى بذلك عن الجنابة ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ فصار الحدثان مذكورين في حالتي وجود الماء وعدمه.

ودلت الآية على جواز التيمم للجنب، كما يجوز للمحدث على ما هو المذهب[2].

وأما على قولكم: إذا حملتم اللمس على اللمس باليد لم يكن الطهارة من الجنابة مذكورة في الآية حال عدم الماء، بل اقتضى أن لا يجوز التيمم للجنب على ما قاله عمر وابن مسعود[3]؛ لأنهما لم يجوّزا التيمم للجنب حين حملوا اللمس على اللمس باليد.

وأما عليّ، وابن عباس فإنهما جوّزا التيمم للجنب، وَحَملَا اللمس على الوطء.

فدل أن كل مَنْ جوّز التيمم للجنب جوّز أن يحمل اللمس على الوطء.

---

(١) وبها قرأ حمزة والكسائي. ينظر: الجامع لأحكام القرآن: ٥/٢٢٣، تفسير الفخر الرازي: ١٠/١١٥.

(٢) عند الشافعية.

(٣) الجامع لأحكام القرآن: ٦/١٠٣.

قال القرطبي: «وقد صح عن عمر وابن مسعود أنهما رجعا إلى ما عليه الناس وأن الجُنُب يتيمم، وحديث عمران بن حصين نص في ذلك: «... عليك بالصعيد فإنه يكفيك» اهـ.

الجامع لأحكام القرآن: ٦/١٠٤، وقال القرطبي أيضًا في تفسيره نقلًا عن ابن عبدالبر قوله: «ولم يقل بقول عمر وعبد الله في هذه المسألة أحد من فقهاء الأمصار من أهل الرأي وحملة الآثار»: ٥/٢٢٣.

قالوا: وقد دلت السنة على ما بيّنا فإن الأعمش[1] روى عن حبيب ابن إبراهيم[2] عن عروة[3] عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام (قَبَّلَ بعض نسائه وصلى ولم يتوضأ)، وكذلك روى إبراهيم التيمي[4] عن عائشة.

روى الأول أبو عيسى في جامعه[5]، والثاني أبو داود [٩/أ] في سننه[6].

قالوا: والقياس الجلي معنا؛ لأن الأصل في وجوب الطهارة أن يستند وجوبها إلى نجاسة خارجة من البدن، أو سبب النجاسة في الغالب ليقام

---

(١) الأعمش: هو سليمان بن مهران الأسدي الكاهلي أبو محمد الكوفي الأعمش، ثقة حافظ عارف بالقراءة ورع لكنه يدلس، من الخامسة، مات سنة سبع وأربعين أو ثمان بعد المائة وكان مولده أول إحدى وستين سنة، روى له الجماعة، تقريب التهذيب: ص١٣٦.

(٢) كذا في المخطوط، وفي سنن الترمذي: الأعمش عن حبيب بن أبي ثابت عن عروة. سنن الترمذي مع التحفة: ١/٨٧.
وهو حبيب بن أبي ثابت بن قيس، ويقال: هند بن دينار الأسدي مولاهم، أبو يحيى الكوفي، ثقة فقيه جليل، وكان كثير الإرسال والتدليس، من الثالثة، مات سنة ١١٩هـ، روى له الجماعة، تقريب التهذيب: ٦٣.

(٣) عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد الأسدي أبو عبد الله المدني، ثقة فقيه مشهور، من الثانية، مات سنة ٩٤هـ على الصحيح، ومولده في أول خلافة عمر الفاروق، روى له الجماعة، تقريب التهذيب: ٢٣٨.

(٤) إبراهيم بن يزيد بن شريك التيمي، يكنّى أبا أسماء، الكوفي العابد، ثقة إلا أنه يرسل ويدلس، من الخامسة مات سنة ٩٢هـ، وله أربعون سنة، تقريب التهذيب: ٢٤، تهذيب التهذيب: ١/١٧٦.

(٥) سنن الترمذي مع التحفة: ١/٨٧ في باب «الوضوء من القُبلة» ينظر: حاشيه ٢ ص٦٨.

(٦) سنن أبي داود مع المعالم: ١/١٢٣، ١٢٤ في باب «الوضوء من القُبلة»، قال أبو داود: وهو مرسل، إبراهيم التميمي لم يسمع من عائشة شيئاً. اهـ.
ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه: ١/٤٤.

السبب مقام المسبب. ولا نجاسة تظهر باللمس ولا هو سبب في الغالب لانفصال النجاسة، فإن اللمس يخلو في الغالب عن انفصال شيء منه حتى لو تفاحشت المباشرة نقضت الوضوء؛ لأنها في الغالب لا تخلو عن خروج المذي منه، وكذلك التقاء الختانين لا يخلو في الغالب عن انفصال المني منه، وكذلك النوم في الحدث الخارج عنه.

قالوا: ولأن السبب إنما يقام مقام المسبب إذا كان في اعتبار نفس الشيء حَرَجٌ ظاهر مثل المشقة في السفر، واعتدال العقل عند بلوغه سن البلوغ، واعتبار وجود الماء حقيقة عند ملك اليمين، فأما إذا لم يكن في اعتبار نفس الشيء حرج، فإنه يعتبر نفسه ولا يقام السببُ مقامه ومسألتنا من ذلك.

❁ الجواب:

إن التمسك بحقيقة الكتاب واجب حتى يقوم دليل قاطع على الصرف عنه فنحن عليه إلى أن يوجد دليل قطعي على صرفنا عنه، ولم يوجد.

وقد أجمعوا على أن العدول عن حقيقة الكتاب لا يجوز بقول الواحد والاثنين من الصحابة، وكذلك بالقياس.

وأما قراءة الملامسة فهو لمعنى قوله: ﴿أو لمستم﴾ يقال: لامس، ولَمَسَ بمعنًى واحد، وقد تأتي المفاعلة في الفعل من الواحد، كما يقال: سافر وسارع وطارق النعل[1].

---

(١) الجامع لأحكام القرآن: ١/٤٤.

وأما قوله: «إن الحمل على الوطء يفيد جواز التيمم للجنب».

قلنا: ومن أين قلتم: إنه ينبغي أن يكون هذا الحكم مستفادًا من الكتاب؟ بل نقول: هو مستفاد بالسُنَّة وهو خبر عمار بن ياسر[1] على ما عُرِفَ في المذهب. وعلى أن في الآية تقديمًا وتأخيرًا إذا قدرناه اقتضت جواز التيمم للجُنب أيضًا، مع تقرير اللمس على حقيقته، ويفيد أيضًا ذكر أسباب الحدث جملة بالنص ودلالته.

ووجه ذلك وهو أن قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾[2]، معناه: إذا قمتم من النوم، وقد أفاد النوم وما في معناه من الجنون والإغماء وغير ذلك، ثم قوله: ﴿أَوۡ جَآءَ أَحَدٞ مِّنكُم مِّنَ ٱلۡغَآئِطِ﴾ مقدّم في المعنى وإن كان مؤخرًا في التلاوة، وتقديره: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ﴾ يعني من النوم أو جاء أحد منكم من الغائط، وقد يتناول ذلك الغائط وما في معناه من البول والمذي والريح وغيره ﴿أَوۡ لَٰمَسۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ ويتناول ذلك اللمس باليد وما في معناه ﴿فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ وَأَيۡدِيَكُمۡ﴾... إلى آخر المذكور ثم قال: ﴿وَإِن كُنتُمۡ جُنُبٗا فَٱطَّهَّرُواْ﴾، فأفادت الآية ذكر الطهارتين عند وجود الماء مع ذكر أسباب الحدث والتنبيه عليها، ثم قال: ﴿وَإِن كُنتُم مَّرۡضَىٰٓ أَوۡ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوۡ جَآءَ أَحَدٞ مِّنكُم مِّنَ ٱلۡغَآئِطِ أَوۡ لَٰمَسۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَلَمۡ تَجِدُواْ مَآءٗ فَتَيَمَّمُواْ﴾[3]، ينصرف هذا إلى الطهارتين جميعًا، وأفاد جواز التيمم عن الحدثين جميعًا، وهذا أولى مما قاله لوجوه منها: إنّا

(١) رواه مسلم في صحيحه: ٤/٦١ مع النووي، في باب «التيمم».
(٢) سورة المائدة، آية (٦).
(٣) سورة المائدة، آية (٦).

نَقْرأ اللمس على حقيقته.

ومنها: إنّا نستفيد على هذا الوجه ذكر أسباب الحَدث[1].

ومنها: أنه منقول عن زيد[2] بن أسلم من التابعين، وابنه عبد الرحمن ابن زيد[3] وما قالوه ليس بمنقول عن أحد من السَلف وهو اختراع لتسوية القرآن على المذهب، ويمكن أن يقال أيضًا: إنّا نحمل قراءة اللمس على اللمس باليد، وقراءة الملامسة على الوطء لتكون الآية أكثر فائدة، ويحصل ما قالوه من التقرير على قراءة الملامسة وما قلناه على قراءة اللمس وهو جواب حسن إلا أن الأول أحسن.

وأما الحديث الذي رووه فقد قال محمد بن إسماعيل البخاري[4]: إنه لا يصح لحبيب بن أبي ثابت سماع عن عروة، ولا لإبراهيم التيمي سماع عن عائشة.

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي: ١/٤٤٣، ٤٤٤.

(٢) زيد بن أسلم العدوي مولى عمر أبو عبد الله، أو أبو أسامة، المدني ثقة عالم وكان يرسل، من الثالثة، مات سنة ست وثلاثين.
تقريب التهذيب: ١١١ ـ ١١٢، أحكام القرآن لابن العربي: ٢/٤٨٤ ـ ٥٨٥.

(٣) عبد الرحمن بن زيد بن أسلم العدوي مولاهم، ضعيف من الثامنة، مات سنة اثنين وثمانين، روى له الترمذي وابن ماجه، ينظر: التقريب: ٣٠٢.

(٤) محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي أبو عبد الله البخاري، جبل الحفظ وإمام الدنيا ثقة الحديث، من الحادية عشرة، مات سنة ٢٥٦هـ، في شوال وله اثنتان وستون سنة، التقريب: ٢٩٠، وهو صاحب الصحيح.
نقل عنه الترمذي في سننه: ١/٨٨ مع التحفة.
وقال أبو داود في سننه: وهو مرسل، إبراهيم التيمي لم يسمع من عائشة: ١/١٢٤.

وقد قال يحيى[1] بن سعيد القطان: بلّغوا عنّي أن هذا الحديث شبه لا شيء[2].

وقد أوّله الأصحاب قالوا: يحتمل أنه كانت القُبْلة من وراء حجاب.

وأما دعواهم القياس الجلي في الباب:

فمعتمدنا نص الكتاب، ولا ثبات للقياس معه جليًا كان أو خفيًا وعلى أنّا وجدنا ههنا معنًى مؤثرًا، وذلك أن اللمس محلُّ الشهوة طبعًا وشرعًا سبب لخروج المذي، والطهارة عبادة مبنية على الاحتياط فأقيم سبب الخارج مقام الخارج في وجوبها، كما أقيم النوم مقام الحدث، لأنه ميسر لخروجه، وكذلك أقيم التقاء الختانين مقام خروج المني، لأنه جالب لخروجه، وكذلك اللمس [٩/ب] جالب لخروج المذي.

ويقال: إن القُبْلة برق الجماع وبريده، فتقوم مقام الخارج في نقض الطهارة.

وأما قولهم: «إنما يقام إذا كان السبب يؤدي إليه في الغالب».

قلنا: الغالب لا يعتبر فيما يبنى على الاحتياط، بل يعتبر أصل السبب، فإن قليل النوم مضطجعًا ينقض الوضوء، وليس بسبب لخروج الحدث في

---

(١) يحيى بن سعيد بن فرّوخ التميمي أبو سعيد القطان البصري، ثقة متقن حافظ إمام قدوة، من كبار التاسعة، مات سنة ثمان وتسعين وله ثمان وسبعون سنة، وروى له الجماعة، تقريب التهذيب: ٢٧٥.

(٢) نقل ذلك عن الترمذي في سننه: ١/٨٨، مع التحفة، وأبو داود في سننه: ١/١٢٥ مع العالم.




الغالب، وكذلك مجرد التقاء الختانين من غير معالجة من التحريك والإيلاج ليس بسبب لخروج المني في الغالب، ومع ذلك يقام مقام خروج المني.

وقولهم: «إنّه ليس في اعتبار نفس العلة حَرَج».

قلنا: والحَرَج أيضًا غير معتبر بدليل التقاء الختانين، فإنه لا حرج في اعتبار نفس خروج المني فإنه يُحس بخروجه، ومع ذلك قد نُقِلَ إلى سببه بل خروج المذي عند الملامسة أخفى من خروج المني عند التقاء الختانين فثبت أن المعتبر نفس وجود السبب.

قال أبو زيد: هذا غلو من الشافعي(١).

قلنا: ومنكم تقصير، والله الموفق والمستعان على إدراك الصواب ومنه العصمة من الزلل بمنهِ وفضله.



(١) الأسرار ورقة ١٠/أ، ولفظه: «فالشافعي غلا في الاحتياط».

※ (مَسْأَلَة):

مَسُّ الذكر بباطن الكف ينقض الوضوء عندنا[1].

وعندهم: لا ينقض[2].

❊ لنا:

حديث يحيى بن سعيد القطان عن هشام[3] بن عروة عن أبيه عروة عن

(١) النكت ورقة ١١/أ، تفسير الفخر الرازي: ١٥٩/١١، المهذب: ٤٠/١، وهو رواية عند الحنابلة، المغني: ٢٤٠/١، عارضة الأحوذي: ١١٨/١.
قال ابن عبد البر: «أما الصحابة القائلون بإيجاب الوضوء من مس الذكر، فعمر بن الخطاب، وابن عمر، وأبو هريرة ـ على اختلاف عنه ـ والبراء بن عازب، وزيد بن خالد الجهني، وجابر بن عبد الله، وسعد بن أبي وقاص في رواية أهل المدينة عنه،... ثم ذكر من التابعين: ابن المسيب، وعطاء بن أبي رباح، وطاووس، وعروة بن الزبير، وابن شهاب... ثم قال: «وبه قال الأوزاعي والليث بن سعد والشافعي وإصحابه وأحمد وإسحاق وداود، والطبري...»، واختلف قول مالك فيه: فالذي تقرر عليه المذهب عند أهل المغرب من أصحابه أنه مَنْ مس ذكره أمره بالوضوء ما لم يصل فإن صلى أمره بالإعادة في الوقت، فإن خرج الوقت فلا إعادة عليه»، الاستذكار: ٣١٢/١، ٣١٣، واختلف أصحابه وأتباعه على أربعة أقوال:
القول الأول: أنه لا ينقض مطلقًا، وبه قال سحنون، وابن القاسم.
القول الثاني: أنه ينقض مطلقًا، وبه قال أصبع بن الفرج وعيسى بن دينار.
القول الثالث: الإعادة في الوقت، وبه قال ابن القاسم وأشهب ورواية عن ابن وهب.
القول الرابع: اعتبار اللذة فإن مسّه بلذة وجب الوضوء، وإن لم يكن بلذة فلا وضوء، وبه قال أصحابه البغداديون المالكيون، ينظر: الاستذكار: ٣١٣/١، الإشراف للبغدادي: ٢٤/١.

(٢) المبسوط: ٦٦/١، الحجة: ٥٩/١، شرح معاني الآثار: ٧٩/١، مختلف الرواية ورقة ٢٢/أ. وهو رواية عن الإمام أحمد، قال ابن قدامة: روى ذلك عن عليّ، وعمار، وابن مسعود، وحذيفة وعمران بن حصين، وأبي الدرداء، المغني: ٢٤١/١.

(٣) هشام بن عروة بن الزبير بن العوام الأسدي، ثقة فقيه ربما دلس، من الخامسة، مات سنة=

بسرة[1] بنت صفوان أن النبي ﷺ قال: «مَنْ مَسَّ ذكره فلا يصلي حتى يتوضأ».

وفي الباب عن أم حبيبة[2]، وأبي أيوب[3]، وأبي هريرة[4]، وأروى بنت أنيس[5]، وعائشة[6]، ....

= ١٦٥هـ، وله سبع وثمانون سنة، روى له الجماعة. التقريب: ١٦٤.

(١) بسرة بنت صفوان بن نوفل بن أسد بن عبد العزي الأسدية، صحابية لها سابقة وهجرة. عاشت إلى ولاية معاوية، روى لها الأربعة. التقريب: ٤٦٦.

(٢) أم حبيبة رملة بنت أبي سفيان بن حرب الأموية أمّ المؤمنين مشهورة بكنيتها، ماتت سنة اثنين أو أربع، وقيل تسع وأربعين، روى لها الجماعة. ينظر: التقريب: ٤٦٨.
وحديثها في الباب رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٧٥، والبيهقي في سننه: ١/١٣٠، وابن ماجة: ١/١٦٢.

(٣) أبو أيوب: خالد بن زيد بن كليب الأنصاري، من كبار الصحابة، شهد بدراً ونزل النبي ﷺ حين قدومه عليه، مات غازيًا بالروم سنة خمسين، وقيل بعدها، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٨٨، وحديثه رواه ابن ماجه: ١/١٦٢، وفي إسناده إسحاق ابن أبي فروة.

(٤) أبو هريرة الدوسي، الصحابي الجليل، حافظ الصحابة اختلف في اسمه واسم أبيه، قيل: عبد الرحمن بن صخر، وقيل: ابن غنم، وذهب الأكثر إلى ترجيح الأول، ما سنة ٥٧ أو ٥٨هـ أو ٥٩هـ من الهجرة، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٤٣١.
روى حديثه في هذا الباب: الدارقطني في سننه: ١/١٤٧.

(٥) أروى بنت أنيس، ذكرها ابن منده ولم يذكر اسم أبيها، وأخرج حديثها ابن السكن: «لا يثبت» اهـ.
ينظر: الإصابة في أسماء الصحابة: ٤/٢٢١.
قال الحافظ في التلخيص: سأل الترمذي البخاري عنه فقال: ما نصنع بهذا؟ لا تشتغل به: ١/١٢٥.

(٦) عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين، أفقه النساء مطلقًا، وأفضل أزواج النبي ﷺ إلا خديجة ففيه خلاف شهير، ماتت سنة ٥٧هـ، على الصحيح، روى لها الجماعة. ينظر: التقريب: ٤٧. =

وجابر[١]، وزيد بن خالد[٢]، وعبد الله بن عمرو، ذكره أبو عيسى على هذا الوجه في جامعه[٣] ثم قال: هو حديث حسن صحيح[٤]، وحكى عن أبي زرعة[٥] أنه قال: حديث أم حبيبة في الباب صحيح وهو حديث العلاء بن الحارث[٦] عن مكحول عن عنبسة ابن أبي سفيان عن أم حبيبة[٧].

وروى الدارقطني من طريق أبي هريرة: (مَنْ مَسَّ ذكره فلا يصلي حتى

= وروى حديثها الدارقطني في سننه: ١/١٤٨، وقال: فيه عبد الرحمن العمري ضعيف.

(١) جابر بن عبد الله بن عمرو الأنصاري ثم السلمي، صحابي وابن صحابي، غزا تسع عشرة غزوة، ومات بالمدينة بعد التسعين، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٥٢، روى حديثه في هذا الباب ابن ماجه: ١/١٦٢.

(٢) زيد بن خالد الجهني المدني صحابي مشهور، مات بالكوفة سنة ٦٨هـ، وله خمس وثمانون سنة، وري له الجماعة. ينظر: التقريب: ١١٢.
وروى حديثه في الباب أحمد في مسنده: ٥/٩٤، والبزار.

(٣) يقصد الترمذي في سننه.

(٤) ينظر: سنن الترمذي: ١/٨٥، مع التحفة، في باب «الوضوء من مس الذكر».
ورواه الدارقطني في سننه: ١/١٤٦. ورواه البيهقي في سننه: ١/١٢٨، واستدل به الشيرازي في النكت ورقة ١١/ب.
ورواه أحمد في المسند: ٦/٣٠٦، ٣٠٧.

(٥) أبو زرعة: عبد الله بن عبد الكريم بن يزيد بن فروخ الرازي، إمام حافظ ثقة مشهور من الحادية عشرة مات سنة ٢٦٤هـ، وله أربع وستون سنة. روى له مسلم والترمذي والنسائي، وابن ماجة، التقريب ص٢٢٦.

(٦) العلاء بن الحارث بن عبد الوارث الحضرمي أبو وهب الدمشقي، صدوق فقيه، لكن رمي بالقدر، وقد اختلط، من الخامسة مات سنة ١٣٦هـ، وله سبعون سنة، روى له مسلم وأصحاب السنن الأربعة.
ينظر: التقريب: ٥٦٨.

(٧) ينظر: سنن الترمذي: ١/٨٦ مع التحفة، وفي المخطوط «عتبة بن أبي سفيان...».
وروى حديث العلاء بن الحارث الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٧٥.

يتوضأ وضوءه للصلاة)[1].

وفي رواية عائشة: (ويل للذين يَمسُّون فروجهم ثم يصلون ولا يتوضؤون)[2].

وفي رواية: (إذا أفضى أحدكم بيده إلى فرجه فلا يصلي حتى يتوضأ)[3].

وهذا اللفظ يقتضي أن يكون المسّ بباطن الكف، وليس لهم كلام يبالَى به على هذا الخبر.

والذي يقولون: إن هذا خبر واحد ورد فيما يعم به البلوى فلا يقبل حتى يُشتهر في السلف العمل به[4].

وليس هذا بشيء؛ لأن الخبر إذا ثبت فإنه يجب العمل به سواء كان فيما يعم به البلوى أو لا يعم به البلوى، وسواء اشتهر في السلف العمل به أو لم يشتهر، وهذا لأن الرسول ﷺ أدّى هذا الشرع إلى الواحد. فالواحد من أصحابه يؤديه إلى الناس، فكل حكم أمكن التوصل إلى معرفته من جهة الراوي فقد وقع تمام بيانه من النبي عليه السلام، والحكم وإن كان مما يعم به البلوى، وقد رواه الواحد من أصحابه ﷺ، فالتوصل إلى معرفة ذلك من

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٤٦، ١٤٧، وقال: عقيب حديث بسرة: صحيح.
(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٤٧، ١٤٨، قال: وفيه: عبد الرحمن العمري ضعيف، واستدل به الشيرازي في المهذب: ١/٤٠.
وقال النووي في المجموع: ضعيف. ٢/٣٥.
(٣) رواه الدارقطني من حديث أبي هريرة: ١/١٤٧.
ورواه البيهقي في سننه: ١/١٣٣ مع اختلاف في اللفظ.
(٤) الأسرار لأبي زيد: ٦/ب.

جهة ذلك الواحد ممكن فتمّ البيان من النبي ﷺ ولم يوصف بتقصيرٍ فاستوى في ذلك ما يعم به البلوى وما لا يعم؛ لأنه وإن كانت البلوى تعم به ويحتاج إليه كافة الناس، ولكن إذا أمكن الوصول إلى معرفته حصلت الكفاية، والإبلاغ التام من غير تفريطٍ.

وأما ضم اشتهار عمل السلف به إليه فهو شيء ضمه أبو زيد[1] إلى هذا الأصل وليس تحته معنى، لأن العمل بخبر الواحد واجب على كل مَنْ وصل إليه الخبر فلم يعتبر عمل السلف به، وكذلك قال: يعتبر أن يكون الراوي فقيهًا[2]. وهذا أيضًا ليس بشيء، لأن الراوي إذا كان ثقة ونقل على ما سَمِعَ فسواء كان فقيهًا أو لم يكن فقيهًا فقد صحت الرواية والنقل وافترض العمل به.

يبينه: أن لا يعتبر في الشهادة أن يكون الشاهد فقيهًا مع مبالغة الشرع في شأنها وزيادة الاحتياط في بابها، فكيف يعتبر في الرواية أن يكون الراوي فقيهًا؟ وقد حمل بعضهم الوضوء على غسل اليد، لأنهم كانوا يستنجون بالأحجار ويعرقون فيبتل موضع الاستنجاء، وذلك البلل نجس فإذا مسه[3] بيده فتصيب يده موضع الاستنجاء فأمر بالغسل لهذا المعنى.

وهذا المعنى أيضًا باطل؛ لأن الوضوء المعهود، والمعروف في الشرع هو وضوء الصلاة، فلا يُحمل الوارد في الشرع على غيره إلا بدليل.

---

(١) كشف الأسرار: ٢/٣٦٨، الأسرار: ١/٣٤/أ مراد علي.

(٢) ينظر: الأسرار: ١/٣٤/أ مراد ملا، كشف الأسرار: ٢/٣٨٣.

وقال فيه: إن اختبار أبي زيد ومن تابعه (قول مستحدث) اهـ.

(٣) ينظر: الأسرار: ٧/أ.

ولأنّا روينا في بعض الروايات: (حتى يتوضأ وضوءه للصلاة)[1]، وهذا يُسقط التأويل، ولأن عندهم لا يجب الغسل بمسّ الذكر، والذي ذكروا من العلة فلا تصح، لأن إيجاب غسل اليد بالشَّك والتوهم لا يجوز إلا بخبر يقتضي الإيجاب.

❁ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بحديث قيس[2] [١٠/أ] بن طلق عن أبيه[3] قال: قدمنا على النبي ﷺ فجاء رجل كأنه بدوي فقال: يا رسول الله، ما ترى في مَسّ الرجل ذكره بعد ما يتوضأ؟ قال: (وهل هو إلا مضغة منه، أو بضعة منه) ذكره أبو داود في سننه[4] على هذا الوجه.

قالوا: وهذا الخبر أولى، لأنه ذكر الحكم بعلَّته، وما رويتم حكمٌ بلا عِلّة.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٤٦، ١٤٧ بلفظ: (فليتوضأ وضوءه للصلاة).

(٢) قيس بن طلق بن علي الحنفي اليماني، صدوق من الثالثة، وهو من عدة الصحابة، روى له الأربعة، التقريب: ٢٨٣.

(٣) طلق بن علي الحنفي السحيمي، أبو علي، له وفادة. روى له الأربعة. ينظر: التقريب: ١٥٨.

(٤) سنن أبي داود مع المعالم: ١/١٢٧ في باب «الرخصة في مس الذكر».
ورواه النسائي في سننه: ١/٨٤ في باب «ترك الوضوء من ذلك».
ورواه الترمذي في سننه: ١/٨٦ مع التحفة، في باب «ترك الوضوء من مس الذكر».
ورواه ابن ماجه في سننه: ١/١٦٠ في باب «الرخصة في ذلك».
وقد استدل به في المبسوط: ١/٦٦، ورواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ١/٧٦ مستدلًا به.
ورواه الدارقطني في سننه: ١/١٤٩، وقال الدارقطني: «قال ابن أبي حاتم: سألت أبي وأبا زرعة عن حديث محمد بن جابر هذا فقالا: قيس بن طلق ليس ممن يقوم به حجة ووهناه ولم يثبتاه» أهـ.
وقد استدل به الدبوسي في أسراره: ٦/أ.

قالوا: والقياس معنا، لأنه عضو منه كسائر أعضائه، ولأن مسّه لفخذه لا ينقض وضوءه، وهو عورة فبغير العورة أولى، ولأنه لو مس الفرج بالفرج لم ينتقض وهو أفحش، فباليد أحرى أن لا ينتقض. وكذلك لو مَسّ ذكره غيره لم ينتقض عندكم وضوء الممسوس وهو أولى من نقض وضوء الماسّ لأن اللذة وهيجان الشهوة إنما يحصل للممسوس ذكره لا للماسّ.

۞ الجواب:

إن أئمة الحديث قد قالوا: إن أصح[١] شيء في الباب حديث بسرة بنت صفوان، قالوا: ذكره الساجي[٢]، والبخاري[٣]، وابن خزيمة[٤]، وحكى ذلك عن أبي حاتم[٥]، وأبي زرعة[٦] والأخذ بالأصح أولى، والأولى أن يقال إن خبرنا متأخر وخبرهم متقدم، لأن طلق بن علي قدم على النبي عليه السلام وهو إذ ذاك يبنى مسجد المدينة في أول زمن الهجرة[٧].

وأما خبرنا فقد رواه أبو هريرة وهو متأخر الإسلام وأسلم سنة سبع من

---

(١) في المخطوط (صح).

(٢) الساجي: زكريا بن يحيى بن عبد الرحمن الضبي البصري الشافعي، سمع طالوت ابن عباد وأبا الربيع الزهري وخلقاً، وروى عنه أبو أحمد بن عدي، وأبو بكر الإسماعيلي وخلق سواهم، وكان من أئمة الحديث، له: اختلاف الفقهاء وعلل الحديث. توفي سنة ٣٠٧هـ، وهو في عشر التسعين، ينظر: سير أعلام النبلاء: ١٤/١٩٧ ـ ٢٠٠.

(٣) رواه عنه الترمذي في سننه: ١/٨٥ مع التحفة.

(٤) ينظر: صحيح ابن خزيمة: ١/٢٣ ونصه: «وبقول الشافعي أقول، لأن عروة قد سمع خبر بسرة، منها لا كما توهّم بعض علمائنا أن الخبر واهٍ لطعنه في مروان» اهـ.

(٥) رواه عنهما الترمذي في سننه: ١/٨٦ مع التحفة، صحيح ابن خزيمة: ١/٢٣.

(٦) ينظر: ص١٢٠.

(٧) روى ذلك الدارقطني في سننه: ١/١٤٨، ١٤٩، النكت ورقة ١١/ب/م، عارضة الأحوذي: ١/١١٨.

الهجرة[١].

وإنما يؤخذ بآخر الأمرين من النبي ﷺ، وأوّل الأصحابُ خبر طلق فقالوا: أراد به المسّ ودونه حائل.

واستدلوا على ذلك برواية الثوري[٢] وشعبة[٣]، وابن عيينة[٤] أنه سأل عن مسّه في الصلاة، والمصلي لا يمسّ فَرْجَه من غير حائلٍ بينه وبينه وهذا التأويل ضعيف بالتعليل الذي أشار إليه النبي ﷺ، فالأولى ما سبق.

وأما القياس الذي قالوه فلا يُقبل مع النص الوارد في الباب، وعلى أنّا نقول: إن مسّ الفرج بآلة المسّ سبب لخروج المذي، فينقض الوضوء احتياطًا كما ينتقض الغُسل بالتقاء الختانين، وقد ذكرنا سؤالهم هذا، والجواب عنه في المسألة المتقدمة.

وأما إذا مسَّ بالفخذ فلم يقع المسّ بآلة المسّ، وكذلك في مسّ الذَّكر بالذَّكر، والمعتمد السُّنة، والله أعلم.

---

(١) عارضة الأحوذي: ١/١١٨.

(٢) الثوري: سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري أبو عبد الله الكوفي ثقة حافظ فقيه عابد إمام حُجة، من رؤوس الطبقة السابعة وكان ربما دلس، روى له الجماعة، مات سنة ١٦١هـ، وله ٦٤ سنة. التقريب: ١٢٨.

(٣) شعبة بن الحجاج بن الورد العتكي مولاهم، أبو بسطام الواسطي ثم البصري، ثقة حافظ متقن، كان الثوري يقول: هو أمير المؤمنين في الحديث، وهو أوّل من فتش بالعراق عن الرجال، وذبّ عن السنة وكان عابدًا، من السابعة، مات سنة ١٦٠هـ. التقريب: ١٤٥.

(٤) سفيان بن عيينة بن أبي عمران ميمون الهلالي، أبو محمد الكوفي ثم المكي، ثقة حافظ فقيه إمام حجة إلا أنه تغير حفظه بآخره، وكان ربما دلس لكن عن الثقات من رؤوس الطبقة الثامنة، وكان أثبت الناس في عمرو بن دينار، مات سنة ١٩٨هـ، وله إحدى وتسعون سنة، روى له الجماعة. التقريب: ١٢٨، ١٢٩.

※ (مَسْأَلة):

لا يجب الوضوء بالخارج من غير السبيلين[1] عندنا[2].

وعندهم: يجب[3].

❋ لنا:

ما روى حميد الطويل[4] عن أنس[5] «أن النبي ﷺ احتجم وصلى ولم يتوضأ ولم يزد على غسل محاجمه»[6] وهذا نص.

وأما المعنى نقول: إن الطهارة من الحَدث محض تعبد، وقد عُلّق

(١) مثل الدم والحجامة والقيء وغير ذلك.

(٢) النكت ورقة ١١/ب، وهو قول المالكية، الإشراف: ١/٢٥، المدونة: ١/٣٨.

(٣) المبسوط: ١/٨٣، مختلف الرواية: ٢٢/ب، الطريقة الحصيرية: ٦/أ، الأسرار لأبي زيد: ١/٥/أ، مخطوط، الحُجة: ١/٦٦.

(٤) حميد بن أبي حميد الطويل، أبو عبيدة البصري، اختلف في اسم أبيه على نحو عشرة أقوال، ثقة مدلس وَغَابَه زائدةٌ لدخوله في شيء من أمر الأمراء، من الخامسة، مات سنة ١٤٢هـ أو ١٤٣هـ، وهو قائم يصلي، وله خمس وسبعون سنة، روى له الجماعة. تقريب التهذيب: ٨٤.

(٥) أنس بن مالك بن النضر الأنصاري الخزرجي، خادم رسول الله ﷺ، خدمه عشر سنين، صحابي مشهور، مات سنة ٩٢هـ أو ٩٣ هـ، وقد جاوز المائة، وروى عنه الجماعة، تقريب التهذيب: ٣٩.

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٥٢، وقال: «حديث رفعه ابن أبي العشرين ووقفه أبو المغيرة عن الأوزاعي وهو الصواب» اهـ.

وفي إسناده صالح بن مقاتل قال الحافظ ابن حجر: هو ضعيف. ينظر: التلخيص الحبير: ١/١١٣.

ورواه البيهقي في سننه: ١/١٤٠، ١٤١، في باب «ترك الوضوء من خروج الدم من غير مخرج الحدث».




بسبب، فلا يجب بغير ذلك السبب كسائر العبادات لما عُلّقت بأسبابها لا تجب بغير تلك الأسباب.

وإنما قلنا: محض تعبد، لأن الحدث الخارج من السبيلين يوجب الوضوء في الأعضاء الأربعة، والسبب إذا كان في موضع والواجب في موضع آخر لم يكن السبب سببًا معنويًا مؤثرًا في إيجابها، كزوال الشمس سبب لصلاة الظهر، وشهود الشهر سبب لوجوب الصوم، وليس هذا بسببٍ معنويٍ في إيجابه فكان الواجب محض تعبد، كذلك ههنا، لما لم يعرف معنى وجوب الوضوء في الأعضاء الأربعة مع وجود الحَدث في غيرها لم يبق الوجوب إلا حكمًا شرعيًا بوصف التعبد المحض، فلم يجب بغير السبب المعهود في الشرع ولم يقبل قياس غيره عليه، وللأصحاب مسائل إلزامية على أصولهم تعلقوا بها ونذكرها في تخريجها على كلامهم. وعندي أن الاعتماد على ما ذكرناه.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: روت عائشة أن النبي ﷺ قال: (مَنْ قاء أو رَعُفَ أو أمذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم)[(١)].

وروى تميم الداري[(٢)] أن النبي ﷺ قال: (الوضوء من كل دم

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٥٤، ١٥٥، ورواه البيهقي في سننه ١/١٤٢ وقال: قال أبو أحمد (ابن عدي): هذا الحديث رواه ابن عياش مرة هكذا ومرة قال عن ابن جريج عن أبيه عن عائشة وكلاهما غير محفوظ. ا. هـ

(٢) تميم الداري: هو تميم بن أوس بن خارجة الداري أبو رقية ـ بقاف وتحتانية مصغر ـ صحابي مشهور سكن بيت المقدس بعد قتل عثمان، قيل: مات سنة ٤٠هـ، روى له مسلم والبخاري تعليقًا، والأربعة، ينظر: تقريب التهذيب: ٤٩.

سائل)[١].

قالوا: وروى زيد[٢] بن علي[٣] بن الحسين عن أبيه عن جده أن النبي عليه السلام قال: (القلس[٤] حَدث)[٥].

وروى ميمون بن مهران[٦] عن أبي هريرة أن النبي عليه السلام قال: (ليس في القَطرة والقطرتين وضوء حتى يكون دمًا سائلًا)[٧].

وعن سلمان[٨] أنه رَعُفَ فقال له النبي ﷺ: ....

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٥٧، واستدل به في «مختلف الرواية»: ٢٢/ب.

(٢) زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي، أبو الحسين المدني، ثقة من الرابعة وهو الذي ينسب إليه الزيدية، خرج في خلافة هشام بن عبد الملك فقُتِلَ بالكوفة سنة ١٢٢هـ، وقد ولد سنة ٨٢ هـ، روى له الترمذي وابن ماجه، والنسائي في مسند عليّ ابن أبي طالب، تقريب التهذيب: ١١٣.

(٣) علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، زين العابدين، ثقة ثبت عابد فقيه فاضل مشهور، قال ابن عيينة عن الزهري: ما رأيت قرشيًا أفضل منه، من الثالثة، مات سنة ٩٣هـ، التقريب: ٢٤٥.

(٤) القلس: ما خرج من الحلق ملء الفم أو دونه وليس بقيء فإن عاد فهو قيء. اهـ.
القاموس المحيط، مادة (قلس).

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٥٥، واستدل به في مختلف الرواية ٢٢/ب.

(٦) ميمون بن مهران الجزري أبو أيوب، أصله كوفي، نزل الرقة، ثقة فقيه، ولي الجزيرة لعمر ابن عبد العزيز وكان يرسل، من الرابعة، مات سنة ١١٧هـ، روى له مسلم، والأربعة، والبخاري في الأدب المفرد، تقريب التهذيب: ٣٥٤.

(٧) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٥٧.
قال الحافظ في التلخيص: «وإسناده ضعيف جدًا وفيه محمد بن الفضل بن عطية وهو متروك».
التلخيص: ١/١١٣، واستدل به في مختلف الرواية ورقة ٢٢/ب.

(٨) سلمان الفارسي أبو عبد الله، ويقال له سلمان الخير، أصله من أصبهان وقيل من أول مشاهده الخندق. مات سنة ٣٤هـ، يقال: بلغ ثلاث مائة سنة، روى له الجماعة، تقريب التهذيب: ١٣٠.

(أحدث لذلك وضوءًا)[١].

واحتجوا بالخبر المعروف أن النبي ﷺ قاء فأفطر قال ثوبان: «أنا صببتُ له الوضوء»[٢].

أما تعلقهم بالمعنى قالوا: خارج نجس، فينقض الوضوء.

دليله: كما إذا كان من السبيل.

قالوا: ووجه التأثير أن الواجب هو وجوب الطهارة فتغيرها بخروج النجس معنوي مؤثر، لأن الطهارة [١٠/ب] لا تجب إلا عن نجاسة في الأصل، لأنها مشروعية لرفعها، والدليل عليه أن الله تعالى شرع الوضوء ثم قال: ﴿وَلَٰكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ﴾[٣] ولم يقل: ليتعبدكم[٤]، ولهذا تعلق في الأصل بالخارج من السبيل لأنه مسلك النجس.

وروى عن بعض الصحابة أنه قال في مسّ الذكر: «إن كان منك شيء نجس فاقطعه»[٥]، أي هو طاهر، فلا يتعلق بمسّه وجوب الطهارة.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٥٦.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٥٨، ١٥٩.
ورواه الأثرم. ينظر: المغني: ١/٢٤٧.
رواه الترمذي في سننه: ١/١٢٦، ١٢٧ مع عارضة الأحوذي.
وقال الترمذي: هذا أصح شيء في هذا الباب.
ورواه البيهقي في سننه: ١/١٤٤، وقال: «وإسناد هذا مضطرب، واختلفوا فيه اختلافًا شديدًا والله أعلم، وهو مذكور مع سائر ما روي في هذا الباب في الخلافيات» اهـ.

(٣) سورة المائدة، آية (٦).

(٤) الأسرار لأبي زيد: ٣/ب.

(٥) رواه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» عن قيس بن أبي حازم قال: «قال رجل لسعد:=

وعن بعض الصحابة أيضًا في رد خبر الاغتسال عن الميت: «إن كان صاحبكم نجسًا فاغتسلوا منه»(١).

فثبت أن الأصل هو وجوب الطهارة عن النجاسة، قالوا: «وأما معنى العبادة التي تقولون فهو تبع، وكان القياس ألا يجب الغَسل حيث لا نجاسة، إلا أنها وجبت شرعًا تعظيمًا لأمر القيام إلى الله تعالى في الصلاة، وكان يجب أن يغتسل لكل حدثٍ كما في المنى، لأن الشرط أن يقدم بنفسه طاهرًا إلى الله تعالى وقد لزمه حكم النجاسة بخروج النجس إلا أن الله تعالى قصر على الظواهر بالخارج المعتاد تيسيرًا علينا، لأنه مما يكثر فبقيت إضافة أصل الوجوب إلى أصل النجاسة على أصل القياس، والزيادة احتياط لأمر العبادة تعظيمًا لأمر هذا القيام»(٢).

وربما يقولون إن الأصل وجوب الطهارة في محل النجاسة إلا أن الشرع أقام توضئةَ الأعضاء الأربعة وتطهيرَها مقام الطهارة في ذلك المحل، لأن ذلك المحل يخفى في الغالب، والمطلوب تعظيم القيام بين يدي الرب وذلك يكون بفعل الطهارة في الأعضاء الظاهرة.

قالوا: «وأما القهقهة، فعندنا(٣) إنما نقضت الوضوء بخلاف القياس

= إنه مس ذكره وهو في الصلاة فقال: اقطعه إنما هو بضعة منك»، وفي رواية: «إن كان نجسًا فاقطعه، لا بأس به» ١/٧٧.

(١) لم أقف عليه.

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/٣/ب.

(٣) أي عند الحنفية.

نصًا»[1]، وعلى أن الإثم الذي يلحقه بالقهقهة بين يدي الله تعالى في أخص حالة وهو حالة الصلاة جُعِلَ في معنى النجاسة حكمًا، إلا أن قيام الإثم مقام النجاسة ما عُرِفَ إلا شرعًا فلم يقم إلا في عين ما وَرَدَ به النّصّ.

فثبت أنه لابد من صفة النجاسة، ولابد من صفة الخروج أيضًا؛ لأنه لا يخلو عن نجاسات باطنة، فلو كانت حَدثًا لم يطهر بحال، وأنه لا يمكنه تطهير الباطن عن النجاسات فلا يرد التكليف به، وإذا كان لابد من خروج فالخروج هو الانتقال من محل باطن إلى محل ظاهر، فالخروج في غير السبيلين بالسيلان عن رأس الجرح، لأن تحت كل جلدة رطوبة سيّالة، وفي كل عرق دم يظهر ذلك لنا وهو في محله بزوال البشرة عن جلده، فلم يمكن مجرد الظهور عن باطنه خروجًا، فإذا زال عن رأس الجرح فقد انتقل عن محله الذي كان باطنًا فيه وصار خارجًا»[2].

فأما قبل السيلان فهو في محله على ما كان، وأما في السبيلين فإن الخارج قد انتقل عن معدنه، لأنه لا يظهر على المخرج إلا بالانتقال عن موضعه، وحدّ الخروج هو الانتقال وقد حصل، فتعلق الحكم الشرعي بالخروج وعدمه إلا أن الخروج في السبيلين يكون بنفس الظهور، وفي غير السبيلين يكون بالسيلان عن رأس الجرح.

---

(١) نقل البيهقي عن الشافعي قوله: «لو ثبت عندنا لقلنا به». ثم قال: «والذي يزعم أن عليه الوضوء في القهقهة يزعم أن القياس ألا ينتقض ولكنه يتبع الآثار، فلو كان يتبع منها الصحيح المعروف كان بذلك عندنا حميدًا، ولكنه يرّد منها الصحيح الموصول المعروف ويقبل الضعيف المنقطع» اهـ. سنن البيهقي: ١/١٤٨.

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/٣/ب «ببعض التصرف».

قالوا: وأما الدودة والحصاة والولد الجافّ إنما نقض الطهارة، لأن هذه الأشياء لا تخلو عن قليل بَلّة نجسة[١]، وقد بيّنا أن خروج القليل من السبيل ينقض الوضوء.

قالوا: وأما إذا قاء ما دون ملء الفم إنما لم ينقض الطهارة، لأن الفم فيما بينه وبين الباطن باطن على ما ذكرنا من قبل، وفيما بينه وبين الظاهر ظاهر وملء الفم ما لا يمكنه ضبطه، وما دون ملء الفم ما يمكنه ضبطه، وللفم حكمان: فإذا لم يقو القيء على الخروج عن الفم بأن كان دون ملء الفم وأمكنه ضبطه لم يثبت له حكم الخروج، كما لم يثبت لبزاقٍ يبتلعه حكم دخولٍ من خارجٍ، وأما إذا كان ملء الفم ولم يمكنه ضبطه ثبت له حكم الخروج، فتبين أنّا إنما أدرنا الحكم على الخروج وعدم الخروج.

وأما الريح إنما انتقض الوضوء بخروجها؛ لأنها انفصلت من موضع النجاسة؛ فلا يخلو من وجود أجزاء النجاسة فيها وإن كانت يسيرة[٢].

قال أبو زيد[٣]: وعلى أنّا عللّنا النص الوارد في وجوب الوضوء بالخارج من السبيلين بعِلّة مؤثرة وهو بخروج النجاسة، إلا أن الحكم في موضع النص يتعلق بعينه لا بالعلة، وفي غيره يتعلق بالعلة فلم يعتبر في النص ظهور حكم النجاسة وهو وجوب الغسل في موضع النجاسة، واعتبرناه في الفرع فلم نوجب الوضوء ما لم يجب غسل النجاسة عن موضع الخروج، وقد ذكروا مثل هذا في مسألة إزالة النجاسة.

---

(١) الأسرار: ٤/أ.
(٢) الأسرار: ٤/أ.
(٣) في الأسرار: ١/٤/أ/ب.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالأخبار.

قلنا: الخبر الأول رواه ابن جريج(١) عن أبيه مرسلًا(٢).

فإن قالوا: [١١/أ] أسنده ابن أبي مليكة(٣) عن عائشة(٤).

قلنا: تفرد بإسناده إسماعيل بن عياش وهو ضعيف(٥).

وأما الخبر الثاني رواه عمر(٦) بن عبد العزيز عن تميم الداري ولم يلقه،

---

(١) ابن جريج: عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي مولاهم المكي، ثقة فقيه فاضل، وكان يدلس ويرسل، من السادسة، مات سنة خمسين أو بعدها وقد جاوز السبعين.
وقيل جاوز المائة ولم يثبت. روى له الجماعة. التقريب: ٢١٩.

(٢) رواه الدارقطني في سننه وقال بعد سياقه: «قال لنا أبو بكر النيسابوري ـ شيخ الدارقطني ـ سمعت محمد بن يحيى الذهلي يقول: هذا هو الصحيح عن ابن جريج وهو مرسل ولفظه: أو وجَدَ مذيًا...» أهـ. سنن الدارقطني: ١/١٥٥.

(٣) ابن أبي مليكة: عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله بن أبي مليكة ـ بالتصغير ـ ابن عبدالله بن جدعان يقال: اسم أبي مليكة: زهير التيمي المدني، أدرك ثلاثين من أصحاب النبي ﷺ، ثقة فقيه، من الثالثة مات سنة ١١٧هـ.
روى له الجماعة. التقريب: ١٨١.

(٤) رواه الدارقطني أيضًا في سننه مسندًا: ١/١٥٥.

(٥) قال الدارقطني: «وأما حديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن عائشة يرويه إسماعيل ابن عياش فليس بشيء»: ١/١٥٥.
وإسماعيل بن عياش بن سليم العنسي أبو عتبة الحمصي صدوق في روايته عن أهل بلده يخلط في غيرهم، من الثامنة، مات سنة إحدى أو اثنتين وثمانين، التقريب: ٣٤، وروايته عن غير الشاميين ضعيفة وهذا منها. أهـ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية: ١/٣١.

(٦) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي أمير المؤمنين، أمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب، وَلِي أمرَ المدينة للوليد، وكان مع سليمان كالوزير وولي=

ورواه عن عمر يزيد بن خالد عن يزيد بن محمد وهما مجهولان[١].

وأما الخبر الثالث[٢]: رواه عمرو القرشي الواسطي[٣]، قال أحمد، ويحيى[٤]: هو كذاب[٥].

وأما خبر زيد بن عليّ، رواه سوار بن مصعب[٦]، وهو متروك[٧].

وأما خبر ميمون بن مهران عن أبي هريرة رواه سفيان بن زياد[٨] عن حجاج بن نصير[٩]، وهما ضعيفان[١٠]، وعلى أنّا نحمل الجميع على الاستحباب.

= الخلافة بعده فَعُدّ مع الخلفاء الراشدين، من الرابعة، مات في رجب سنة إحدى ومائة وله أربعون سنة، ومدة خلافته سنتان ونصف. روى له الجماعة.
التقريب: ٢٥٥.

(١) الخبر رواه الدارقطني كما تقدم وقال بعد سياق الحديث: «عمر بن عبدالعزيز لم يسمع من تميم الداري ولا رآه، ويزيد بن خالد، ويزيد بن محمد مجهولان» ١/١٥٧.

(٢) يقصد حديث سلمان المتقدم.

(٣) هو عمرو بن خالد أبو خالد الواسطي، متروك الحديث قاله الدارقطني في سننه: ١/١٥٦. وقال ابن حجر في التقريب: متروك، رماه وكيع بالكذب، من الثامنة، مات بعد سنة مائة وعشرين، روى له ابن ماجه. اهـ: ٢٥٩.

(٤) يقصد يحيى بن معين.

(٥) نقل ذلك عنهما الدارقطني في سننه: ١/١٥٦.

(٦) سوار بن مصعب الهمداني، وهو الذي يقال له «سوار المؤذن» ويقال له «سوار الأعمى» من أهل الكوفة، كان مِمَنْ يأتي بالمناكير عن المشاهير. ينظر: المجروحين لابن أبي حاتم: ١/٣٥٦.

(٧) قال الدارقطني في سننه بعد سياق الحديث: «سوار متروك ولم يروه عن زيد غيره» ١/١٥٥.

(٨) سفيان بن زياد بن آدم العقلي ـ بضم العين المهملة ـ أبو سعيد البصري أبو البلدي المؤدب، صدوق من الحادية عشرة، روى له الترمذي. التقريب: ١٢٨.

(٩) حجاج بن نصير الفساطيطي القبسي، أبو محمد البصري ضعيف، كان يقبل التلقين؛ من التاسعة، مات سنة ثلاث عشرة أو أربع عشرة، روى له الترمذي فقط. التقريب: ٦٥.

(١٠) قال الدارقطني في سننه ما نصه: «محمد بن الفضل بن عطية ضعيف، وسفيان ابن زياد،=




أما قولهم: «خارج نجس».

قلنا: لابد من بيان التأثير.

قولهم: «إن الواجب هو الطهارة، والطهارة تجب عن النجاسة».

قلنا: نعم، هذا مسلّم في الطهارة الحسية، وأما الطهارة الشرعية، فلا يُعرف لها إلا وصف الوجوب فحسب.

ومعنى قولنا: «طهارة شرعية» أنها محض تعبد لا يُعقلُ لها معنى، والدليل على إنها محض تعبد ما بيّنا في أول المسألة.

فإن قالوا: فلِمَ سمى طهارة ولَمْ يُسمَّ عبادة؟

قلنا: تسميته طهارة لا ينافي التعبد، فيجوز أن يكون طهارة بمحض تعبد، ويجوز أن يقال: سُمّى طهارة لأنها يقام بطهور.

يبين ما قلنا أن هذه الطهارة يجوز أن تجب بلا خروج نجاسة أصلًا، بدليل الريح والحصاة.

وقولهم: «إن في خلال الريح أجزاء النجاسة».

قلنا: هذا خلاف المحسوس، ولا تعرف أجزاء نجاسة لا تُرى ولا تُحسّ.

وأما فصل الحصاة فلازم، وقولهم: «إنه يكون على الحصاة بَلّة نجاسة».

قلنا: نصور فيما إذا كانت الحصاة أنقى من الراحة، وعلى أنه إن ثبت لهم أن الطهارة تنتقض بخروج النجاسة فإيجاب الطهارة في غير موضع النجاسة لا يُعقل ولا يُعرف.

= وحجاج بن نصير ضعيفان». سنن الدارقطني: ١/١٥٧.

وقولهم: «إنه أقيم طهارة الأعضاء الأربعة مقام تطهير موضع النجاسة لرفع الحَرَج».

قلنا: وأيّ حَرَجٍ في إيجاب الطهارة في موضع النجاسة؟.

أليس أنه أمر باستعمال الحجر في موضع النجاسة، فهلا أوجبتهم ذلك واقتصرتم عليه إن كنتم تعقلون معنى الطهارة؟.

وأما قولهم: «إن في الأصل وإن أوجبنا لا في موضع النجاسة، ففي الفرع أوجبنا في موضع النجاسة وفي غير موضع النجاسة».

قلنا: ولو كان الواجب طهارة عن نجاسة لم يجب إلا في موضع النجاسة، وعلى أنَّا أجبنا عن هذا الأصل الذي يدعونه في مسألة منع إزالة النجاسة بغير الماء من المائعات.

فإن قالوا: سلّمنا لكم هذا الأصل، وهو أن الطهارة عن الحدث طهارة شرعية غير معقول المعنى، لكن لا شك أنها وجبت بخروج النجس وهذا القدر معقول، وإن لم يكن الوجوب معلولاً به، فوجب أن يلحق به أمثاله ونظائره، وذلك في كل موضعٍ وُجِدَ خروج النجاسة من الباطن إلى الظاهر.

قلنا: لابد أن يكون الإلحاق بمعنًى، فإذا لم يكن معقول المعنى بطل الإلحاق.

وقولهم: «إن خروج النجس معقول».

قلنا: بلى، ولكن غير معلول به، ولأنا بيّنا وجوب الطهارة بلا خروج النجاسة أصلًا، ثم نقول: إن خروج النجاسة من سائر المواضع لا يشبه خروج

النجاسة من السبيلين، لأن السبيل المعتاد لخروج النجس موضع النجاسة ومسلكها.

وأما الفم والأنف وسائر المسالك ليس بموضع النجاسة ومسلكها فتغلظ هناك الخارج بالمخرج، ومثل هذا لا يوجد في مسألتنا، وهو أن يتغلظ شيءٌ بانضمام شيءٍ آخر إليه فيمتنع إلحاق غيره به.

ألا ترى أن الزنا جناية يتغلظ بالإحصان، ثم امتنع إلحاق زنا غير المحصن به، لأنه لم ينضم إليه ما يوجب تغليظه، كذلك ههنا، وهذا كلام حسن غير أن الأول كافٍ[1]، وهو حقيقة المسألة. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَةٌ):

المني طاهر عندنا[2].

وعندهم: نجس[3].

❊ **لنا:**

ما رواه شريك[4] ....

---

(١) في المخطوط: كافي.

(٢) النكت ورقة ٢٠/ب، روضة الطالبين: ١/١٧، الوسيط: ١/٣١٩، المنهاج: ١/٨٠، وقال: «وهو الأصح»، وهو قول الحنابلة.

(٣) الأسرار للدبوسي: ١/١٢/ب، شرح معاني الآثار: ١/٥٣، المبسوط: ١/٨١، مختلف الرواية: ٢٣/ب.
وهو قول المالكية، الإشراف للبغدادي: ١/١٠٤، وهو قول للشافعية، المنهاج: ١/٨٠.

(٤) شريك بن عبد الله النخعي الكوفي القاضي بواسط ثم الكوفة، أبو عبد الله، صدوق يخطيء=

عن محمد[1] بن عبد الرحمن عن عطاء عن ابن عباس قال: سُئِلَ النبي ﷺ عن المني يصيب الثوب قال: «إنما هو بمنزلة البزاق والمخاط، وإنما يكفيك أن تمسحه بخرقة أو بإذخرة»[2].

وعن ابن عباس نفسه كذلك[3].

قالوا: أليس يروى عن النبي ﷺ أنه قال لعائشة: (إذا رأيت المني رطبةً فاغسليه، وإذا وجدته يابسًا فافركيه)[4].

وأيضًا فإن النبي ﷺ مَرّ على عمار وهو يغسل ثوبه من النُّخامة فقال: (إنما يغسل الثوب عن خمس: البول والغائط والقيء والدم والمني)[5].

الجواب:

أما الخبر الأول [١١/ب] فلا يُعرف على ما رووا، وإنما المعروف عن

= كثيراً، تغير حفظه منذ ولي القضاء بالكوفة، وكان عادلًا شديدًا على أهل البدع، من الثامنة، مات سنة ١٨٧هـ أو ١٨٨هـ.
روى له البخاري تعليقًا، ومسلم وأصحاب السنن الأربعة. التقريب: ١٤٥.

(١) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري الكوفي القاضي، أبو عبد الرحمن، صدوق سيء الحفظ جدًا، من السابعة، مات سنة ثمان وأربعين. التقريب: ٣٠٨.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١٢٤/١، وقال: «لم يرفعه إلا إسحاق الأزرق عن شريك عن محمد بن عبد الرحمن هو ابن أبي ليلى ثقة، في حفظه شيء».

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ١٢٥/١، ورواه الطحاوي: ٥٢/١.

(٤) قال ابن الجوزي في التحقيق: هذا حديث لا يُعرف بهذا السياق، وإنما نقل أنها هي كانت تفعل ذلك. التحقيق: ٦٢/١، التلخيص الحبير: ٣٣/١.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ١٢٧/١.
واستدل به الدبوسي في أسراره: ١٣/١/أ، والسرخسي في المبسوط: ٨١/١.

عائشة أنها قالت: «كنتُ أفرك المنيّ عن ثوب رسول الله إذا كان يابسًا وأغسله إذا كان رطبًا»[١]، وهذا نقول به على الاستحباب.

وأما الخبر الثاني: لم يروه غير ثابت[٢] بن حماد، قال الدارقطني: هو ضعيف جدًا[٣].

ومن جهة المعنى نقول: المني متولد من أصل ليصير أصلًا مثله فلا يكون نجسًا.

دليله: البيض، وتأثيره أن نجاسته إما أن يكون من أصله أو من عينه، فإذا كان من أصله فأصله طاهر، فلا يوجب نجاسة متولد منه، وإن كان من عينه فليس عينه إلا غذاء مستحيل، وهذه الاستحالة إلى صلاحٍ وهو تكوّن الولد منه.

والاستحالة إلى صلاحية تكوّن الولد منه كالاستحالة إلى صلاحية تغذّي الولد به وذلك اللبن، ثم تلك الاستحالة لا توجب النجاسة، كذلك ههنا.

فإن قالوا: إن الاستحالة إلى نتنٍ وقذارةٍ.

قلنا: أما النتن، فلأن رائحته رائحة الطلع، وأما القذارة فقذارة يسيرة

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/١٢٥، ورواه مسلم في صحيحه: ٣/١٩٦ ـ ١٩٧ مع النووي بلفظ آخر قريبًا منه.

(٢) ثابت بن حماد: أبو زيد، بصري ـ عن ابن جدعان ويونس ـ تركه الأزدي وغيره، قال ابن عدي: ولثابت أحاديث يخالف فيها وفي أسانيدها الثقات وهي مناكير.
وأورد ابن حجر في لسان الميزان هذا الحديث: «مَرّ على عمار وهو يغسل». ينظر: ترجمته في: لسان الميزان: ٢/٧٥، ٧٦.

(٣) سنن الدارقطني: ١/١٢٧، ثم قال بعد ذلك: «وإبراهيم بن زكريا»، وثابت ضعيفان.

مثل قذارة المخاط، وذلك لا يعتبر.

واستدل الأصحاب بجواز الفرك في اليابس إذا أصاب الثوب. قالوا: لو كان نجسًا لم يجز الاقتناع بالفرك، لأنه يليّنُ الموضع، وليس يستأصل أجزاء النجاسة، ولهذا المعنى لو أصاب الموضع بعد ذلك ماء فإنه ينجس، ثم ناقضوا الثوب بالبدن وقالوا: لو أصاب المني بدنه ويبس لم يطهر بالفرك وهذه مناقضة بيّنة ولا يتبين بينهما فرق، والاعتماد على ما سبق.

❁ وأما حجتهم:

قالوا: خارج ينقض الوضوء فيكون نجسًا[١].

دليله: البول، وتأثيره أن وجوب الطهارة إنما يكون عن نجاسته على ما سبق، فوجوب الطهارة دليل النجاسة قطعًا، بل هذا أولى من البول؛ لأنه ينقض الطهار الصغرى والمني ينقض الطهارة الكبرى.

واعترضوا بما قالوه على قولنا: «إنه ليس في أصله ولا في عينه ما يدل على نجاسته»، لأنه إن لم يكن في أصله وفي عينه ما يدل على نجاسته ففي حكمه ما يدل على نجاسته.

قالوا: وأما الاكتفاء بالفرك عند يبسه فإنما كان لدفع الحَرَج[٢]، وذلك لأن المني يكون حصوله في الغالب بين ثياب الإنسان، ويكثر ويتردد على العادات فإنه يوجد بالغشيان وهو يكثر بين الرجال والنساء، فلو أوجبنا الغَسل

---

(١) الأسرار لأبي زيد: ١/١٤/أ، الإشراف للبغدادي: ١/١٠٤.

(٢) الأسرار لأبي زيد: ١٤/ب.

أدى إلى الحرج بخلاف البول، فإنه يكون في المواضع المعتادة من الكنيف والمستراحات (وعلى أن المني شيء غليظ لزج فإنما يجف على ظاهر الثوب، ولا يدخل أجزاءه فإذا فُرِكَ يزول معظمُه، وإنما تبقى أجزاء يسيرة لا يُعتد بها.

وأما في البدن فقد قال بعضهم: يطهر بالحتّ أيضًا، وعلى التسليم قالوا: إن حرارة البدن تتشرّبه فلا يزول إلا بالغَسل.

وقد تعلق بعضهم في الحكم بنجاسة المني بجريانه في الموضع وهو داخل القضيب»[1]، وقالوا: «مائع جارٍ في مجرى البول فيكون نجسًا كالمذي»[2].

وتعلقوا من الحكم بالعلقة، وزعموا أنها أخت النُّطفة وقرينتها.

قالوا: وبهذا نعترض على قول مَنْ قال من مشايخكم: إن النُّطفة أصل الآدمي فيكون طاهرًا كالتراب، فإن العلقة أصله أيضًا ومع ذلك هي نجسة.

ثم قالوا: إن الأصل لبني آدم ليس إلا التراب[3]، فإن الله تعالى قال: ﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ﴾[4].

وإنما النُّطفة عارض داخل في الوسط مثل العَلَقة، فالحكم بنجاستها لا يوجب إدخال نقيصةٍ في كرامات الآدمي مثل العَلَقَة سواء.

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار لأبي زيد: ١٤/ب، ١٥/أ.

(٢) الإشراف للبغدادي: ١/١٠٤.

(٣) الأسرار للدبوسي: ١٤/أ.

(٤) سورة الروم، آية (٢٠).

قالوا: وأما البيض فإنه يحتجب بقشرة عن الفضلات النجسة في البدن، وعلى أنه يخرج على الأصل الذي قلناه، فإنه لم يقم دليل حكمي على نجاسته بخلاف مسألتنا على ما سبق.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «إنه خارج ينقض الطهارة».

قلنا: وَلِمَ إذا نقض الطهارة وجب أن يكون نجسًا؟.

قالوا: لأن الطهارة لا تجب [إلا][1] عن نجاسة.

قلنا: ليس كذلك، وقد بيّنا أن الطهارة عن الأحداث محضُ تعبدٍ، ولا يدل الوجوب على النجاسة أصلًا، وهذا قد سبق بما فيه المقنعُ والكفايةُ.

يبينه: إنه لو كان وجوب الطهارة دليل النجاسة في الخارج فيجب أن يقال: إن الواجب من الطهارة إذا كان أعظم تكون النجاسة أغلظ وإذا كان الواجب أخف تكون النجاسة أخف كذلك، فإن نجاسة البول أغلظ من نجاسة المني ومع ذلك خروج المني يوجب الطهارة الكبرى، وخروج البول يوجب الطهارة الصغرى.

وقد نقض الأصحاب ما قالوه [١٢/أ] بالولد الجَفَاف والحصاة، والاعتماد على ما بينّا.

(١) زيادة يقتضيها السياق.

وأما ما تعلق به مشايخهم من جريانه في مجرى البول، فليس بشيء، لأن هذا يقتضي أن تكون نجاسة المني نجاسة مجاورة لا نجاسة عينية وعندهم: أن نجاسة المني نجاسة عينية، وعلى أنه لا ينكر أن يكون بين مجرى المني ومجرى البول حاجز يمنع اختلاط البول به، ولهذا المعنى اجْتزوا بالفرك في اليابس منه، وما تنجس بالبول فإنه لا يُجْتزى بالفرك فيه.

وأما الذي اعتذروا به من اعتبار الحَرَج فلا حَرَج، وعلى أنه موجود في المذي، ولعل ابتلاء الناس به بوجوده في ثيابهم أكثر منه في المني، ومع ذلك لا يكتفى فيه بالفرك فبطل ما قالوه.

وأما العَلَقة فقد منع بعض أصحابنا، وقال: إنها طاهرة، ولئن سلمنا فلأنها دم، ولا يدل الحكم بنجاسة الدم على نجاسة المني.

فإن قالوا: إن المني أيضًا دم إلا أنه أبيضّ بنار الشهوة، كما يبيضّ ماء الورد الأحمر بتصعيد النار[1].

قلنا: هذا هوس، مَنْ يدري أنه دم؟ وإنما خلقه الله منيًا كما هو في صلبه، كما خَلَقَ البيضة في جوف الطير كهيئته، وخلق اللبن في الضرع كهيئته، والرجوع إلى قول الطبيعيين باطل. والله أعلم.



(١) الأسرار للدبوسي: ١٤/أ.

※ (مَسْأَلة):

جلد ما لا يؤكل لحمه لا يطهر بذبحه عندنا[1].

وعندهم: يطهر[2].

❖ لنا:

إن الموجود قتل وليس بذكاة فلا يعمل في تطهير الجلد.

دليله: إذا كان الذابح مجوسيًا، وإنما قلنا ذلك لأن الذكاة فعل شرعي لا يوجد إلا من أهله في محله، والمحل مفقود ههنا، لأن الذكاة فعل مشروع لحل اللحم بدليل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ﴾ إلى أن قال: ﴿... إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ﴾[3]. فعدّ ما حرم أكله ثم استثنى المذكاة في الحكم الذي وردت له الآية وهو الأكل.

والمعنى: لا تأكلوا هذه الأشياء إلا المذكاة «فكلوا» دل أن الذكاة مشروعة للأكل.

ولأن تحريم تعذيب الحيوانات أصل عظيم معقولًا ومشروعًا إلا أن بالناس حاجة إلى اللحوم لمعنى التغذية وهو حاجة عامة ولا يوجد شيء آخر يقوم مقامه في معناه، والميتات خبيثة وكرامة بني آدم اقتضت تحريم الخبائث

---

(١) النكت: ٥/ب أ، وهو قول أحمد.
المغني: ١/٩٦، الإفصاح: ١/٦١، الإنصاف للمرداوي: ١/٨٩.

(٢) رؤوس المسائل: ٩٨، مختصر الطحاوي: ١٧، بدائع الصنائع: ١/٢٧١.

(٣) سورة المائدة، آية (٣).

عليهم، وتحليل الطيبات لهم، والذكاة معنى مطيب للحم من حيث إنه يُسيل النجاسات من الحيوانات مزيل للخبائث بقدر الإمكان، فإن الله تعالى ببالغ حكمته وعميم كرامته لبني آدم أباح لهم لحوم بعض الحيوانات بطريق مخصوص شرعي وهو الذكاة.

وإنما قلنا «إنه شرعي»، لأنه وضع بآلةٍ مخصوصةٍ في محلٍ مخصوصٍ من فاعلٍ مخصوصٍ، وشرع أيضًا على وجهة مخصوص على ما هو المعلوم فإذا وجد فيما عدا ذلك من المحال لم يكن ذكاةً أصلًا، وإن وجدت بصورتها والتحق الفعل بالتخنيق والتوقيذ وغير ذلك، وإذا ثبت عدم الذكاة ثبتت نجاسة الجلد؛ لأنه لو طهر لكان يطهر بالذكاة، فإذا لم تكن ذكاة لم يطهر.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: جلد يطهر بالدباغ فيطهر بالذكاة[1].

دليله: مأكول اللحم.

ثم استدلوا على وجود الذكاة بصدوره من أهله في محله.

أما قولنا «من أهله» فهو المسلم أو الكتابي.

وأما قولنا: «في محله»، لأنه حيوان طاهر عينه في حال حياته فيكون محل الذكاة، لأن الذكاة نوع معالجة لطلب منفعةٍ، فإذا كان الحيوان طاهر العين في نفسه كان محل هذه المعالجة.

وقولنا: «لطلب منفعة» عُني بذلك منفعة الجلد، وهو معنى مطيّب

(١) بدائع الصنائع: ٢٧٢/١.

للجلد مثل الدباغ في جلد الميتة مطيّب له.

ألا ترى أن في مأكول اللحم، فإن الجلد كما يطهر بالدباغ يطهر بالذكاة، لأن كل واحد منهما يعمل عمل صاحبه في تطييب الجلد، كذلك ههنا تعمل الذكاة عمل الدباغ، وجلد هذا الحيوان يطهر بالدباغ فيطهر بالذكاة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن منفعة الجلد تبع لمنفعة اللحم(١)، فإذا لم يفد الفعل حِلًا في المتبوع لا يفيد طُهرًا في التبع؛ لأنا لا نسلّم هذه التبعية بل لكل واحد منفعة أصلية، بدليل أن في الشاة الميتة لا يحل لحمه بحال ويحل جلده بالدباغ(٢).

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الفعل محظور في هذا المحل لأنّا [لا] نسلّم ذلك بل هو مطلق لطلب الجلد، كما هو مطلق لطلب اللحم في مأكول اللحم.

قالوا: وأما تعلقكم بحرمة تعذيب الحيوان، تعلق فاسد؛ لأنه لا يجوز ذلك إذا كان لا لمنفعةٍ، فأما لمنفعة فيجوز، ورووا أن النبي ﷺ نهى عن [١٢/ب] تعذيب الحيوان إلا لمنفعةٍ.

۞ **الجواب:**

أنّا بينا انعدام الذكاة في مسألتنا، وكلامهم راجع إلى حرفٍ واحدٍ وهو شرع الذكاة لمنفعة الجلد، ونقول على هذا: إن الشرع قد شرّع طريقًا للوصول إلى منفعة هذه الجلود وهو الدبغ بعد موت الحيوان، والذكاة فعل مشروع

(١) بدائع الصنائع: ١/٢٧٢.
(٢) الأسرار لأبي زيد: ٤١/أ.




للحاجة فإذا عدمت الحاجة ارتفعت المشروعية، وخرج اللحم على هذا، لأنه لا طريق للوصول إليه سوى الذكاة.

فإن قالوا: ذاك طريق وهذا طريق.

قلنا: شرع الدباغ قد أغنى عن الذكاة المعذّبة للحيوان.

قالوا: ما يُغني؛ لأنه يتعجل إليه وصوله بالذكاة ولا يحتاج إلى تربص الموت.

قلنا: الحيوانات غايتها الموت، وهو منتفع بها في الحال بوجهٍ آخر، فلا ضرر عليه في التربّص، وقد يصل إلى الجلد بوجه آخر إن احتاج إليه.

فإن قالوا: فإن كانت الذكاة لحليّة اللحم خاصة، فَلِمَ طهر الجلد في مأكول اللحم بالذكاة دون الدباغ؟.

قلنا: لأنه تبع له، ولأنه يؤكل معه في كثير من البلدان، فإذا لم يطهر بطهارته أدى إلى حَرَج عظيم، فحكمنا بطهارته دفعًا للحرج. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

عظام الميتات وشعورها نجسة في الظاهر من مذهب الشافعي(١).

وعندهم: إنها طاهرة(٢).

❖ لنا:

إنه جزء من الميتة فيكون نجسًا كسائر أجزاءها.

وفقه المسألة:

وهو أن الأصل أن الميت نجس لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ﴾(٣)، وتحريمها يدل على تنجيسها بدليل قرينتها من الدم والخنزير، ولأن معنى النجاسة في المحل وجوب التباعد منه وترك الانتفاع به، وتحريمه قد دل على هذين المعنيين فثبت أنه نجس.

وأما الآدمي الميت فلئن قلنا إنه طاهر فهو لاحترامه فيكون مستثنى من هذا الأصل إما بالنصّ، أو لمعنى الاحترام.

وإذا ثبت نجاسة الميت فنقول: إن الموت إذا حلّ بالحيوان يحلّه بجميع

---

(١) النكت: ٦/أ ـ م، المهذب: ٢٢/١.
وهو قول المالكية والحنابلة في القرن والعظم. الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٠/١. الإشراف للبغدادي: ٦/١، المغني: ٩٧/١، الإفصاح: ٦٢/١، الإنصاف: ٩٢/١.

(٢) الأسرار: ٣٨/١/ب، رؤوس المسائل: ٩٩.
وهو قول المالكية والحنابلة في الشَعر والصوف، الإشراف للبغدادي: ٥/١، الإنصاف: ٩٢/١، المغني: ٩٩/١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٤٤٠/١.

(٣) سورة المائدة، آية (٣).

أجزائه فكما أنه حي بجميع أجزائه وأعضائه وأبعاضه فكذلك إذا مات فهو ميت بجميع أجزائه وأبعاضه، وهذا لأن الحيوان ذات تركيبٍ مخصوصٍ يستمد بقاءه من معنًى مخصوصٍ، فما دام على تركيبه باستمداده فهو حي، فإذا فنى الاستمداد مات وَخَرِبَ التركيب، وكل جزء من الحيوان له قوة الاستمداد وصفة البقاء وفيه الصلاح صفة الحياة وعند انقطاع الاستمداد واتّصافه إلى الفناء والفساد فله صفة الممات.

وهذا ثابت لجميع أجزائه لا يختص بجزء دون جزء، فثبت أن الحياة ثابتة لجميع أجزائه مادام حيًا، فإذا مات مات بجميع أجزائه ولئن تكلمنا في العظام فالكلام فيه أظهر نصًا ومعنًى.

أما النص قوله تعالى: ﴿وَضَرَبَ لَنَا مَثَلًا وَنَسِيَ خَلْقَهُۥ قَالَ مَن يُحْيِ ٱلْعِظَٰمَ وَهِيَ رَمِيمٌ ۝٧٨ قُلْ يُحْيِيهَا ٱلَّذِيٓ أَنشَأَهَآ أَوَّلَ مَرَّةٍ...﴾[1].

وأما المعنى، فلأن قوام التركيب بالعظام أكثر من قوامه باللحم والذات حي بتركيبه، فإذا كان اللحم محلًا للحياة فلئن تكون العظام محل الحياة أولى.

ونستدل من حيث الحكم بالخنزير، فإن الإجماع انعقد على نجاسته بعظامه وشعوره، والاعتماد على ما سبق.

❁ وأما حجتهم:

قالوا: الشعور والعظام ليست بمحل الحياة، فلا يكون محل الموت،

(١) سورة يس، الآيتان (٧٨ ـ ٧٩) واستدل بهاتين الآيتين البغدادي في إشرافه: ١/٦.

ودليل أنها ليست بمحل الحياة أنها لا تُحسّ بشيءٍ ما، بدليل أن الشَعر يقطع فلا يُحسّ الحيوان، به والعظمِ يُبرد بالمبرد من القرن والسّن وغيره فلا يُحسّ به، ويستحيل وجود الحياة في محل لا حاسّة له.

وحرفهم أن علامة الحياة الحِسّ والتّألم، فلا يوجد مع فقد علامتها وصار الشّعر كجزء من الجلد يموت ويذهب منه الحسّ والتّألم، فإنه لا يكون محل الحياة، فكذلك الشّعر في أصل خلقته.

قالوا: وأما النماء، فلا يدل على الحياة بدليل النبات والأشجار، وعلى أنه إنما تنمو الحياة في محل نباته لا بحياة فيه، بخلاف سائر الأعضاء، فإن النماء فيها بمعنًى لا في المحل بل لمعنًى في أعيانها.

قالوا: ولا جائز أن يقال: إن للعظم حاسّة بدليل وجع الضّرس وذلك لأن الوجع وجع اللّثة واللحم المتصل بالسّن ويظن الإنسان أنه وجع الضرس، وكيف يتصور أن ذلك من وجع الضرس حقيقة(١)، ولو قُطِعَ قطعًا أو بُرِدَ بالمبرد لم يألم.

واستدلوا من حيث الحكم في أنه لا حياة في الشَّعر والعظم بأنه إذا أبين من الحيوان في حالة الحياة يجوز [١٣/أ] الانتفاع به، ولو كان محل الحياة لمات بإبانته منه بدليل قوله ﷺ: (ما أبين من حي فهو ميت)(٢).

---

(١) الأسرار: ٣٨/ب.

(٢) رواه الترمذي في سننه: ٢٧٣/٦ مع العارضة، في باب «ما قُطع من الحي فهو ميت». ثم قال: «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم، والعمل على هذا عند أهل العلم وأبو واقد الليثي اسمه الحرث بن عوف» اهـ.

ورواه الدارمي في سننه: ٩٣/٢ في باب «في الصيد يبين منه العضو». =

وبدليل سائر الأجزاء.

وقد قال أبو زيد في هذه المسألة[1]: إن الموت ليس بمنجسٍ في نفسه، وإنما النجاسة بأحد شيئين: إما بتحريم متعلق به وهو تحريم الأكل، وهذه الأشياء غير مأكولة فلا نجاسة بهذا المعنى أو باتّصال من الرطوبات النجسة والدماء السيّالة بالجامد منها.

والعظم والعصب شيء صقيل لا يتعلق به منها شيء، فلم ينجس لعدم العلة وصار كالجلد بعد الدَّبغ، بخلاف ما قبل الدَّبغ فإنه تتصل به الرطوبات النجسة.

قالوا: ولهذا نعاين الشَّعر والقرن لا يتعلق بهما شيء من الرطوبات، واستدل على أن الموت ليس بمنجسٍ في نفسه، بما ذكرنا من مسألة موت الحيوان الذي ليس له دم سائل، وذلك مذكور في الأوساط[2] وقد ذكر الطريقة الأولى أيضًا، ثم زعم أنها لا تأتى في العصب، وذكر أن الطريقة الأولى أقرب إلى الفقه وأولى بالصواب[3].

۞ الجواب:

إنّا دللنا على وجود الحياة في الشَّعر والعظم، والحرف المعتمد

= ورواه أبو داود في سننه: ٣/٢٧٧ مع المعالم، في باب «صيد قُطع منه قطعة».
ورواه ابن ماجه في سننه: ٢/١٠٧٢ في باب «ما قُطِعَ من البهيمة وهي حية».
ورواه الإمام أحمد في مسنده: ٥/٢١٨.

(١) الأسرار: ٣٩/أ مخطوط.

(٢) هذا كتاب للمؤلف، ذكره في كشف الظنون: ١/٢١٢، هدية العارفين: ٢/٤٧٣ باسم «الأوسط في الخلاف».

(٣) الأسرار لأبي زيد ورقة ٣٩/أ.




للأصحاب أن النمو بحياة الحي دليل الحياة في الشَّعر والعظم، ويمكن أن يقال: جزء نامٍ[1] بحياة الأصل فينجس بالموت.

دليله: الأذن، وليس كالبيضة، لأنّا قلنا: وجب أن ينجس بالموت وموت البيضة ليس بموت الأصل، بل بأن لا تنمى فلا ينقلب فرخًا، وذلك بأن يصير مذرة[2]، فينجس حينئذ، وأما حياتها فبعاقبتها.

ألا ترى أن المحُرِم إذا أخذ بيض الصيد ضمن الجزاء لأنه في حكم الحي. وعلى أن المذهب في البيض أنه إن كان غير متصلب فهو كاللبن ينجس، وإن كان متصلبًا فلا ينجس؛ لأنه ليس بجزءٍ متصلٍ بالأصل بل هو شيء مخلوق في جوفه بمنزلة الولد فلم يعمل فيه موت الأصل، وليس كما لو جزّ الصوف أو قَطَعَ القرن حيث لا ينجس، لأن الجزّ في الشَّعر بمنزلة الذكاة شرعًا[3]، كما جعل موت السمك ذكاة شرعية، وإنما كان كذلك؛ لأن بالناس حاجة إلى الشَّعور والأوبار، وفي تركها ضرر بالحيوانات فجعل الشرع أخذها بالجزّ بمنزلة الذكاة من جملة الحيوان نفعًا للعباد، وهذا المعنى لا يوجد في سائر الأعضاء فصارت إبانتها إماتة لها.

وأما الذي اعتمدوا عليه في هذه الطريقة من التعلق بعدم الحسّ وفقد التألم، فإن استقام لهم هذا في الشَّعر فلا يستقيم لهم في العصب والعظم.

(١) في المخطوط: نامي.

(٢) مذرة: البيضة إذا فسدت من باب «تعب»، وأمذرتها الدجاجة: أفسدتها. المصباح المنير مادة «مذر».

(٣) المهذب: ١/٢٣.

وقولهم: «إن وجه الضرس وجع اللثة».

فليس بشيء، بدليل أن الضرس إذا قُلِعَ يسكن الوجع، دل أن الوجع كان له، وعلى أنه لا ينكر أحد حياة العظام في داخل البدن ومنكر هذا مثل منكر وجود الحياة في اللحوم والأعصاب.

وقد قال الأصحاب: إنه إن فقد الحس للشعر فإنما فقد أحد علامات الحياة، وقد وجدت علامة أخرى، وهو ما ذكرنا من النمو بحياة الحي فإذا كان فوات علامة بإخلاف علامة أخرى لم يدل على فقد الحياة مثل البصر للعين والسمع للأذن والنطق للسان، فإنه إن فقد البصر للعين وهو علامة حياة العين، ولكن وجدت علامة أخرى وهو السمع، والكلام بدون هذا الاستشهاد صحيح مقنع، وهذا الاستشهاد ضعيف على الأصل الذي أصّلوه.

وأما الأشجار فقد قال بعضهم: إن لها حياة وهي المغذّية والمنمية والمولدة، وللحيوان هذه الحياة والحياة الحساسة أيضًا، وللآدمي هذه الأنواع كلها من الحياة، والحياة الناطقة أيضًا اختص بها من بين سائر الحيوانات، وهذا كلام الحكماء الأوائل، ولا ينبغي أن يُشتغل بها.

والجواب المعتمد بالتخريج وهو أنَّا استدللنا على حياة الشعر بنموه بحياة الشخص الحيّ مثل سائر الأجزاء، وهذا لا يوجد في النبات والأشجار.

وقولهم: «إن نموه لمعنىً في المحل».

قلنا: لا، بل لمعنىً في نفسه، ولمعنىً في المحل من الاستمداد منه مثل سائر الأعضاء سواء.

وأما الطريقة الثانية التي اعتمدها أبو زيد[1]، فقد ذكرنا أن الموت منجس نفسه ودللنا عليه.

وقولهم: «إن النجاسة تكون باتصال الرطوبات والأشياء السيّالة إليه».

فليس بشيء؛ لأن الجلد نجس بكل حال، ورُبَّ جلد لا يتلوث بشيء من الرطوبات بعد الموت، ويكون في جفافه ونظافته مثل ما كان في حال الحياة.

فثبت أن الموت منجس بنفسه، وقد ذكرنا في تلك المسألة. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

[١٣/ب] **إذا كان معه آنيتا ماء، إحداهما[2] طاهرة والأخرى نجسة، وليس معه غيرها، فإنه يتحرّى عندنا ولا يتيمم[3].**

وعندهم: يتيمم ولا يتحرّى[4].

---

(١) الأسرار: ١/٣٨/أ، مراد ملا.

(٢) في المخطوط: إحديهما.

(٣) النكت: ٥/أ/م، المهذب: ٢/١، المجموع: ٢/٢٢٤.
وهو قول الحنفية إذا كانت الأواني ثلاثة فأكثر، قال الطحاوي في المختصر: «ولا يستعمل التحري إلا في ثلاثة أوان أو على كثر منها» اهـ. ينظر: المختصر: ١٧.

(٤) الأسرار: ١/١٣٨/ب، نسخة مراد ملا، المبسوط: ١٠/٢٠١، مختصر الطحاوي ١٧، رؤوس المسائل: ١٢٢.

❋ **لنا:**

إن الاجتهاد له مدخل في هذا المحل، والدليل عليه أنه إذا كان معه ثلاثة أواني طاهرتان ونجسة فإنه يتحرى بالإجماع، ولأن الاجتهاد طلب الشرع بدليل واستعمال دليل الشرع في طلب الشرع مطلق لا يحرم بحال بدليل سائر المواضع، وأقربها طلبُ القِبْلة عند الاشتباه والتَّحري في ثوبي نجس وطاهر، ويمكن أن يحرر فيقال: شرط من شرائط الصلاة يمكن التوصل إليه بالاستدلال فيجب ذلك.

دليله: ما بيناه من استقبال القبلة وستر العورة.

يبين ما ذكرنا أن الصلاة بالتيمم لا تجوز إلا بشرط عدم الماء فلا يجوز ثبوت العدم باشتباه الطاهر بالنجس، وإن كانا على السواء كما لو كان عنده ثوبان أحدهما طاهر والآخر نجس وحضرت الصلاة فإنه يصلي في أحدهما بالتَّحري[1]، ولا تجوز الصلاة إلا بإزارٍ لأن الصلاة عريانَ لا تجوز إلا بشرط عدم الثوب الطاهر، فلم يثبت العدم باشتباه الطاهر بالنجس وإن كانا على السواء، كذلك ههنا، والاعتماد على الأول.

❋ **وأما حجتهم:**

قالوا: التَّحري عمل بما يقع في القلب، والعمل بما يقع في القلب باطل، لأنه قد يقع في القلب من قِبَلِ الله تعالى، وقد يقع من قِبَلَ الشيطان

وقول الحنابلة هو عدم التحري مطلقًا.

المغني: ١/٨٢، الإفصاح: ١/٧٢.

(١) المجموع: ١/٢٢٥.

فلا يجوز الرجوع إليه وهذا حكمه.

قالوا: وأما القِبْلة فإنما وجب الاجتهاد فيها، فإن للشرع دلائل منصوبة على القِبْلة، فليس برجوع إلى مجرد ما يقع في القلب، بل هو طلب القِبْلة بالدلائل المنصوبة عليها من قِبَلِ الله تعالى، وفي الثوبين إنما جاز التَّحري؛ لأن ستر العورة بالثوب النجس جائز في الجملة.

وعندنا: لو لم يجد إلا الثوب النجس وصلى فيه يجوز، فلم يكن التَّحري رجوعًا إلى مجرد ما يقع في القلب، بل استند الجواز إلى دليل شرعي، وهو جواز الصلاة في الثوب النجس إذا لم يجد[1] غيره.

وأما ههنا، فإن التَّحري عمل بمجرد ما يقع في القلب ولم يرجع جوازه إلى دليل، وأما إذا كانت الغلبة، للماء الطاهر فإنما جاز التَّحري؛ لأنه وجد دليلًا شرعيًا يستند إليه وهو اعتبار الغلبة واعتبار الغلبة أصل عظيم في الشرع خصوصًا في المأكولات والمشروبات؛ بدليل المعاملات، فإن مَنْ يكون الغالب على ماله الحلال يجوز المعاملة معه، وكذلك يجوز التناول من ماله أكلًا وشربًا عند إذنه، ومَنْ كان الغالب على ماله الحرام يُكره له ذلك.

وأما أبو زيد[2] قال في هذه المسألة: «إن التّحري باطل متى أصاب ماءً آخر طاهرًا بالإجماع، فكذلك وإنْ عَدِمهَ؛ لأن التراب جُعِلَ خلفًا عنه في إفادة طهارة الصلاة، فإذا فات إلى خَلَفِ يعمل عملَه عند عدمه فلا يُثبت العدمُ حكمًا، بخلاف الثياب، فإن التَّحري باطل إذا استوى النجس والطاهر

(١) في المخطوط: لم يجز.
(٢) الأسرار: ١/١٣٨، نسخة مراد ملا.

وأصاب ثوبًا طاهرًا، ويجوز إذا عُدم الطاهر؛ لأنه عدم بلا خلف يعمل عمله في الستر الذي هو شرط الصلاة، فثبت العدم وتبدّل حال الاختيار بحال الضرورة، فأبيح بالضرورة ما لا يباح بالاختيار.

قال: ولأن المعارضة وقعت بين التراب والماء الذي تحراه، فنحن نقول: التراب أولى؛ لأن ذلك الماء على الحقيقة يحتمل النجاسة والطهارة، فلئن كان نجسًا فالتيمم طهارة، وإن كان طاهرًا فالتيمم لا ينجس أعضاءه وإن استعمل الماء فإن كان طاهرًا فالصلاة تكون بطهارة وإن كان نجسًا فالصلاة تكون بنجاسة العضو فيكون حال فساده شرًا من التيمم، وقد استويا في حال الجواز فصار التيمم أولى بما بينّا، بخلاف الثوب فإن حال نجاسته مساوية بحال العري»[1]، ويفضل حال اللبس بوجود السَّتر بالثوب وإن كان نجسًا، فصار أولى.

❁ **الجواب:**

أما الطريقة الأولى فهو سعي لإبطال التَّحري وهو باطل؛ لأن التَّحري نوع اجتهاد واستدلال، وهو دليل الله تعالى نصبه للعباد ليتوصلوا به إلى أحكامه في الشرعيات والرجوع إليه واجب في كل موضع، فكان الرجوع بدليل ما ذكرناه من الاشتباه.

فأما قولهم: «إنه عمل بما يقع في القلب».

قلنا: والرجوع في العمل بما يقع في القلب جائز بدليل مسألة الثوبين

(١) من قوله: «إن التحري...» إلى قوله: «... بحال العرى» نقلًا من الأسرار: ١/١٣٨/ب، ١٣٩/أ، نسخة مراد ملا.

وبدليل مسألة [١٤/أ] القبلة، وهذا لأن غالب الظن حُجَّة شرعية عند عدم النصوص.

وقولهم: «إن في القِبْلة دلائل منصوبةً عليها».

قلنا: إذا اشتبه عليه الدليل، فإنه بالاتفاق يرجع إلى ما يقع في قلبه، وكذلك في الثوبين، وعذره عن الثوبين باطل، لأنه لو كان الأمر على ما ذكروا لجاز الصلاة في أيّهما شاء من غير تحرٍ لحصول ستر العورة به، وهذا لأنه يتحرى ويلزمه اللبس عند ما يقع في قلبه أنه طاهر، على اعتقاد أنه طاهر.

وقد قالوا: إنه لو اشتبه على الرجل أعداد ما صلى من الركعات أنه يرجع إلى غالب ظنه، وهو حكم بمجرد ما يقع في القلب.

وقد قال أصحابنا في هذه المسألة: أن التَّحري رجوع في غالب الظن إلى علامات ودلالات مثل ما في القِبْلة سواء.

وكذلك في الثوبين إلا أن ما قلناه أولى، لأنه إذا لم يجد علامة ولا دليلًا ولم يتخيل له شيء في ذلك فإنه يتحرى أيضًا، وليس إلا الرجوع إلى غالب الظن بما يقع في القلب.

وأما طريقة أبي زيد ففي غاية الضعف، لأن المسألة التي جعلها عماد كلامه ممنوعة على أحد وجهي الأصحاب(١).

فإنهم قد قالوا(٢): إنه يجوز التَّحري في الإناءين وإن كان عنده إناء

(١) المجموع: ٢٣٥/١، المهذب: ٢١/١.

(٢) قال في المهذب: «وإن اشتبه عليه ماءان ومعه ماء ثالث يتيقن طاهرته ففيه قولان: =

طاهر بيقين[1]، وعلى أنّا سلَّمنا هذه المسألة، فنقول: إنما لم يجز التَّحري في هذه الصورة، لأن وجود إناء طاهر عنده بيقين انتصب مانعًا من الاجتهاد[2] مثل النص في الحادثة، فأما قوله: «إذا عُدِمَ ينعدم إلى خلف».

قلنا: إنما يُصار إلى الخلف إذا لم يمكن الوصول إلى الأصل وقد أمكن بالاجتهاد فصار كما لو أمكن بوجوده يقينًا، ويمكن أن يقال: إن الاجتهاد خلف عن النص في العمليات، فإذا كان عنده إناء طاهر بيقين فقد بيّنا أنه بمنزلة نص يوجد في الحادثة، فإذا عدم فإنما عدم إلى خلف وهو الاجتهاد في الإنائين، فكما أن الأصل منع من العدول إلى التيمم فخلفه يكون مانعًا أيضًا.

وأما الفصل الثاني:

الذي ذكره من ترجيح جانب التيمم، فليس بشيء، لأن اجتهاده لما أدّى إلى أن هذا الماء طاهر ووجب العمل به شرعًا صار جواز أنه نجس مُطرّحًا متروكًا، والتحق هذا الماء بسائر المياه الطاهرة فلا تثبت به نجاسة الأعضاء بوجهٍ ما، وجواز أنه نجس لم يعتبر.

يبينه: أن التَّحري دليل ظاهر، والماء الذي حكم بطهارته فظاهر، فسقط

= أحدهما: لا يتحري؛ لأنه يقدر على إسقاط الفرض بيقين فلا يؤدَّى بالاجتهاد كالمكي في القِبْلة.

والثاني: إنه يتحري؛ لأنه يجوز إسقاط الفرض بالطاهر في الظاهر مع القُدرة على الطاهر بيقين» أهـ. المهذب: ١/٢١.

(١) المهذب: ١/٢١، المجموع: ١/٢٣٥.

(٢) المهذب: ١/٢١.

جانب التجوزات فيه أصلًا بدليل الماء يجده في الفلاة، والماء الذي يخبر الواحد أنه طاهر يجب استعماله، وسقط جواز أنه نجس. ثم يقال لهم: الترجيح لجانب التوضؤ بالماء الذي يقع له أنه طاهر، لأنه إذا توضأ بالماء الذي تحراه كانت صلاته بطهارة حقيقة من وجهٍ ومتى تيمم كان صلاته بغير طهارة حقيقة من كل وجهٍ، فكان الترجيح لجانب الوضوء لا لجانب التيمم.

وعلى أنه يبطل جميع ما قالوه بما إذا كانت الغلبة للماء الطاهر، وعندهم الرجوع إلى مجرد الغلبة تمسك بمحض صورة، ويبطل بالقبلة.

وهذا لأن المجتهد قد تتكاثر عليه الأشباه في الحادثة الواحدة، وإنما يأخذ بشبهٍ واحدٍ ويطّرح سائرها، ولا فرق فيما يطرحه بين أن يكثر عدده وبين أن لا يكثر.

وقد تعلق مشايخهم بما لو كان عنده إناءان أحدهما بول والآخر ماء فإنه لا يتحرى.

وكذلك إذا اشتبهت الأجنبية بذات المحرم فإنه لا يتحرى في أمر النكاح.

وكذلك على أصلنا في المسلوختين أحدهما ذكية والأخرى ميتة.

ونحن نقول: الاجتهاد إنما يجوز في محل الاجتهاد، وهذه المواضع ليست بمحل الاجتهاد، بدليل أنه لا يجتهد وإن كانت الغلبة للماء في المسألة الأولى، وكذلك إذا كانت الغلبة للأجنبيات في المسألة الثانية والمذكيات في

المسألة الثالثة.

وهذا لأنه لابد من النظر إلى الأصل ليكون الاجتهاد رادًا له إلى أصله ويصير اجتهاده وتحريه فيما أدى إليه معتضدًا بأصله الذي خُلِقَ له والبول خُلِقَ على النجاسة والأبضاع في الأصل على الحُرمة.

وكذلك المساليخ في الأصل على الحرمة حتى يتحقق شرط الحلّ من الذكاة فلم يصادف الاجتهاد في هذه المواضع محالّه، لأن ردّه فيما يجتهده إلى أصله يوجب الحرمة لا الحلّ، بخلاف مسألتنا، فإن الماء في الأصل خُلِقَ طهورًا والتحري [١٤/ب] ردّ له إلى أصله؛ فقد صادف الاجتهاد محله.

وإنما اعتبر الأصحاب هذا، لأن دليل العمل غالب الظن، ولا يوجد غالب الظن إلا باعتضاد ما يقع في القلب من طهارة الإناء بأصله الذي خُلِقَ عليه، وهذا كما في سائر المجتهدات، فإنه ما من حادثةٍ إلا ولله تعالى فيها حكم، وعلى ذلك الحكم شبه مغلّب للظن؛ فإذا اجتهد المجتهد يقوى اجتهاده فيما يؤدي إليه بأصله في الوضع الإلهي في الحوادث، فيوجد قوة الظن من هذا الوجه فيفيد حكمه من العمل الواجب به. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

المتيمم إذا رأى الماء في خلال صلاته فإنه لا يبطل صلاته ولا تيممه ويمضي فيها عندنا[1].

وعندهم: يبطل تيممه وصلاته ويلزمه التوضؤ والاستئناف[2]، وهو اختيار المزني[3]، وابن سريج[4].

❖ لنا:

إن الله تعالى قال: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ﴾[5] وهو معطوف على

---

(١) المجموع: ٢/٣١٩، النكت ورقة ١٤/ب، الأم: ١/٤١.
وبه قال مالك وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وداود وهو رواية عن الإمام أحمد.
المغني: ١/٣٤٧، الإشراف للبغدادي: ١/٣٢، الجامع لأحكام القرآن: ٥/٢٣٥.

(٢) بدائع الصنائع: ١/٢٠٩، الأسرار لأبي زيد: ١/١٥٥/أ، رؤوس المسائل: ١١٨، تأسيس النظر لأبي زيد: ١١١.
وهو رواية عن الإمام أحمد، وهو المشهور في المذهب عند أصحابه، المغني: ١/٣٤٧.

(٣) المجموع: ٢/٣١٩، مختصر المزني مع الأم: ١/٣١.
المزني: إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق، أبو إبراهيم، ناصر المذهب وبدر سمائه، حدّث عن الشافعي ونعيم بن حماد وغيرهما، روى عنه ابن خزيمة والطحاوي. وقال الشافعي فيه: لو ناظره الشيطان لغلبه، توفي سنة ٢٦٤هـ، طبقات الشافعية للسبكي: ٢/٩٣ ـ ١٠٩.

(٤) المجموع: ٢/٣١٩.
ابن سريج: أحمد بن عمر بن سريج القاضي، أبو العباس البغدادي؛ شيخ المذهب وحامل لوائه، والبدر المشرق في سمائه، تفقه على أبي القاسم الأنماطي، روى عنه أبو القاسم الطبراني الحافظ. طبقات الشافعية للسبكي: ٣/٢١ ـ ٣٩.

(٥) سورة المائدة، آية (٦).

قوله: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا قُمۡتُمۡ إِلَى ٱلصَّلَوٰةِ فَٱغۡسِلُواْ وُجُوهَكُمۡ﴾.

ومعناه: فلم تجدوا ماءً فتيمموا للقيام إلى الصلاة، فقد جعل عدم الماء شرط التيمم للقيام إلى الصلاة، وقد فعل التيمم مع وجود شرطه المشروط له، وهو عدم الماء، وإذا تَمّ المأمور به بشرطه فلا يعتبر بعد ذلك قيام الشرط كسائر الأفعال إذا تَمّت بشروطها لم يعتبر بعد ذلك قيام الشرط، كذلك ههنا.

فإن قالوا: فَلِمَ يجب التوضؤ لصلاة أخرى؟

قلنا: لأن الله تعالى جعل القيام إلى الصلاة بالتيمم مشروطًا بعدم الماء، وقد قام إلى الصلاة الثانية بالتيمم والشرط مفقود فلم يجز.

فأما الصلاة الأولى فقد قام إليها بالتيمم مع وجود شرطه، والمأمور به إذا استوفى شرطه لم يعتبر بعد ذلك بقاء الشرط، وهذه طريقة في غاية المتانة، وسنذكر ما يتكلمون عليه في حجتهم.

وقد اعتمد في الفقه عامة الأصحاب طريقة أخرى: وهي أنه غير قادر على استعمال الماء لحُرمة الصلاة، فإن الصلاة مانعة من كل ما ينافيها وهي منافيةٌ لفعل الوضوء، ألا ترى أنه لو فعلها تبطل صلاته فتصير حُرمة الصلاة مانعةً منها وإذا كانت القُدرة معدومة حكمًا على هذا الوجه وجب المضي في صلاته كما لو وجد الماء وبينه وبين الماء حائل من سَبُعٍ أو غيره.

والطريق الأولى أحسن وأصبر على المحك وسيظهر من بعد.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: وجد الماء المقدور على استعماله فينتقض تيممه كما قبل الشروع

في الصلاة، أما الوجود فظاهر، وأما دليل القدرة هو أنه قادر على استعماله حسًّا وحقيقة، فلو انعدم انعدم حكمًا، ولابد من دليل على العدم حكمًا، ولا دليل على العدم حكمًا، لأن نهاية ما في الباب أن يُنسب هذا المعنى إلى حُرمة الصلاة فيقال: إن استعمال الماء يؤدي إلى هتك حُرمة الصلاة فتنتصب الصلاة مانعة منه، وحُرمة الصلاة غير مانعة من الاستعمال لأنه يستعمل الماء ليقيم حُرمة الصلاة، فلا يؤدي إلى الهتك وهذا (لأن الصلاة ما شُرِعت إلا بالطهارة، والأصل هو الطهارة بالماء وهو يحصل حقيقة به، وإنما نُقِلَ إلى التيمم بعذرٍ فيكون إفساد الصلاة في هذه الصورة لأدائها بالماء أداء الصلاة بالطهارة الحقيقة على سبيل الكمال، فيكون تحته إقامة لحُرمة الصلاة على الحقيقة لا إفسادًا)[1].

(ألا ترى أنه إذا وجد الثوب وهو يصلي عاريًا، والثوب بعيد منه تبطل صلاته ويستأنف بالثوب[2]، لأن فيه أداء الصلاة بسترٍ على الكمال، ولا يجعل القدرة على لبس الثوب بمنزلة العدم لحُرمة الصلاة، وكذلك لو خاف فواتَ وقتِ الصلاة لو توضأ لا يجوز له التيمم وإن انتقض بالقضاء، لأن فيه قضاء بوضوء، والتفاوت الذي بين الأداء والقضاء فوق التفاوت الذي بين المضي في الصلاة والإفساد، ثم الأداء في الوقت، فلما لم يجعل ذلك التفاوت عذرًا فهذا أولى، وكذلك مَنْ شرع في الفرض ثم أقيمت الصلاة يقطع الفرض ليؤديه بالجماعة وأصل الجماعة سُنَّة، والطهارة بالماء في مسألتنا فريضة، فثبت أن وجود الماء قد حصل ولم يصر عادمًا له حكمًا من

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار لأبي زيد: ٥٥/ب.
(٢) عند الحنفية: ينظر: تأسيس النظر للدبوسي: ١١٢.

الوجه الذي قلتم فخرج التيمم من أن يكون طهارة لفوات شرطه فتبطل صلاته كما لو أحدث)[1].

قالوا: وليس كما لو كان التيمم في صلاة الجنازة فرأى الماء وهو يخاف فوتها لو اشتغل بالوضوء حيث يمضي فيها.

لأن عندنا صلاة الجنازة لا تُقضى[2]، فلو أفسدناها فاتته الصلاة [١٥/أ] أصلا، والماء يجب استعماله لا لعينه بل للصلاة، فإذا كان لا يفيد في حق الصلاة لفواتها أصلًا صار عادمًا للماء في حق تلك الصلاة وإن وجد حسًّا[3] بخلاف مسألتنا.

قالوا: وأما إذا كان يصلي بالتيمم فوجد سؤر الحمار، فإنه يمضي في صلاته ثم يتوضأ بسؤر الحمار ويعيد الصلاة[3]، ويصير في المعنى كأنه جمع بين التيمم وسؤر الحمار في الابتداء، وإنما عمل كذلك لأن سؤر الحمار طهور بالشّك، وقد شَرَعَ في صلاة بطهارة فلا يخرج بالشّك كما في الابتداء لا يدخل بشكٍ بل يجمع ليزول الشّك، كذلك ههنا لا يخرج بالشك بل يمضي ثم يتوضأ ويعيد الصلاة ليزول الشك ههنا.

قالوا: وليس كما لو وجد الماء بزيادةٍ على ثمن المثل حيث يُجعلُ الوجود كالعدم (لأن قدر الزيادة يذهب بلا عوضٍ، ولذا اعتبرت المحاباة بالهبات في باب التصرفات، وللمال حُرمة وإن قَلَّ، فكان له ألا يبذله جُزافًا

---

(١) ما بين القوسين نقلًا عن الأسرار: ٥٦/ب (ببعض التصرف).
(٢) الأسرار لأبي زيد: ٥٧/أ.
(٣) الأسرار لأبي زيد: ٥٣/أ، بدائع الصنائع: ١/٢٢٦.

بلا عوض، فإذا لم يصل إلى الماء إلا ببذله يصير عادمًا للماء حكمًا.

ألا ترى أنه إذا كان عريانًا ووجد الثوب بزيادة ثمنٍ على ثمن المثل يصلي عريان وبمثله في مسألتنا لو كان يصلي عريان ووجد الثوب ولا يمكنه لِبسُه إلا بقطع الصلاة قَطَعَ الصلاة)[١].

وحرفهم في هذه الطريقة: أن أداء الصلاة لا يصح إلا بشرط الطهارة وقد فاتت الطهارة فلم يجز المضي، لأنه بالمضي يؤدي الصلاة بلا طهارة فلا يجوز.

قالوا: فإن قلتم إذا رأى الماء في تضاعيف الصلاة فَلِمَ لا يبنى مثل ما إذا سَبَقَه الحَدَث يَبْني على صلاته؟.

(قال: لأن رؤية الماء ليست بحَدَثٍ لعينه، ولكنه إذا رآه خَرَجَ الصعيدُ من أن يكون طهورًا فتبطل الطهارة بالصعيد مستندًا إلى أول الاستعمال حتى يكون جُنبًا إن كان تيمم من جنابةٍ ومحْدِثًا إن كان تيمم من حَدَثٍ وإذا استند إلى أول الصلاة امتنع البناء إلا أن الفساد يظهر في حق الصلاة القائمة دون الصلاة التي فَرَغَ منها وسلّمها إلى الله تعالى.

وأما إذا سَبَقَه الحدثُ فإنه تنقطع الطهارة في الحال ولا يستند فلا يصير ما مضى من الأداء أداءً بحدثٍ بحالٍ فأمكنه البناء على جزءٍ مضى على الصحة بدليل شرعي يقوم عليه)[٢].

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار (ببعض التصرف). ينظر: الأسرار: ٥٦/أ.
(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار (ببعض التصرف). ينظر: الأسرار: ٥٦/ب.

قالوا: ونظير رؤية الماء في خلال الصلاة انقضاء مدة المسح في خلال الصلاة فإنه تبطل صلاته فلا يجوز له المضي، ويجب عليه الاستئناف، كذلك ههنا.

(قالوا: وأما قولكم في الابتداء أن البدل شُرِعَ لصحة الشروع في الصلاة وقد صح بشرطه فلا يعتبر دوام الشرط من بعدُ.

قال: التيمم ما شُرِعَ للشروع فحسب بل شُرِعَ للشروع والأداء جميعًا، ولو قيل الأداء فحسب فهو صحيح إلا أنه شُرِطَ للشروع، لأن الافتتاح لا يوجد إلا مُتصلًا بالأداء فَشَرَطَ له شروط الأداء، وإذا كان البدل مشروعًا للأداء ولم يتم الأداء بعدُ اعتبر قيام الشرط ليبقى البدل مشروعًا فإذا سقط وجود الأصل لم يصح الأداء بعده)[١].

وحرف الاعتراض: أن الأداء لا يصح إلا ببدلٍ مشروطٍ بقيام عدم الماء فإذا وجد الماء فات وبطل الأداء.

(قال: وليس كما لو وجد هديَ التمتع بعد صوم الثلاثة قبل السبعة حيث لا يعود إليه، لأن الهَدي ليس بنُسكٍ مقصودٍ بل هو مشروع للتحلل وبصوم الثلاث قد حصل التحلل فسقط الرجوع إلى الهدي، لأنه لما تحلل وقد كان وَجَبَ التحلل عليه فسقط وجوبه كما لا تجب الطهارة إلا للصلاة، وههنا الطهارة بالماء مشروعة للحاجة إلى أداء الصلاة والحاجة باقية على ما مرّ)[٢].

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار (ببعض التصرف). ينظر: الأسرار: ٥٦/ب.
(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار (ببعض التصرف). ينظر: الأسرار: ٥٦/ب.

❁ **الجواب:**

أما الطريقة الأولى فهي أمتن الطريقتين، ووجه تمشيتها ودفع اعتراضهم عليها: أن الصلاة مشروطة بالطهارة، والطهارة بالتراب مشروطة بعدم الماء وقد أتى بالتيمم مقارنًا بشرطه المشروط فيه فلا يعتبر بعد ذلك قيام العدم، لأن الشرائط متى عملت عملها لم يعتبر وجودها من بعدُ.

وعلى هذا نقول: إذا وُجِدَ الماء قبل الشروع في الصلاة يبطل تيممه لا لأنا جعلنا قيام العدم شرطًا لازمًا لبقاء التيمم بل إنما أبطلنا تيممه وأمرناه بالوضوء بدليل مستخرجٍ من نص الكتاب وهو أن الله تعالى قال: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ﴾[1].

[١٥/ب] وقد بينّا أن المعنى: فتيمموا للقيام إلى الصلاة، والمراد من القيام هو الشروع فقد جعل عدم الماء شرطًا للشروع في الصلاة بالتيمم فإذا كان الماء موجودًا فُقِدَ الشرط المشروع، وهذا لا يوجد في أثناء الصلاة فرجعنا إلى الأصل الممهد في الشرع وهو أن الشيء إذا تَمّ بشرطه لا يعتبر قيام الشرط من بعدُ.

فأما قولهم: «إن هذا الشرط للشروع والأداء جميعًا».

قلنا: ظاهر النص لا يُترك، وقد جعله الله تعالى شرط الشروع ثم نقول: إن أداء الصلاة مشروطة بالطهارة وهو عند المضي في مسألتنا مؤدٍ[2] للصلاة

(١) سورة المائدة، آية (٦).

(٢) في المخطوط: مؤدي.

بطهارة «وهو طهارة التيمم غير أن هذه الطهارة لها شرط وقد فعلها بشرطها، وقيام الدليل عند الشروع اعتبرناه بالدليل المستخرج من النص على ما سبق فلم يعتبر فيما وراء الشرع وصَحّ الأداء لأنه أداء بطهارة» وقد تمت بشرطها، هذا هو نهاية هذه الطريقة.

وخرّج على هذه الطريقة فصل العاري، لأن الستر شرط الصلاة ولا ستر مع القُدرة، وههنا الطهارة شرط، والطهارة موجودة إلا أنها بالتراب، وكذلك إذا أحدث في خلال الصلاة فقد فاتت الطهارة، وكذلك إذا مضت مدة المسح فقد ظهر الحَدَث القائم في الرّجل.

فإن قالوا: وههنا إذا رأى الماء فقد ظهر الحَدَث السابق الذي تيمم له.

قلنا: لا يظهر، لأنه لو ظهر يظهر باعتبار شرط قيام عدم الماء بجواز التيمم، وقد بينا أنه غير معتبر.

وأما المسح فرخصة موقوتة بالنص فإنه ما وَرَدَ إلا كذلك.

فإن قالوا: وهذا أيضًا موقوت بوجود الماء.

قلنا: لا، فإن الله تعالى قال: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ﴾ أطلق إطلاقًا فهو طهارة صحيحة مطلقة عند وجود شرطها وبطلانه عند رؤية الماء لصلاة أخرى بدليل آخر على ما سبق ولابد من تمشية هذه الطريقة من فضل قوةٍ في الجدال، والله الموفق بمنّه.

أما الطريقة الثانية: فغاية ما يمكن الجواب عن اعتراضهم أن ندّعي أن الطهارة بالتيمم والوضوء واحد والصلاة بهما على صفة الكمال ولا تفاوت

بين الصلاة بالوضوء والصلاة بالتيمم بوجهٍ ما إلا أن الماء طهور في حال والتراب طهور في حال، وإذا كان الأمر هكذا فيصير إفساد هذه الصلاة للوصول إلى صلاة أخرى لا زيادة ولا تفاوت فتصير حُرمة الصلاة مانعة منه، وعلى هذا ينبغي أن ندَّعي التيمم يرفع الحدث في حق الصلاة المؤداة مثل الوضوء سواء.

وأما فصل العاري إذا وجد الثوب وبينهما مسافة فقد مُنِعَ في وجهٍ بعيدٍ، وعلى أن نفس اللبس غير مناف[1] للصلاة بدليل أنه لو كان قريبًا منه يلبس ويمضي في صلاته فتتحقق القُدرة بخلاف مسألتنا، فإن نفس الوضوء منافٍ[1] للصلاة فتصير الصلاة مانعة منه.

وأما الحَدَث المعترض في خلال الصلاة، فإنما أفسد الصلاة لأنه مبطلٌ للصلاة لعينه، فإذا وُجِدَ عينه فلابد من إبطاله للصلاة. وأما رؤية الماء يبطل الصلاة بواسطة القُدرة على استعماله ولم يوجد، وكذلك مسألة انقضاء مدة المسح يخرج على هذا الأصل، فإنه إذا انقضت المدة وظهر الرّجل فثَمَّ حَدَث قائم في الرّجل فصارت كنفس الحدث وهم يدّعون هكذا في مسألتنا.

❁ **والجواب:**

لا يمكن إلا بدعوى رفع الحدث بالتيمم على الإطلاق في حق الصلاة بخلاف مسح الخف وهو في نهاية الصعوبة.

وقد تمسك المزني أيضًا بفصل العدة وهو إذا قدرت على الأقراء في

---

(١) في المخطوط: منافي.

خلال الشهور[1]، وليس يرد هذا على الطريقة الأولى، وعلى الطريقة الثانية مانع من المصير إلى الأقراء بخلاف مسألتنا على ما سبق بيانه. والله أعلم بالصواب.



❋ (مَسْأَلَة):

إذا كان عند المسافر من الماء ما يكفي لبعض أعضائه لزمه استعماله ثم يتيمم للباقي على أحد قولي الشافعي[2].

وعندهم: يتيمم، ولا يلزمه استعماله[3]، وهو القول الثاني[4]، واختيار المزني[5].

لنا:

إنه مأمور بتحصيل الطهارة في الأعضاء الأربعة، وقد قدر على تحصيل

---

(١) قال في المختصر: «إن عدة مَنْ لم تحض الشهور، فإن اعتدَّت بها إلا يومًا ثم حاضت، أن الشهور تنتقض لوجود الحيض في بعض الطهر، فكذلك التيمم ينتقض، وإن كان في الصلاة وجود الماء كما ينتقض طهر المتوضيء وإن كان في الصلاة إذا كان الحدث». اهـ.
ينظر: مختصر المزني مع الأم: ٣٢/١، ٣٣.

(٢) النكت ورقة ١٦/ب، مختصر المزني: ٣٦/١ مع الأم، الأم: ٤٢/١ وبه قال الحنابلة. المغني: ٣١٤/١.

(٣) أحكام القرآن للجصاص: ٣٧٤/١، رؤوس المسائل: ١١٥، المبسوط: ١١٣/١، الأسرار ورقة ٥١/ب.
وهو قول المالكية، الإشراف للبغدادي: ٣٥/١.

(٤) النكت ورقة ١٦/ب، مختصر المزني: ٣٧/١ مع الأم. الأم: ٤٢/١.

(٥) مختصر المزني: ٣٧/١ مع الأم.

بعضها فتجب عليه، كما لو كان عليه نجاسة في أعضائه فوجد من الماء ما يغسل به بعض النجاسة لزمه بقدره، وكذلك لو كانت عورته مكشوفة فوجد من الساتر ما يستر به بعض العورة.

ومن غير هذا الباب إذا وجد المضطر من الطعام بعض ما يَسدُّ به [١٦/أ] رمقه لزمه تناوله ثم يعدل إلى الميتة، وهذا لأن مَنْ لزمه فعل شيء فإذا قدر على البعض وعجز عن البعض يلزمه بقدر المقدور عليه وسقط بقدر المعجوز عنه.

والحرف: أن عمل العلة لا يتعدى من محل العلة إلى غير محل العلة، فكذلك عمل العجز لا يتعدى عن محله إلى غير محله، وهذا ظاهر، وإنما الشأن في إثبات قولنا «أنه قدر على تحصيل بعض الطهارة»، وإنما قلنا ذلك، لأن الطهارة عن الحدث بغسل الأعضاء الأربعة، فكلما غسل عضوًا زال الحدث عنه، وحُكِمَ بطهارته، وهذا لأن الغسل المعقول أمر حسي وله عمل شرعي من زوال الحدث فإذا وُجِدَ الفعل الحسي يتبعه الحكم الشرعي ولم يتخلف عنه مثل ما لو كان التابع حسيًا أيضًا، فإنه يتبعه ولا يتخلف عنه، وذلك في مسألة إزالة النجاسة وستر العورة التي قدمناها فثبت ما أدعيناه من قُدرته على تحصيل الطهارة في بعض الأعضاء فإذا ثبت القُدرة ثبت الأمر فوجب ألا يعدل إلى التيمم إلا بعد العجز.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: «عدم الطهور في طهارة الصلاة فوجب أن يعدل إلى التيمم.

دليله: إذا لم يكن عنده شيء من الماء، وإنما قلنا ذلك لأن طهارة

الصلاة طهارة حكمية.

ومعنى قولنا: «حكمية» هو أنها لا تُعرف إلا بالحكم وهو تحليل الصلاة، فإذا لم تكن محللة للصلاة لا تكون طهارة، وغسل بعض الأعضاء لا يكون محللة للصلاة فلا يكون طهارة، فثبت أنه عَدِمَ الطهور لطهارة الصلاة.

يبينه: أن غسل الأعضاء الأربعة علة واحدة لإفادة الصلاة، وبعض العلة لا عَمَلَ له بدليل بعض علة الربا»[1].

دليله: إذا وجد بعض الرقبة يلزمه فعل الصوم، ولا يجب عليه إعتاق هذا البعض[2] والمسألة مشكلة.

قالوا: ولا يلزم مسألة إزالة النجاسة وستر العورة، لأنه أمر حسي فلابد من وجود ما باشره حسًّا بقدرة من زوال النجاسة وستر العورة لأنه أمر حسي، وفي مسألنا حصول الطهارة حكم، فلابد من وجود تمام العلة ليحصل الحكم المبني عليه.

قالوا: والدليل على أنه لم يحصل شيء من الطهارة أنه لا يفيد حكمًا ما، وكيف يتصوّر وجود طهارة حكمية خالية من كل حكم؟.

قالوا: ولا يلزم إذا كان عنده سؤر الحمار حيث يلزمه التوضؤ به عندنا[3]، لأنه لم يعدم الطهور بيقين؛ لأنه يجوز أنه طهور، وفي مسألتنا عَدِمَ الطهور بيقين.

---

(١) نقلًا من الأسرار (ببعض التصرف) ورقة ٥١/ب.
(٢) أحكام القرآن للجصاص: ١/٣٧٦.
(٣) الأسرار ورقة ٥٣/أ.

۞ **الجواب:**

أن قولهم: عَدِمَ الطهور في طهارة الصلاة.

ممنوع على الإطلاق بل نقول: وجد الطهور في بعض الطهارة على ما سبق بيانه.

وقولهم: «إن هذه الطهارة حكمية».

قلنا: حكم مبني على فعل محسوس وهو غَسل الأعضاء.

وقولهم: «محللة للصلاة».

قلنا: نعم، ولكن عند تمامها وكمالها، فأما قبل التمام والكمال فيوجد بقدر ما حصله ولا يفيد حل الصلاة إلا بعد تمامها وكمالها مثل ما لو شهد شاهد عند الحاكم فهو شهادة لكن لا يفيد حكمًا إلا بعد تمامها وكمالها، فإن أمكنه أن يتمها بالماء فَعَلَ، وإلا فعدل إلى التيمم فيها ونزّل إتمام الطهارة منزلة أصل الطهارة في الماء والتراب عند وجوده وعدمه.

وأما مسألة الرقبة فقد فرّق بعض أصحابنا بصورة النص فإن الله تعالى قال في شأن الكفارة: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ﴾[1] يعني رقبة، وبعض الرقبة لا يكون رقبة.

وأما في مسألتنا فالنص قوله: ﴿فَلَمْ تَجِدُواْ مَآءً﴾[2] والموجود ماء.

(١) سورة النساء، آية (٩٢).

(٢) سورة النساء، آية (٤٣).

قالوا: المراد منه الماء الذي يحصل به غَسل الأعضاء الأربعة، لأن هذا اللفظ مسنون على ما سبق والمراد من السابق هذا.

قلنا: المراد من أول الخطاب الماء الذي يحصل به غَسل الأعضاء الأربعة عند القُدرة عليها وما يغسل به البعض أيضًا إذا لم يقدر إلا على ذلك لما بينا أن الأمر إذا تناول مجموع أشياء ما يقدر عليه من ذلك يلزمه الإتيان به والعجز عن الباقي لا يسقطه، وأيضًا فإن العتق عن الكفارة محض حكم؛ لأنه تكفير فلا يحصل شيء منه إلا بظهور حكمه.

وأما الوضوء حكم مبني على فعل محسوس فبقدر ما يوجد من الفعل المحسوس يبتنى عليه المحكوم، كما نقول في إزالة النجاسة وستر العورة.

لهذا لو أعتق نصفي رقبة لا يجوز، ولو غَسل [١٦/ب] ههنا بعض الأعضاء وأعوز الماء الباقي ثم وجده من بعدُ بنى على ما فعله مثل(١) قبل ولا يستأنف الوضوء.

ويمكن أن يقال في الجواب عن أصل الطريقة: أن الطهارة معنىً يحتاط فيها شرعًا فإذا قدر منها على بعض ما لو تم يفيد الحكم الشرعي من الطهارة المحللة للصلاة ويلحق بالكل في تناول الأمر إياه في لزوم الفعل ليظهر الاحتياط المشروع فيها فعلًا.

ونظيره القَدَح الواحد الذي لا يُسكر من الخمر مُلحق بالعدد منه احتياطًا للتحريم المشروع فيه، لأنه في الشرع مبني على الاحتياط.

---

(١) كذا في المخطوط ولعله: من.

وعلى هذا خرج فصل الرقبة، لأن التكفير لم يبن على الاحتياط في تحصيله ليلحق البعض منه عند القُدرة عليه بكله في لزوم فعله، هذا غاية الإمكان في الجواب عن فصل الرقبة، ولم نستعدِ في هذه المسألة بما أورده الأصحاب من المجروح في بعض أعضائه لأن مذهبهم في ذلك أن الواجب هو التيمم إذا كان الجرح بأكثر أعضائه[1]، والواجب هو التطهير بالماء إذا كان الجرح بأقل أعضائه[1]، ولا يثبتون الجمع بين التيمم والوضوء بحال.

وأما قولهم: «إن ما قلتم يؤدي إلى الجمع بين البدل والمبدل».

قلنا: لا، لأنا نثبت التيمم في محل الغسل ولا نثبت الغسل في محل التيمم فلا جمع، وإذا لم يتحد المحل لم يقع المنع، كما لو توضأ وَسَبَقَه الحَدَث في خلال الصلاة فلم يجد الماء يتيمم عندهم، وقد جمع بين الأصل والبدل ولكن لا في محلٍ واحدٍ فلم يمنع منه، كذلك ههنا. والله أعلم.



(١) المبسوط: ١/١٢٢.

※ (مَسْأَلة):

إذا نسي الماء في رحله وتيمم وصلى ثم ذكره أعاد عندنا[1].

وعندهم: لا يعيد[2]، إلا أبا يوسف[3] فإنه وافقنا فيما قلناه.

❖ لنا:

إن التيمم أخطأ محله فلم يصح، وإنما قلنا «إنه أخطأ محله»، لأن محل التيمم حال عدم الماء بنص الكتاب، وهذا واجد للماء حقيقةً وحكمًا.

أما الحقيقة فلأنه واجد قبل النسيان فإذا نسي لا يصير عادمًا، لأن النسيان لا ينافي الوجود، وإنما ينافي الذكر فيكون واجدًا ناسيًا.

يبينه: أن رحله في يده والماء في رحله، فيكون الماء في يده، فكيف يُتصور أن يقال هو عادم لشيءٍ هو في يده وقبضه؟

أما الحكم، فلأنه وجد على الماء عَلَم ظاهر وهو علمه برحله، ورحل

---

(١) الأم: ١/٤٠، مختصر المزني مع الأم: ١/٣٨.
قال النووي في المجموع: وهو الصحيح في مذهبنا وهو القول الجديد. المجموع: ٢/٢٦٧، ٢٧٠، وهي رواية أهل المدينة عن الإمام مالك، وهو المذهب عند الحنابلة، الإشراف للبغدادي: ١/٣٨، الإنصاف: ١/٢٧٨، المغني: ١/٣١٨.

(٢) الأسرار لأبي زيد: ١/٢١/أ، نسخة مراد ملا، مختلف الرواية ورقة ٧/أ، رؤوس المسائل: ١١٨، المبسوط: ١/١٢١، أحكام القرآن للجصاص: ٢/٣٧٦.
وهو القول القديم للشافعي رواه عنه أبو ثور. المجموع: ٢/٢٦٧، وهي رواية المصريين عن الإمام مالك، الإشراف للبغدادي: ١/٣٨، وهي رواية عن الإمام أحمد الإنصاف: ١/٢٧٨.

(٣) الأسرار لأبي زيد: ١/٢١/أ نسخة مراد ملا.
المبسوط: ١/١٢١، أحكام القرآن للجصاص: ٢/٣٧٦، مختلف الرواية ورقة ٧/أ.

المسافر قلَّما يخلو عن الماء، وإن خلا فهو نادر، وكما لو نزل المسافر بجنب قريةٍ عامرةٍ لا يجوز له التيمم؛ لأن القرية قلَّما تخلو عن الماء فلا يجوز أن يُجعل عادمًا للماء والحالة هذه، كذلك ههنا.

وإذا ثبت ما قلناه من وجود الماء فنقول: التيمم صحَّ في الظاهر، لأنه ظن أنه عادم للماء، ولم يصح حقيقةً، لأنه غير عادم له حقيقة وقد تبيّن ذلك فيلزمه الإعادة، كما لو كان عنده رقبة وهو ناسٍ[1] لها فصام ثم ذكر الرقبة يلزمه اعتاقها، وكذلك إذا كان ثوبًا وهو ناسٍ[2] له فصلى عاريًا ثم ذكر يجب عليه الإعادة.

وكذلك إذا ظن أنه على الوضوء فصلى ثم تبين أنه ليس على الوضوء، والأمثلة تكثر.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: عاجز عن استعمال الماء فيجوز له التيمم، كما لو كان يخاف العطش، والدليل على أنه عاجز أن القُدرة لا تكون إلا بالوصول إلى الماء ولا يُتصور الوصول إلا بالذكْر، فدل أنه عاجز، وربما يقولون: النسيان حائل بينه وبين الماء، فصار كما لو كان حائل من سَبُعٍ أو غيره.

قالوا: وأما «قولكم إنه واجد للماء» نسلّم الوجود، إنما ندَّعي العجز عن الاستعمال مع الوجود، كما يعجز عند خوف العطش بل العجز في مسألتنا فوق العجز بالعطش.

---

(١) في المخطوط: ناسي.

(٢) في المخطوط: ناسي.

وأما قولكم: «إنه وُجِدَ عَلَم ظاهر على الماء».

قلنا: ذلك الظاهر قابله ظاهر آخر، وهو أن ما يكون في رحله يكون بعلمه ووضعه، فلو كان فيه ماء لم يخف عليه، وإذا تقابل الظاهران سقطا وبقي ما قلنا إنه عاجز عن استعمال الماء.

وأما فصل نسيان الرقبة ونسيان الثوب فقد منعوا المسألتين.

واعتذر أبو زيد عن فصل الرقبة وقال: تفسير الوجود في الرقبة هو الملك(١).

ألا ترى أن السيد إذا قال لعبده الذي عليه كفارة الظهار أو القتل: اعتق هذا العبد عن كفارتك لا يجوز، وإن وجد الرقبة لأنه لا مِلك له.

وأما تفسير الوجود في الماء هو القدرة بدليل أنه لا يعتبر ملكه، ولو بَذَلَ له الغير ماء من غير تملكٍ لم يجز له التيمم.

قال: وأما إذا نسي الطهارة أصلًا فلأن الطهارة شرط الصلاة ولا...(٢) [١٧/أ] في إسقاط هذا الشرط أصلًا.

وأما في مسألتنا جواز التيمم لا يؤدي إلى أصل الطهارة، لأنه إن لم يوجد الوضوء فقد وُجِدَ التيمم.

الجواب:

أما قولهم: «إنه عاجز عن استعمال الماء».

---

(١) الأسرار لأبي زيد: ١/٢١/أ مراد ملا.

(٢) في المخطوط بياض.

قلنا: أيش تعنون بهذا؟ إن عنيتم به من حيث الظاهر، فمسلّم، وإن عنيتم من حيث الحقيقة فليس كذلك؛ لأنه قادر على الماء حقيقة، لأن القدرة هو التمكن وإذا كان الماء في رحله فهو متمكن منه لأنه متمكن من رحله فيكون متمكنًا من الذي يشتمل عليه رحله وإذا كان قادرًا حقيقة، عاجزًا من حيث الظاهر، والعجز الظاهر من غير حقيقة لا ينتصب علة من جواز الانتقال إلى التيمم، وعلى أنّا قد بيّنا أنه وُجِدَ عَلَمٌ ظاهر على الوجود، وذلك عَلَم على الوجود والقُدرة جميعًا.

وقولهم: «إنه قد قابله ظاهر آخر».

قلنا: والظاهر الذي قلتم قابله ظاهر آخر، وهو أن الماء الذي في رحله وإن كان الظاهر أنه يكون بوضعه وعلمه، ولكن الإنسان تعتريه الغفلة والنسيان فيغفل عن الشيء، ثم ينتبه، وينسى الشيء ثم يذكره، فينبغي أن يُحمل أمره على هذا، ويطلب الماء في رحله ويفتشه حتى يعثر عليه وخرج على ما قلناه إذا كان على رأس بئر مطموم وليس عليه أثر، تيمم ثم إنه وَجَدَ، وكذلك إذا ضلّ رحله بين الرّحال يُخرّج على ما قدمنا إن سَلمنا. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

لا يحل وطء الحائض بمجرد انقطاع الدم، وإذا كان لأكثر مدة الحيض حتى تغتسل عندنا[١].

وعندهم: يحل وطؤُها بدون الاغتسال في هذه الصورة[٢].

قالوا: ولو انقطع الدم لأقل من أكثر الحيض لم يحل الوطء قبل الاغتسال أو مضي وقت الصلاة»[٣].

❖ لنا:

قوله تعالى: ﴿فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ﴾[٤].

وقوله: ﴿فَإِذَا تَطَهَّرْنَ﴾ معناه فاغتسلن، وقد قرئ «حتى تطّهرن» بالتشديد[٥]. وهو صريح في الاغتسال[٦] بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ

---

(١) النكت ورقة ٢٢/ب.

وهو قول المالكية والحنابلة. أحكام القرآن لابن العربي: ١/١٦٥، الإشراف للبغدادي: ١/٥٥، المغني: ١/٤١٩.

(٢) رؤوس المسائل: ١٢٨، مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٤٠، فتح القدير: ١/١٧٠.

(٣) مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٤٠، المبسوط: ٣/٢٠٨، بداية المبتدئ مع فتح القدير: ١/١٧٠.

أكثر الحيض عشرة أيام عند الحنفية وأقله ثلاثة أيام.

أحكام القرآن للجصاص: ١/٣٣٨.

(٤) سورة البقرة، آية (٢٢٢).

(٥) أحكام القرآن لابن العربي: ١/١٦٥، تفسير الطبري: ٢/٣٨٥.

(٦) تفسير الطبري: ٢/٣٨٥، وهو اختيار ابن جرير الطبري في تفسيره.

جُنُبًا فَٱطَّهَّرُواْ﴾[1] أي اغتسلوا، فعدمُه التحريمُ إلى حالة الاغتسال فلا يحل قبله، والاعتماد على الآية، ولا تأويل لهم لقوله: ﴿حَتَّىٰ يَطَّهُرْنَ﴾ بالتشديد، لأنه لا يحتمل سوى الاغتسال إلا أنهم ربما يقولون: يحتمل أن يكون المراد به حال انقطاع الدم لأقل من أكثر الحيض وهو تأويل ضعيف، لأن الآية لم تتعرض بحالة دون حالة فيجب إجراؤها على ما يقتضيه إطلاقها حتى يقوم دليل قطعي يوجب خلافه، وعلى أنهم لا يقولون بهذا التأويل فإن عندهم: لا يقف حل الوطء على الاغتسال وإن كان الانقطاع لأقل من أكثر الحيض فإنهم قالوا: لو مضى عليها وقت الصلاة حل وطؤها ولا اغتسال في هذه الصورة، ولا مجال للمعنى في المسألة سوى أن يقال: إن حَدَثَ الحيض قائم بعد الانقطاع إلى أن تغتسل وهو أثر من آثاره فيعمل أثر الحيض عمل نفسه فيما بُني أمره على الاحتياط كالعِدَّة تعمل عمل النكاح في تحريم العقد، والاعتماد على الآية.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: انقطع الحيض عنها بيقين فحلَّ للزوج وطؤها.

دليله: إذا اغتسلت ولا إشكال في انقطاع الحيض بيقين، بدليل أنه لو عاودها الدم يكون استحاضة[2] ولا يكون حيضًا.

وأما وجه التأثير فهو في غاية الظهور، لأن المحرَّم نفس الحيض، وهو

---

(١) سورة المائدة، آية (٦)، أحكام القرآن لابن العربي: ١/١٦٥.

(٢) في حاشية المخطوطة: الاستحاضة الدم الذي يجري دائمًا، ولا يكون حيضًا مثل إدرار البول.

آيلٌ إلى الارتفاع والزوال، فإذا زال المحرم وجب أن يزول التحريم، لأن زوال العلة يوجب زوال المعلول، كما لو اغتسل[1] مع الانقطاع فإنه ليس لزوال التحريم هاهنا سبب سوى زوال الحيض، وربما عبَّروا عن هذا، وقالوا: إن التحريم بالأذى، قال الله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِۖ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ﴾[2] وقد زال الأذى بالانقطاع، وإنما بقي مجرد الحدث وهو غير مانعٍ من الوطء بدليل حَدَث الجنابة.

وخرج على هذا استباحة الصلاة ومسّ المصحف وغيره، لأن الحدث مانع منه بدليل حَدَث الجنابة.

أما الوطء فنفس الحيض مانع منه؛ لأن الجنابة ونفس الحيض قد زالا.

قالوا: وأما قولكم: «انقطع الدم لأقل من أكثر الحيض» فلم يزل الحيض بيقين لجواز أن يعود الدم فَضَعُفَ الطهر عن الحيض فوقعت حلّية الوطء على ثبوت حكم من أحكام [١٧/ب] الطاهرات لها، وذلك إما بوجود اغتسال صحيح منها، أو وجوب صلاة في ذمتها حتى يقوَى الطهر عن الحيض بانضمام هذا المعنى الحكمي إليه.

وأما في مسألتنا فقد قوى الطّهر عن الحيض بنفس الانقطاع؛ لأنه لا يتوهم العود فاستغنى عن معنىً ينضم إليه فيقويه.

وقد تعلق بعض مشايخهم بالصوم، وقالوا: طهر يفيد إباحة الصوم فيفيد إباحة الوطء.

---

(١) كذا في المخطوط، والصحيح اغتسلت.

(٢) سورة البقرة، آية (٢٢٢).

دليله: ما بيّنا.

وقالوا: وكما أن حُرمة الوطء معنىً يختص بالحيض فكذلك المنع من الصوم معنىً يختص بالحيض، فكل واحد قرينه صاحبه فاستويا.

❁ **الجواب:**

إنّا اعتمدنا على نص الكتاب، ولا نسمع القياس المعنوي في مقابلته.

ويمكن أن يقال: إن الحيض وإن انقطع بيقين، ولكن أثره قائم فيعمل عمله كما بيّنا، ويدخل على ما قالوه إذا انقطع الدم لأقل من أكثر الحيض.

وقولهم: «إنه يتوهم عود الدم»، يبطل بما بعد الاغتسال.

وقولهم: إنه يقوي الطهر عن الدم بالاغتسال.

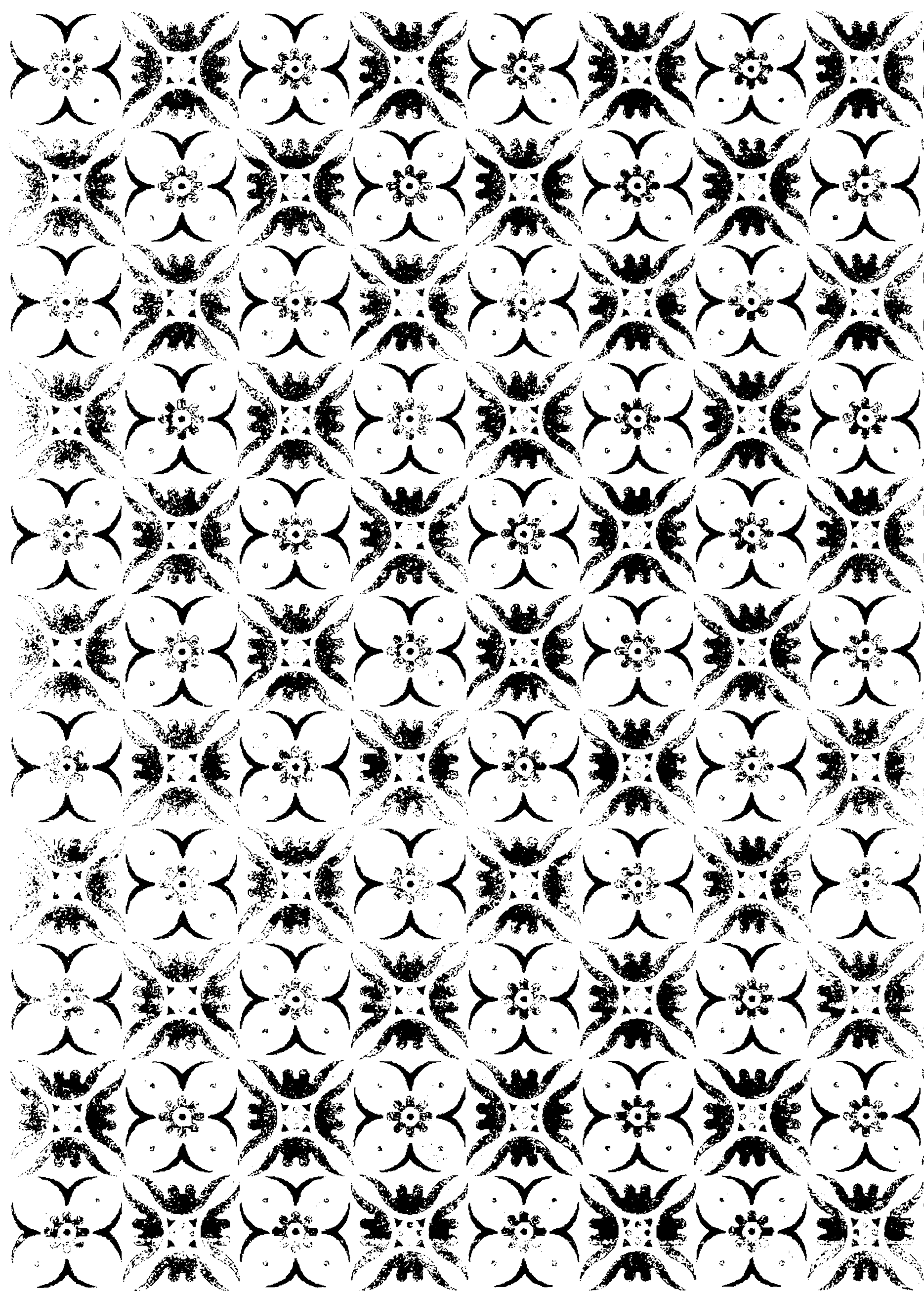
قلنا: ولِمَ قالوا: لأن صحة الاغتسال حكم الطاهرات؟

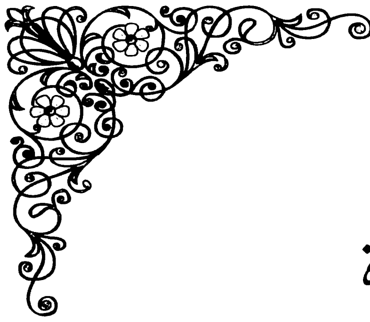
قلنا: فقولوا: إنه يقوى بنفس وجوب الاغتسال؛ لأنه من حكم الطاهرات أيضًا وعلى هذا انقطع لهم الكلام.

والجواب عن فصل الأذى بما قلنا: أن الأذى وإن زال فأثره قائم، وأما مَنْ تعلّق منهم بصحة الصوم فيبطل بما لو انقطع الدم لأقل من أكثر الحيض.

ويقال أيضًا من حيث المعنى: إنه لا يحتاط في المنع من الصوم حتى يقوم أثر الحيض فيه مقام نفسه؛ بخلاف المنع من الوطء. والله تعالى أعلم بالصواب.








كتاب الصلاة

※ (مَسْأَلَة):

الصلاة تجب بأول الوقت وجوبًا موسعًا[١]، وهو قول ابن[٢] شجاع الثلجي[٣] من أصحابهم، وقد اختاره أبو زيد في أصوله[٤].

وذهب الكرخي[٥] وجماعة من أصحابهم ....

(١) روضة الطالبين: ١/١٨٣، حلية العلماء: ٢/١٩، الوسيط: ٢/٥٤٩، شرح اللمع للشيرازي: ١/٢٤٦، ٢٤٧، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي: ١/٧٩، حاشية البناني على جمع الجوامع: ١/٢٤٢.
وهو قول المالكية والحنابلة، التنقيح للقرافي: ١٥٠، الإشراف للبغدادي: ١/٦٢، الإنصاف: ١/٤٠٠.
وهو قول عامة الحنفية.
ينظر: فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت مع المستصفى: ١/٧٤.
قال السرخسي في أصوله: «وهو الأصح» ١/٣١، رؤوس المسائل: ١٣٨.

(٢) في المخطوط «أبي شجاع».

(٣) هو محمد بن شجاع الثلجي، تفقه على الحسن بن أبي مالك والحسن بن زياد، برع في العلم وكان فقيه العراق في وقته والمقدّم في الفقه والحديث، مات سنة ٢٦٧هـ، وله كتاب تصحيح الآثار، وكتاب النوادر وغيرها، ينظر: الفوائد البهية: ١٧١، ١٧٢.

(٤) تقويم الأدلة لأبي زيد: ١٠٢ ـ ١٠٦، نسخة القدس رقم ٢٥٥.

(٥) الكرخي: عبيد الله بن الحسين، أبو الحسن الكرخي، انتهت إليه رئاسة الحنفية بعد أبي حازم وكان له طبقة عالية، عدّوه من المجتهدين في المسائل، له: المختصر وشرح الجامع الصغير، مات سنة ٣٤٠هـ.
ينظر: الفوائد البهية: ١٠٨، ١٠٩.

أنها تجب بآخر الوقت[1].

واختلفوا في المؤدّى في أول الوقت:

قال بعضهم: هو نفل يسقط به الفرض الواجب في آخر الوقت مثل الزكاة المعجَّلة[2].

ومنهم مَنْ قال: هو موقوف إن أدرك آخر الوقت وهو من أهل الوجوب[3] كان المؤدّى واجبًا، وإن لم يدرك كان المؤدّى نفلًا.

ومنهم مَنْ قال: المؤدّى واجب، فعلى هذا يكون الوجوب بأحد معنيين: إما بإدراك آخر الوقت أو باختيار المكلّف فعل الصلاة في آخر الوقت.

❁ **لنا:**

إن الأمر يفيد الوجوب باتفاقٍ منا ومنهم، وقد تناول جميع الوقت لأن الخلاف في أمر مؤقت معلوم الأول والآخر، والأمرَ المضاف إلى وقتٍ يكون متناولًا جميع الوقت وإلا فلا يكون الأمر مؤقتًا به، وإذا تناول جميع الوقت ثبت الوجوب في جميع الوقت، فصار الوجوب في أول الوقت ضرورة، ونظير ما قلناه قول السيد لغلامه: افعل كذا غدًا أو أفعله وقت الظهر، يكون الخطاب متناولًا جميع الوقت المذكور حتى يكون فاعلًا بأمرٍ إذا فعله.

يبينه: أن سبب الوجوب إما أن يكون الأمر أول الوقت، فإن كان الأمر

---

(١) رؤوس المسائل: ١٣٨، بدائع الصنائع: ١/٢٩٣، أصول السرخسي: ١/٣٢، قال السرخسي: «وأكثر العراقيين من مشايخنا على أن الوجوب بآخر الوقت». فواتح الرحموت: ١/٧٤.

(٢) أصول السرخسي: ١/٣٢.

(٣) المصدر السابق.

فقد وجد في أول الوقت، وإن كان الوقت فقد دخل فلابد من الحكم بالوجوب على كل واحد من السببين.

ونستدل بالأداء في أول الوقت فنقول: أدّى بالأمر، بدليل أنه ينوي أداء المأمور أو ينوي المفروض، وإذا أدّى ما أدّاه بالأمر فقد أدّى الواجب، وأداء الواجب في وقتٍ دليل على وجود وقت الواجب؛ لأن الواجب لا يتأدى إلا في وقته.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: مخيّر في أول الوقت بين فعل الصلاة وتركها فلا تكون واجبة فيه.

دليله: النافلة، وهذا لأن حدّ الوجوب ما لا يسع تركه فإذا وَسِعَ الترك دل على أنه ليس بواجب.

وربما يقولون: لو وَجَبَ في أول الوقت لم يجب في آخره، لأن الواجب مرة لا يجب ثانيًا فلما وَجَبَ في آخر الوقت علمنا أنه لم يكن واجبًا في أوله.

قالوا: ولأنه لو وَجَبَ في أول الوقت وَجَبَ أن يأثم إذا [١٨/أ] مات قبل فعله؛ وحين لم يأثم إذا مات في أول الوقت قبل فعله، علمنا أنه لم يكن واجبًا، وأيضًا لو وَجَبَ لاستقر بإدراك وقت فعله ولو استقر لم يتغير بالسفر، وحين أجمعنا على أنه لو سافر في آخر الوقت يجوز له القصر علمنا أنه لم يجب أصلًا.

۞ الجواب:

أما قولهم: «إنه مخير بين فعل الصلاة وتركها»، لا نسّلم إطلاق الترك

على ما زعموا، بل إنما نطلق له الترك بشريطة وهو العزم على فعلها في آخر الوقت وما لم يكن على هذا العزم لا يجوز له تركها في أول الوقت.

فإن قالوا: أتقولون إن العزم بدل عن الواجب من الفعل؟.

فإن قلتم: ليس ببدلٍ فقد أطلقتم الترك، لأنه إذا ترك لا إلى بدلٍ تحقق الترك، وإن قلتم: هو بدل فأقمتموه مقام الأصل في سقوط الأمر عنه وتأدي المصلحة به.

يدل عليه: أن العزم على الفعل واجب قبل دخول الوقت فكيف يُتصور أن يكون بدلًا؟

قلنا: لسنا ندّعي أن العزم بدل عن الواجب، ولكن أردنا بما قلنا أن نبين أن الترك على الوجه الذي ظنّوه من مذهبنا لا نطلقه.

وتبيّن بهذا الشرط وقوع الفرقان بينه وبين النافلة.

وإن قلنا: بدل، فهو بدل من وجهٍ لا من وجهٍ، وإنما يقوم البدل مقام الأصل في سقوط الواجب إذا كان بدلًا من كل وجه.

ونعني بقولنا: «بدل من وجهٍ لا من وجهٍ» أنه بدل تركه في أول الوقت لا بدل تركه أصلًا وهذا جواب.

وجواب آخر: وهو الأولى، قولكم «مخيّر في أول الوقت بين الصلاة وتركها» لا نسلّم أن الموجود ترك الصلاة، بل هو تأخير من وقتٍ لها إلى وقتٍ مثله ليؤديها فيه على ما كان يؤديها في أول الوقت، وإنما جاز هذا

التأخير، لأن الوجوب تعلق بأول الوقت على وصف التوسع.

ومعنى قولنا: «وَجَبَ موسعًا» هو هذا، فإن الشارع كلّفه أداء الصلاة في أول هذا الوقت المسمى وهو وقت يسع للمأمور ويفضل عنه فضلات كثيرة.

فقيل: وَجَبَ وجوبًا موسعًا على معنى أن المكلف يتخير في الواجب إن شاء فعله في أول الوقت وإن شاء فعله في أوسطه، وإن شاء فعله في آخره، مثل الأمر المطلق في الكفارات وقضاء الصلوات والحج على أصلنا، ويلزمه مع هذا ألا يخلى الوقت عنه؛ فصار التأخير الذي تعلّقوا به فائدة الوجوب على وصف التوسع فلم يدل على سقوط أصل الوجوب، وعلى هذا صار الواجب على وصفين: واجب مضيّق، وواجب موسع، فالمضيّق ما لا يسع تأخيره كالإيمان إذْ لا يَفضل وقته منه وكالصوم، والموسّع ما يفضُلُ الوقت عنه ويسع تأخيره، والوجوب موجود في الصورتين فهذا هو الموضع الذي خفي على القوم بلوغه ولم يدركوا حقيقته.

وأما قولهم: «إنه لو وَجَبَ في أول الوقت لم يجب في آخره».

فَهَوَسٌ؛ فإنه لا يتحدد الوجوب عندنا بآخر الوقت، إنما يمتد الوجوب إليه على التوسع.

وقولهم: «لو مات بعد التأخير لم يأثم»، فقد منع ذلك بعضُ مَنْ لم يعرف حقيقة المسألة، وقال: لا تتم المسألة إلا بمنع هذا، والمنع بعيد، وهو يخرج على ما قلنا، لأن عدم الإثم إنما هو لقولنا إنه وَجَبَ وجوبًا موسعًا مطلق التأخير إلى وقتٍ مثله، وكذلك جواز القصر بالسفر، وهذا لأن عندنا




جميع الوقت لهذه الصلاة كشيءٍ واحدٍ، والموجود في أوله وآخره كوجودٍ واحدٍ، فيكون حكم الكل واحدًا[1]، وخص هذه المسألة من الأصول. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

الإقامة فرادى عندنا[2].

وعندهم: مثنى[3].

❋ **لنا:**

حديث خالد الحذاء[4] ....

(١) في المخطوطة «واحد».

(٢) النكت: ٣٢/ب، المنهاج مع المغني: ١/١٣٦، المهذب: ١/٨٤، شرح صحيح مسلم للنووي: ٤/٧٨، المجموع: ٣/٩٢.
وهو قول الحنابلة والمالكية، المغني: ٢/٥٨، التحقيق: ١/٢٧٣، الموطأ مع المنتقى: ١/١٣٤، الإشراف للبغدادي: ١/٦٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ١/١٩٧، الاستذكار: ٢/٨١.
وهي عند الحنابلة والشافعية إحدى عشرة كلمة، وعند المالكية عشر كلمات، قال الخطابي في معالم السنن: «وهو مذهب أكثر أهل الأمصار وجرى به العمل في الحرمين والحجاز وبلاد الشام واليمن وديار مصر ونواحي المغرب إلى أقصى حجر في بلاد الإسلام وهو قول الحسن البصري ومكحول والزهري ومالك والأوزاعي والشافعي وأحمد ابن حنبل وإسحاق ابن راهويه وغيرهم» اهـ. معالم السنن: ١/٣٣٨.

(٣) شرح معاني الآثار: ١/١٣٦، رؤوس المسائل: ١٣٧، المبسوط: ١/١٢٩، مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٥٧، بدائع الصنائع: ١/٤٠٦، الأسرار: ١/٤٦ب، مختصر الطحاوي: ٥٢.

(٤) خالد بن مهران أبو المنازل ـ بفتح الميم، وقيل بضمها وكسر الزاي ـ البصري الحذّاء،=

عن أبي قلابة[1] عن أنس قال: أُمِرَ بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة[2].

وفي رواية أيوب[3] عن أبي قلابة عن أنس قال: أُمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة إلا الإقامة[4]، والخبر في الصحيحين[5].

وروى وهيب[6] بن خالد، وعبد الوهاب الثقفي[7] عن خالد الحذاء

= قيل له ذلك لأنه كان يجلس عندهم، وهو ثقة يرسل، من الخامسة، وقد أشار حماد بن زيد إلى أن حفظه قد تغيّر لما قدم من الشام، وعاب عليه بعضهم دخوله في عمل السلطان، وروى له الجماعة، ينظر: تقريب التهذيب: ٩٠.

(١) أبو قلابة: عبد الله بن زيد بن عمر أو عامر الجرمي البصري، ثقة فاضل كثير الإرسال، قال العجلي: فيه نصب يسير، من الثالثة، مات بالشام هاربًا من القضاء سنة أربع مائة وقيل بعدها. روى له الجماعة، تقريب التهذيب: ١٧٤.

(٢) رواه أبو داود في سننه: ٣٤٩/١ مع المعالم، باب «في الإقامة».
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١٣٢/١، في باب «الإقامة كيف هي؟».
ورواه الترمذي في سننه: ١٧٢/١، وقال: حديث أنس حسن صحيح مع تحفة الأحوذيّ.

(٣) أيوب بن أبي تميمة كيسان السختياني أبو بكر البصري ثقة ثبت، حجة من كبار الفقهاء العُبّاد، من الخامسة، مات سنة ١٣١هـ، وله ٦٥ سنة، روى له الجماعة، تقريب التهذيب: ٤١، تهذيب التهذيب: ٣٩٧/١.

(٤) رواه الطحاري في شرح معاني الآثار: ١٣٣/١، والبخاري في صحيحه: ٨٢/٢، مع الفتح في باب «الأذان مثنى مثنى» وابن ماجه في سننه: ٢٤١/١.

(٥) رواه مسلم في صحيحه: ٧٧/٤، ٧٨ مع النووي، والبخاري في صحيحه: ٧٧/٢، مع الفتح في باب «بدء الأذان».

(٦) وهيب بن خالد بن عجلان الباهلي مولاهم، أبو بكر البصري، ثقة ثبت لكنه تغيّر قليلًا بآخره، من السابعة، مات سنة ١٦٥هـ، روى له الجماعة. تقريب التهذيب: ٣٧٢.

(٧) عبد الوهاب بن عبد المجيد بن الصلت الثقفي، أبو محمد البصري، ثقة، تغير قبل موته بثلاث سنوات، من الثامنة، مات سنة ١٩٤هـ عن نحو من ثمانين سنة. روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٢٢٢.

عن أبي قلابة وزاد فيه ألفاظًا، دل على أن الآمر لبلال كان المصطفى ﷺ.

وروى موسى[1] بن إسماعيل عن وهيب، وعبد الوهاب عن خالد، عن أبي قلابة، عن أنس، قال: لما كثر الناس ذكروا أن يعلموا [١٨/ب] وقت الصلاة بشيء يعرفونه فذكروا أن يُورُوا[2] نارًا أو يضربوا ناقوسًا، فأمر بلال أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة[3]، وهذا كان في زمان النبي ﷺ قطعًا ليكون الآمر هو النبي ﷺ، إذ لا يجوز أن يأمر غيره في زمانه بلالًا بالأذان.

وقد قال بعض الجهال من المخالفين: يحتمل أن يكون الآمر لبلال بعضُ أمراء بني أمية.

وهذا محال لأن بلالًا رضي الله عنه أذّن في زمن النبي عليه السلام فلما توفي صلى الله عليه أذّن صدرًا من خلافة أبي بكر، ثم إنه استأذنه في الخروج إلى الشام حين جهّز أبو بكر الجيوش إلى الشام، ولم يُؤذّن لأحدٍ من بعدُ إلى أن توفي بالشام في آخر خلافة عمر وأول خلافة عثمان.

---

(١) موسى بن إسماعيل المنقري ـ بكسر الميم وسكون القاف ـ أبو سلمة التبوذكي، مشهور بكنيته وباسمه، ثقة ثبت من صغار التاسعة، ولا التفات إلى قول ابن خراش: تكلم الناس فيه، مات سنة ٢٢٣هـ.
روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٣٤٩.

(٢) يوروا: يوقدوا ناراً، يقال: ورى الزند: إذا خرجت ناره، وأوريته: إذا أخرجته، ووقع في رواية مسلم: «إن ينوروا ناراً» أي يظهروا نورها» أهـ من فتح الباري: ٨٣/٢.

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ٨٢/٢، مع الفتح، في باب «الأذان مثنى مثنى».
ومسلم في صحيحه: ٧٩/٤ مع النووي، في باب «الأمر بشفع الأذان وإيتار الإقامة».
والبيهقي في سننه: ٤١٢/١، في باب «إفراد الإقامة».

وقد ذكر الدارقطني في سننه(١) برواية إسماعيل بن إبراهيم(٢) عن خالد الحذاء عن أبي قلابة عن أنس قال: «أمر رسول الله صلى الله عليه بلالًا أن يشفع الأذان ويوتر الإقامة». وعلى هذا انقطع الكلام.

وعن ابن عمر قال: كان الأذان على عهد رسول الله صلى الله عليه مرتين مرتين، والإقامة مرة مرة، غير أن المؤذن كان إذا قال: «قد قامت الصلاة» قال: «قد قامت الصلاة مرتين»(٣).

وعن سلمة بن الأكوع قال: كان الأذان على عهد رسول الله صلى الله عليه مثنى مثنى، والإقامة فرادى(٤).

وروى ابن عمر أيضًا أن النبي صلى الله عليه قال: «مَنْ أذن اثنتى عشرة

---

(١) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٢٤٠، ورواه أيضًا النسائي في سننه: ٢/٤ في باب «تثنية الأذان»، والبيهقي في سننه: ١/٤١٢ في باب «إفراد الإقامة»، والحاكم في المستدرك: ١/١٩٨.

(٢) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم الأسدي مولاهم، أبو بشر البصري المعروف بابن علية، ثقة حافظ من الثامنة، مات سنة ١٩٣هـ، وهو ابن ثلاث وثمانين سنة، روى له الجماعة، ينظر: تقريب التهذيب: ٣٢.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ١/٤١٣ في باب «تثنية قوله: قد قامت الصلاة وإفراد ما قبلها» والحاكم في المستدرك: ١/١٩٨.
وابن خزيمة في صحيحه: ١/١٩٣، قال ابن حجر: وصححه ابن خزيمة، الفتح: ٢/٨٢.
وأبو داود في سننه: ١/٣٥٠ مع المعالم.
وقال أبو داود: قال شعبة: لم أسمع من أبي جعفر غير هذا الحديث.
وأخرجه النسائي في سننه: ٢/٤، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/١٢٣، والبغوي في شرح السنة: ٢/٢٥٥، والدارقطني في سننه: ١/٢٣٩، والدارمي في سننه: ١/٢٧٠، ينظر: التلخيص الحبير: ١/١٩٦.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٤١.

سنة وجبت له الجنة، وكُتِبَ له بكل أذان ستون حسنة، وبكل إقامة ثلاثون حسنة»[١]. وهذا دليل على أنها على النصف من الأذان.

وروى عثمان[٢] بن عبد الرحمن عن محمد[٣] بن عليّ عن أبيه[٤] (عن)[٥] عليّ رضي الله عنه. قال: نزل جبريل بالإقامة مفردًا وسَنّ النبي عليه السلام الأذان مثنى مثنى[٦]. والأخبار في هذا الباب كثيرة واقتصرنا على هذا القدر، ولا مزيد عليه.

وقد أوّل بعضهم الخبر الذي رويناه قال: معنى الشفع في الأذان والإيتار في الإقامة هو أن يوتر بصوتين صوتين، ويوتر بصوت صوت، وليس هذا

---

(١) ورواه البغوي في شرح السنة: ٢٨٢/٢، والحاكم في المستدرك: ٢٠٤/١، ٢٠٥، والبيهقي في سننه: ٤٣٣/١، والدارقطني في سننه: ٢٤٠/١، وفي سنده ابن لهيعة، التلخيص الحبير: ٢٨٠/١، وابن ماجه في سننه: ٢٤١/١.
وفي سند ابن ماجه «عبد الله بن صالح» قال ابن حجر في ترجمته: عبد الله بن صالح ابن محمد بن مسلم الجهني أبو صالح المصري كاتب الليث صدوق كثير الغلط ثبت في كتابه، وكانت فيه غفلة»، من العاشرة، مات سنة ٢٢٢هـ، وله خمس وثمانون سنة.
روى له البخاري تعليقًا، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجة، ينظر: التقريب: ١٧٧.

(٢) عثمان بن عبد الرحمن بن عمر بن سعد بن أبي وقاص الزهري الوقاصي أبو عمر المديني، ويقال له المالكي نسبة إلى جده الأعلى أبي وقاص مالك، متروك وكذّبه ابن معين، من السابعة، مات في خلافة الرشيد، روى له الترمذي، ينظر: التقريب ٢٣٥.

(٣) محمد بن علي بن الحسين بن عليّ بن أبي طالب أبو جعفر الباقر، ثقة فاضل، من الرابعة، مات سنة بضع عشرة، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٣١١.

(٤) علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب زين العابدين، تقدمت ترجمته وروايته عنه جده مرسلة. تهذيب التهذيب: ٣٠٤/٧.

(٥) ما بين القوسين ليست في المخطوط، وهي موجودة في السنن عند الدارقطني: ٢٤١/١.

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ١٤١/١.

بشيء، لأن في الخبر إضافة الشفع والإيتار إلى الأذان والإقامة، والأذان والإقامة هي الكلمات لا الصوت المسموع في الكلمات.

وعلى أن في الخبر قال: «إلا الإقامة». وعندهم كما نقول سائر الكلمات في الإقامة بصوت واحد كذلك نقول قوله: «قد قامت الصلاة» بصوت واحد فبطل التأويل، والاعتماد على الأخبار ولا مجال للقياس فيه.

ويمكن أن يقال: إن الإقامة مبنية على الخِفّة بخلاف الأذان بدليل الإيتار في الصلاة على ما قالوه، ولأنه يسترسل فيها ولا يمد كما يمد في الأذان، وهذا لأنه إعلام للحاضرين بالقيام إلى الصلاة.

فأما الأذان فإنه دعاء الغائبين، ودعاء الغائبين وإسماعهم يكون بزيادة مبالغة في نفس الأذان وصفاته ليقع إسماعُهم ودعاؤهم فيحضروا، وأما إعلام الحاضرين فلا حاجة فيه إلى مثل ذلك المبالغة فاقتصر على المرة الواحدة، والأولى هو الاقتصار على الأخبار.

۞ وأما حجتهم:

تعلقوا بحديث ابن أبي ليلى(١) عن عمرو(٢) بن مرة عن عبد الرحمن(٣)

---

(١) سبق ترجمته.

(٢) عمرو بن مرة بن عبد الله بن طارق الجملي المرادي، أبو عبد الله الكوفي الأعمى، ثقة عابد، كان لا يدلس ورمي بالإرجاء، من الخامسة، مات سنة ١١٨هـ، وقيل قبلها. روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٢٦٢.

(٣) عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري المدني ثم الكوفي ثقة، من الثانية، اختلف في سماعه من عمر، مات سنة ٨٦ هـ، بوقعة الجماجم، وقيل: إنه غرق، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٢٠٩.

ابن أبي ليلى عن عبد الله بن زيد قال: كان أذان النبي صلى الله عليه شفعًا شفعًا في الأذان والإقامة[1].

ورواه أيضًا وكيع[2] عن الأعمش عن عمرو بن مرة عن عبد الرحمن ابن أبي ليلى[3].

ورووا أن عبد الله بن زيد لما أُري الأذان في منامه حكى الأذان على ما هو المعهود قال: ثم مكث ساعة ثم قام وقال مثل ذلك، وزاد قوله: «قد قامت الصلاة».

وربما رووا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن معاذ بن جبل هذا الخبر[4].

وتعلقوا أيضًا بحديث مكحول عن ابن محيريز[5] ....

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٢٤١/١، قال الدارقطني: «ابن أبي ليلى هو القاضي محمد بن عبد الرحمن ضعيف الحديث سيء الحفظ، وابن أبي ليلى لا يثبت سماعه عن عبد الله ابن زيد» اهـ.
ورواه الترمذي في سننه: ٣١٠/١ مع عارضة الأحوذي، وابن أبي شيبة في مصنفه: ٢٠٦/١.

(٢) وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسي أبو سفيان الكوفي، ثقة حافظ عابد من كبار التاسعة، مات في آخر سنة ستة أو سبع وتسعين، وله سبعون سنة، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٣٦٩.

(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه: ٢٠٣/١، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١٣٤/١، والترمذي في سننه: ٣١٠/١، مع عارضة الأحوذي.

(٤) رواه البيهقي في سننه: ٣٩١/١.
والدارقطني في سننه: ٢٤١/١، ٢٤٢، وقال الدارقطني في سننه: «وقال الأعمش والمسعودي عن عمرو بن مرة عن ابن أبي ليلى عن معاذ بن جبل، ولا يثبت، والصواب ما رواه الثوري وشعبة عن عمرو بن مرة، وحسين بن عبد الرحمن عن ابن أبي ليلى مرسلًا» أهـ.

(٥) عبد الله بن محيريز بن جنادة بن وهب الجمحي المكي، كان يتيمًا في حجر أبي محذورة=

عن أبي محذورة[١] أن النبي علمه الأذان تسع عشرة[٢] كلمة.

والإقامة سبع عشرة[٣] كلمة[٤]، وهذا خبر صحيح.

ورووا عن عون[٥] بن أبي جحيفة عن أبيه أنه قال: «سمعت بلالًا أذّن بمنى بصوتين صوتين، وأقام مثل ذلك»[٦].

وفي رواية أخرى عن أبي جحيفة قال: كان بلال يؤذن ويقيم مثنى مثنى[٧].

قال: وروى عبد الرزاق[٨] ....

= بمكة ثم نزل بيت المقدس، ثقة عابد من الثالثة، مات سنة ٩٩ هـ، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ١٨٨.

(١) أبو محذورة الجمحي المكي المؤذن الصحابي المشهور، اسمه أوس، وقيل: سمرة، وقيل: سلمة، وقيل: سلمان، وأبوه معير - بكسر الميم وسكون المهملة وفتح التحتانية - وقيل: عمير بن الوزان، مات سنة ٥٩ هـ، وقيل: تأخر بعد ذلك.
ينظر: التقريب: ٤٢٤، ٤٢٥.

(٢) في المخطوط سبعة عشر، والتصويب من الدارقطني.

(٣) في المخطوط سبعة عشر، والتصويب من الدارقطني.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٣٧، ٢٣٨.
وأبو داود في سننه: ١/٣٤٣ مع المعالم، والنسائي في سننه: ٢/٥، وابن ماجه في سننه: ١/٢٣٢، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/١٣٠، وابن خزيمة في صحيحه: ١/١٩٥، وذكره الدبوسي في أسراره مستدلًا به ورقة ١١١/ب.

(٥) عون بن أبي جحيفة السوائي - بضم المهملة - الكوفي، ثقة، من الرابعة، مات سنة ١١٦هـ، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٢٦٧.

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٤٢.

(٧) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٤٢.

(٨) عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري مولاهم، أبو بكر الصنعاني، ثقة حافظ مصنف شهير، =

عن معمر[1]، عن حماد[2]، عن إبراهيم[3] عن الأسود[4] أن بلالًا كان يثني الأذان ويثني الإقامة، وكان يبدأ بالتكبير ويختم بالتكبير[5]، وهذه الأخبار نصوص في الباب وهو أولى من أخباركم، لأنها [١٩/أ] تتضمن زيادة لم تتضمنها أخباركم والمثبت للزيادة أولى من النافي.

ورووا عن إبراهيم النخعي، أنه قال: أول من نقض الإقامة معاوية[6].

ونقلوا عن مجاهد أنه قال: كان الأذان والإقامة مثنى مثنى حتى قام

= عمي في آخر عمره فتغير، وكان يتشيع، من التاسعة، مات سنة ٢١١هـ، وله خمس وثمانون سنة، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٢١٣.

(١) معمر بن راشد الأزدي مولاهم أبو عروة البصري نزيل اليمن، ثقة ثبت فاضل إلا أن في روايته عن ثاب والأعمش وهشام بن عروة شيئًا، وكذا فيما حدّث به بالبصرة، من كبار السابعة، مات سنة ١٥٨هـ. وهو ابن ثمان وخمسين سنة، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٣٤٤.

(٢) حماد بن أبي سليمان مسلم الأشعري مولاهم، أبو إسماعيل الكوفي، فقيه صدوق له أوهام، من الخامسة، رمي بالإرجاء، مات سنة ١٢هـ، روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم وأصحاب السنن الأربعة. ينظر: التقريب: ٨٢.

(٣) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي، أبو عمران الكوفي، فقيه ثقة إلا أنه يرسل كثيرًا، من الخامسة، مات سنة ٩٦ هـ، هو ابن خمسين سنة، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٢٤.

(٤) الأسود بن يزيد بن قيس النخعي أبو عمرو ـ أو أبو عبد الرحمن ـ مخضرم ثقة جليل من الثانية، مات سنة ٧٤هـ أو ٧٥هـ، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٣٦.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٤٢، مصنف عبد الرزاق: ١/٤٦٢.
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/١٣٤.

(٦) ذكره ابن الجوزي في التحقيق ونسبه إلى الدارقطني، ولكني لم أجده في السنن.
ينظر: التحقيق: ١/٢٣٩. وذكره أيضًا الدبوسي في إسراره مستدلًا به ورقة ٤٦/ب. مراد ملا.

بنو أمية وأفردوا الإقامة للسرعة[1].

وأما المعنى فاعتبروا الإقامة بالأذان وهذا لأن كل واحد منهما ذكر الله وإعلام الصلاة فاستويا.

❁ **الجواب:**

إن الأخبار التي رووها عامتها ضعيفة في الإسناد.

أما خبر عبد الله بن زيد، فقد أجمع أهل العلم بالرجال أن عبد الرحمن ابن أبي ليلى لم يسمع من عبد الله بن زيد شيئًا[2]، وكذلك لم يسمع من معاذ شيئًا ولم يدركهما أصلًا[3].

وقد قيل: إن عبد الله بن زيد الذي أدّى الأذان استشهد يوم أُحد[4].

وذكر أبو داود في سننه[5] برواية محمد بن[6] عبد الله بن زيد عن أبيه

---

(١) روى ذلك الطحاوي في شرح معاني الآثار ولفظه: «الإقامة مرة مرة إنما هو شيء استخفه الأمراء»، فأخبر مجاهد أن ذلك محدث وأن الأصل هو التثنية».
ينظر: شرح معاني الآثار: ١٣٦/١، وعبد الرزاق في مصنفه: ٤٦٣/١، وذكره الدبوسي في أسراره مستدلًا به ورقة ٤٦/ب مراد ملا.

(٢) ينظر: صحيح ابن خزيمة: ١٩٣/١، ١٩٨، ٢٠٠، سنن الترمذي: ٣١٠/٢، مع عارضة الأحوذي، سنن البيهقي: ٤٢١/١.

(٣) تهذيب التهذيب: ٢٦٢/٦، صحيح ابن خزيمة: ٢٠٠/١، سنن البيهقي: ٤٢١/١.

(٤) روى أبو نعيم في الحلية في ترجمة عمر بن عبد العزيز بسند صحيح عن عبيد الله بن عمر العمري قال: «دخلت ابنة عبد الله بن زيد بن عبد ربه على عمر بن عبد العزيز فقالت: أنا ابنة عبد الله بن زيد، شهد أبي بدراً وقُتِلَ يوم أحد، فقال: سليني ما شئت، فسألت فأعطاها ما سألت» اهـ. الحلية: ٣٢٢/٥، تهذيب التهذيب: ٢٢٤/٥.

(٥) ينظر: سنن أبي داود: ٣٣٨/١ مع المعالم.

(٦) محمد بن عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصاري المدني ثقة، من الثالثة، روى له مسلم=

هذا الخبر وذكر فيه أنه حكى إفراد الإقامة.

وقيل: إن هذه الرواية أصح الروايات في الباب(١).

وأما حديث أبي محذورة عن أبيه هذا الخبر وفيه «أنه علّمه الإقامة فرادى: الله أكبر الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدًا رسول الله، حي على الصلاة، حي على الفلاح، قد قامت الصلاة، قد قامت الصلاة، الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله»(٢)، وقد كان الأذان بمكة في أولاد أبي محذورة، وكانوا يفردون الإقامة فهو كان المعمول به بالحرمين في زمان رسول الله ﷺ إلى أن استولى البصريون(٣) على الحجاز، وذلك سنة اثنتي وستين وثلاثمائة فغيروا الإقامة، فدل أن الصحيح من حديث أبي محذورة ما كان عليه أولاده، وما عرف من المعمول بمكة والمدينة(٤).

وأما حديث عون بن أبي جحيفة فقد قالوا: إن الراوي له زياد بن كليب(٥)

= وأصحاب السنن الأربعة والبخاري في أفعال العباد، ينظر: التقريب: ٣٠٤.

(١) قاله الخطابي في معالم السنن: ١/٣٣٨، وابن خزيمة في صحيحه: ١/١٩٣، والترمذي في سننه: ١/٣١٠، مع عارضة الأحوذي.

(٢) روا الدارقطني في سننه: ١/٢٣٦.

وابن أبي شيبة في مصنفه بلفظ: «إن أذانه كان مثنى، وإن إقامته كانت واحده، وخاتمة أذانه: الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله». المصنف: ١/٢٠٦، ٢٠٧.

(٣) كذا في المخطوط، وفي المجموع للنووي وسنن البيهقي: المصريون، يعني بذلك عهد الدولة الفاطمية التي بسطت سلطانها على مصر والشام والحجاز واليمن.

ينظر: المجموع: ٣/٩٤، سنن البيهقي: ١/٤١٩.

(٤) ينظر: المجموع: ٣/٩٤، وسنن البيهقي، وقد نقلا كلام الشافعي في ذلك.

(٥) في سنن الدارقطني: «عبد الله البكائي»، زياد بن عبد الله البكائي أبو محمد الكوفي، صدوق ثبت في المغازي، وفي حديثه عن غير ابن إسحاق لين، من الثامنة، ولم يثبت أن وكيعاً=

عن إدريس الأودي عن عون بن أبي جحيفة ؛ وزياد بن كليب وَهِمَ في هذا الخبر على إدريس الأودي[1] ، وقد أُورد هذا الخبر في الصحيح وذكر الأذان خاصة ولم يذكر الإقامة.

وأما حديث الأسود فلم يدرك[2] أذان بلال لما بيّنا أنه لحق بالشام في زمان أبي بكر.

وقد رووا أيضًا عن سويد[3] بن غفلة أيضًا أن بلالًا كان يؤذن ويقيم

= كذبه ، وله في البخاري موضع واحد متابعة ، مات سنة ١٨٣هـ.
روى له البخاري ومسلم والترمذي وابن ماجه ، ينظر: التقريب: ١١٠ ، قال ابن الجوزي في التحقيق: «قال يحيى بن معين: زياد ليس بشيء».
وقال ابن المديني: لا أروي عنه ، ووثقه أحمد ، وقال: أبو زرعة صدوق ؛ قال: الجرح مقدم ، ينظر: التحقيق: ١/٢٤٠ ، نصب الراية: ١/٢٦٩.
وقال ابن حبان في الضعفاء: «كان فاحش الخطأ كثير الوهم لا يجوز الاحتجاج به إذا انفرد... ثم ذكر الحديث ونقل عن أبي حاتم قوله إن هذا الخبر باطل ، ما أذن بلال لرسول الله ﷺ مثنى ، وما أقام مثل ذلك ، إنما كان أذانه مثنى مثنى ، وإقامته فرادى ، وهذا الخبر رواه الثوري والناس عن عون بن أبي جحيفة بطوله ، ولم يذكروا فيه تثنية الأذان ولا الإقامة ، وإنما قالوا: خرج بلال فأذن فقط» أهـ.
ينظر: كتاب الضعفاء والمجروحين لابن حبان: ١/٣٠٧ ، الكامل لابن عدي: ١٠٤٨ ، ١٠٤٩.

(١) إدريس بن يزيد بن عبد الرحمن الأودي ، ثقة من السابعة ، روى له الجماعة ، ينظر: التقريب: ٢٥.

(٢) التحقيق: ١/٢٤٠ ، النكت ورقة ٣٣/أ.

(٣) سويد بن غفلة أبو أمية الجعفي ، مخضرم من كبار التابعين قدم المدينة يوم دفن النبي ﷺ ، وكان مسلمًا في حياته ثم نزل الكوفة ، ومات سنة ٨٣هـ ، وله ١٣٠ سنة.
روى له الجماعة ، ينظر: التقريب: ١٤١.

مثنى مثنى[1]، وسويد أيضًا لم يدرك أذان بلال[2].

وقد نقلنا عن أنس أن بلالًا بماذا أمِر.

ونقل أيضًا سعد القرظ[3] أذان بلال، وحكي فيه الإقامة فرادى وهو خبر ثابت[4]، وقد كان سعد نائب بلال في الأذان وكان مؤذن مسجد قباء، وقد أذّن لرسول الله صلى الله عليه، وأقام لعمر[5]، وعثمان مرة مرة، وبلال أقام لأبي بكر مرة مرة، والراوي شريك وحماد بن أبي سليمان لخبرهم، ولم تخرج الرواية عنهما في الصحيح، فهذا أيضًا يوجب ضعفًا في الرواية.

واعلم أنّ الأذان والإقامة شعار من شعائر الإسلام، فالأولى في الرجوع فيه إلى ما عليه أكثر أهل الإسلام.

وقد روينا عن أبي بكر وعمر وعثمان أن الإقامة كانت لهم مرة مرة[6] بفعل بلال وسعد القرظ.

وروى جعفر[7] بن محمد ....

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/١٣٤.

(٢) التحقيق: ١/٢٤٠، النكت: ٣٣/أ.

(٣) سعد بن عائذ ـ أو ابن عبد الرحمن ـ مولى الأنصاري المعروف بسعد القرظ المؤذن بقباء، صحابي مشهور، بقي إلى ولاية الحجاج على الحجاز وذلك سنة ٧٤هـ.
روى له ابن ماجه، ينظر: التقريب: ١١٨، تهذيب التهذيب: ٣/٤٧٤.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٣٦.

(٥) تهذيب التهذيب: ٣/٤٧٤، سنن الدارقطني: ١/٢٣٦، سنن البيهقي: ١/٤٢٠.

(٦) التحقيق: ١/٢٤١، سنن الدارقطني: ١/٢٣٦.

(٧) جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب الهاشمي، أبو عبد الله المعروف بالصادق، صدوق فقيه إمام، من السادسة، مات سنة ١٤٨هـ. =




عن أبيه[1] أن إقامة عليّ رضي الله عنه كانت مرة مرة.

وعن بكير بن عبد الله الأشج[2] قال: «أدركتُ أهل المدينة في الأذان مثنى مثنى، والإقامة مرة واحدة» وبكير بن عبد الله من كبار فقهاء التابعين وخبره هذا عن الصحابة والتابعين بالمدينة[3].

وعن ثوبان قال: صحبتُ ابن عمر من المدينة إلى مكة، وكان مؤذننا وإمامنا وكان إذا أذّن ثنى وإذا أقام أفرد.

وعن مجاهد[4] قال: كان أذان عبد الله بن عباس مثنى مثنى، وإقامته مرّة مرّة[5].

وروى قتادة[6] عن قيس أنه كان أذانه مثنى مثنى وإقامته واحدة[7].

ورَوي يزيد[8] بن أبي عبيد عن سلمة بن الأكوع أنه كان إذا أذّن ثنّى

= وروى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم وأصحاب السنن الأربعة، ينظر: التقريب ٥٦.

(١) تقدمت ترجمته.

(٢) بكير بن عبد الله الأشج مولى بني مخزوم، أبو عبد الله أو أبو يوسف المدني، نزيل مصر، ثقة، من الخامسة، مات سنة ١٢٠هـ، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٤٧ ـ ٤٨.

(٣) نقل ذلك عنه في التحقيق: ١/٢٤١.

(٤) مجاهد بن جبر، أبو الحجاج المخزومي مولاهم المكي، ثقة إمام في التفسير وفي العلم من الثالثة، مات سنة ١٠١هـ ـ ١٠٢هـ. وله ثمانون سنة. روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ٣٢٨.

(٥) لم أقف على مَنْ خرّجه.

(٦) قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي، أبو الخطاب البصري، ثقة ثبت، يقال: وُلِدَ أكمه؛ وهو رأس الطبقة الرابعة، مات سنة ١١٠هـ، ينظر: التقريب: ٢٨١.

(٧) لم أقف على مَنْ خرّجه.

(٨) يزيد بن أبي عبيد الأسلمي مولى سلمة بن الأكوع، ثقة من الرابعة، مات سنة بضع وأربعين،=

وإذا أقام أفرد[1].

ورُوِي إفراد الإقامة عن سعيد بن المسيب والفقهاء السبعة بالمدينة وعن الحسن البصري كذلك[2].

وكذلك عن عروة بن الزبير وعمر بن عبد العزيز وسالم بن عبد الله وأبي قلابة، وعراك بن مالك، ومحمد بن كعب القرظي، وابن شهاب الزهري وغيرهم ممن يكثر عددهم.

وقد ذهب إلى هذا من الأئمة مالك بن أنس والأوزاعي والليث بن سعد وأحمد بن حنبل، وإسحاق بن [١٩/ب] إبراهيم وغيرهم، ولم ينقل ما صاروا إليه عن أحدٍ من الأئمة إلا عن سفيان وابن المبارك.

وقد وَرَدَ في الخبر: «عليكم بالسواد الأعظم» وهو مَعَنا في هذه المسألة، وأما الذي رووه عن إبراهيم فقد روى محمد بن أبان عن حماد عن إبراهيم قال: «أول مَنْ نقض التكبير في الصلاة وخطب قبل الصلاة في العيد وجلس على المنبر ونقض الإقامة معاوية بن أبي سفيان».

والمنقول بالضاد لا بالصاد، وكان نقضه في الإقامة أنْ جعلها مثنى مثنى، فإنَّا روينا أن الإقامة كانت فرادى في زمان رسول الله صلى الله عليه والخلفاء الراشدين من بعده فذكر إبراهيم أن أول من غيّرها معاوية بن أبي سفيان.

= روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٣٨٣.

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٢٤١/١.

(٢) ذكر ذلك البيهقي في سننه: ٤٢٠/١، المصنف لابن أبي شيبة: ٢٠٥/١.

قال الحاكم أبو عبد الله الحافظ[١]: «والدليل على المنقول عن إبراهيم هكذا، أنّا روينا عن إبراهيم النخعي ما يوافق مذهبنا».

روى إسحاق عن جرير عن مغيرة بن إبراهيم قال: لم يكونوا يرون بأسًا إذا انتهى المؤذن إلى قوله: «حي على الصلاة، حي على الفلاح» أن يقولها مرة مرة في الإقامة، وكانوا يقولونها في الأذان مرتين مرتين، قال الحاكم: ولو كان عند إبراهيم سُنَّة صحيحة في تثنية الإقامة لم يرخّص في إفرادها، كما لم يرخّص في الأذان، فإذا جمعنا بين الروايتين عن إبراهيم ظهر أن نقض الإقامة تثنيتها لا إفرادها[٢].

وأما الذي نقلوا عن مجاهد فلا يعرف أصلًا، وقد بسطنا القول في هذه المسألة زيادة بسط لأنها شعار المذهب.

وأما تعلقهم بالزيادة في ترجيح الأخبار، فقد بيّنا أنه لا تعارض حتى يُصار إلى الترجيح، ثم ينعكس عليهم في الترجيح. والله أعلم بالصواب.



---

(١) صاحب المستدرك.

(٢) ذكره محمد بن الحسن في كتاب الحجة: ١/٨٤.

※ (مَسْأَلَةٌ):

إذا اشتبهت القبلة على إنسان فصلى إلى جهة بالتَّحري[1] ثم تبين أنه أخطأ القبلة فإنه يلزمه الإعادة على أحد القولين[2].

وعندهم: لا يلزمه[3]، وهو القول الثاني[4]، واختيار المزني[5].

❖ لنا:

إن الأمر بالتوجّه إلى الكعبة بعد الاشتباه قائم، بدليل أنه قد كان مأمورًا بالتوجه إلى الكعبة ولم يوجد إلا الاشتباه، واشتباه الكعبة لا يوجب سقوط الأمر بالتوجه إلى الكعبة؛ لأن الاشتباه إلى الارتفاع، ولأنه يُتصور إصابةُ الكعبة مع الاشتباه فلم يسقط الأمر بالتوجه إليها.

يبينه: أنه إذا اشتبه الثوب الطاهر في ثوبين: نجس وطاهر، واشتبه الماء

(١) التحري هو: طلب الشيء بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته.
المبسوط: ١٠/١٨٥.

(٢) النكت ورقة ٣٥/أ، قال الشيرازي في النكت: وهو أصح القولين.
المنهاج مع المغني: ١/١٤٧، مختصر المزني مع الأم: ١/٦٥، ٦٦، حلية العلماء: ٢/٦٣، شرح السنة للبغوي: ١/٣٢٦.

(٣) الأسرار لأبي زيد: ١/٣٦/أ مراد ملا، رؤوس المسائل ص١٤٢، مختصر الطحاوي ص٢٦، أحكام القرآن للجصاص: ١/٦٣، المبسوط: ١٠/١٩٢، وهو قول الحنابلة، التحقيق: ١/٢٥٥، المغني: ٢/١١١، وهو قول مالك إلا أن مالكًا استحب له الإعادة في الوقت.
الجامع لأحكام القرآن: ٢/٨٠، أحكام القرآن لابن العربي: ١/٣٤، الإشراف: ١/٧٠.

(٤) النكت للشيرازي ورقة ٣٥/أ، شرح السنة: ١/٣٢٦.

(٥) مغني المحتاج: ١/١٤٧، مختصر المزني مع الأم: ١/٦٨، حلية العلماء: ٢/٦٣، شرح السنة للبغوي: ١/٣٢٦.

الطاهر في أواني بعضها طاهر وبعضها نجس، فإنه لا يسقط وجوب الصلاة في الثوب الطاهر والتوضؤ بالماء الطاهر، كذلك في مسألتنا.

وإذا ثبت أن الأمر السابق قائم كُلّف التوجه إلى الكعبة فإذا ظهر الخطأ فقد تبين أنه أخطأ ما كُلّف إصابته فيجب عليه أن يعيد الصلاة ليأتي بالصلاة على وفق المأمور، فإن كان الوقت قائمًا أدّى وإن كان فائتًا قضى، ونظيره إذا اجتهد الحاكم في حادثة ثم ظهر له النص بخلاف ما حَكَمَ فإنه ينقض حكمه لما بيّنا من المعنى، كذلك هاهنا، وكذلك إذا صلى في يوم غيمٍ بغالب الظن، ثم تبين أنه صلى قبل الوقت فإنه يلزمه الإعادة، كذلك هاهنا ولا فرق بينهما عند التأمل.

۞ وأما حجتهم:

تعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ ٱلْمَشْرِقُ وَٱلْمَغْرِبُ ۚ فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا۟ فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِ﴾[١] قالوا: «نزلت هذه الآية في شأن الصلاة حالة الاشتباه[٢] بدليل ما روي عن عامر[٣] بن ربيعة قال: كنا في سفر فاشتبهت علينا القِبلة فصلينا بالتّحري فلما أصبحنا علمنا أنّا أخطأنا القِبلة فسألنا رسول الله صلى الله عليه فأنزل الله تعالى هذه الآية»[٤].

(١) سورة البقرة، آية (١١٥).

(٢) ذكر ذلك الجصاص في أحكامه: ١/٦٣، وابن العربي في أحكامه: ١/٣٤، وقال: «وأما قول عامر بن ربيعة فقد أسنده إلى النبي ﷺ ولم يصح عنه وإن كان المصنفون قد رووه» اهـ.

(٣) عامر بن ربيعة بن كعب بن مالك العنزي حليف آل الخطاب، صحابي مشهور أسلم قديمًا وهاجر وشهد بدراً، مات ليالي قتل عثمان، روى له الجماعة، ينظر: تقريب التقريب، ص١٦٠.

(٤) رواه الطبري في تفسيره: ١/٥٠٣، ورواه ابن ماجه في سننه: ١/٣٢٦، وكل رواياتهم=

«قالوا: وآية استقبال الكعبة لا ترد هذا؛ لأن هذه الآية نزلت في حال الاشتباه، وتلك الآية نزلت في حال العلم، وهذا لأن حقيقة شرط الصلاة استقبال وجه الله بنص الكتاب لأنه قام إلى تعظيمه وعبادته كما يكون في الشاهد، إلا أن أفعال العباد لم تشرع إلا على سبيل يكون العبد مبتلى بأدائه بضرب اختيار طاعة الله تعالى على خلاف هواه، وفي استقبال وجه الله تعالى على الحقيقة لا يتصور معنى الابتلاء، لأن الله تعالى لا جهةَ له فلا يتوجه العبد شطرًا إلا وَثَمَّ وجه الله كما قال الله تعالى: ﴿فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا۟ فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِ﴾ فأقيمت الكعبة مقام الحقيقة ليتحقق الابتلاء بقصد تلك الجهة، ولما اشتبهت أُمِرَ بجهةٍ هي عنده جهة الكعبة ليتحقق معنى الابتلاء بطلبها فإذا فعل تمّ شرط [٢٠/أ] صحة الفعل عبادة ولم يتبين الخطأ من بعدُ، لأن المراد وجه الله وقد أصاب وما أخطأه»[(١)]، وخرج على هذا فصل الحاكم إذا اجتهد ثم ظهر له النص، لأن الأصل هو النص في الحادثة إذا وُجِدَ وقد أخطأه، وهاهنا الأصل وجه الله وقد أصابه على ما بيّنا.

وكذلك في سائر المسائل، هذا استدلال أبي زيد في الأسرار بالآية

= عن أشعث السمان عن عاصم بن عبيد الله.

ورواه الترمذي في سننه: ٤/٦٨ مع التحفة وقال: «هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث أشعث السمان أبي الربيع عن عاصم بن عبيد الله، وأشعث يضعف في الحديث». اهـ.

ورواه الدارقطني في سننه عن أشعث السمان: ١/٢٧٢.

ونقل الزيلعي في نصب الراية عن ابن القطان قوله: «الحديث معلول بأشعث وعاصم، فأشعث مضطرب الحديث ينكر عليه أحاديث، وأشعث السمان سيء الحفظ، يروي المنكرات عن الثقات وقال فيه عمرو بن علي الفلاس: متروك» اهـ. نصب الراية: ١/٣٠٤.

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/٣٦/أ/ب، مراد ملا.

قال: «والمعنى أن التكليف من الله تعالى مبني على وسع العبد أو دونه، وليس في وسع الغائب عن الكعبة إصابة عينها فإن النجوم تدل على الجهة دون العين فسقط إصابة العين بالإجماع، فكذلك إصابة جهة الكعبة تسقط إلى جهةٍ هي جهة الكعبة، في ظنه وتحريه إذا تغيمت السماء»[1]، وفُقِدت الدلائل، لأنه ليس في وسعه إصابة الجهة حقيقة، وبقي الأمر بالصلاة إلى جهةٍ هي جهة الكعبة وقد فَعَلَ وأدّى الصلاة إلى ما كُلِّفَ وَفَعَلَها على الشرط الذي أُمِرَ فلا يجب عليه إعادتُها بحال.

وربما يعبرون عن هذه فيقولون: إن الغائب عن الكعبة لا يعرفها إلا بالدليل، وقد خفيت الدلائل ولم يبق إلا فراسةُ القلب وشهادتُه فإذا صلى على ذلك وتوجه إلى جهةٍ شهد قلبه أن الكعبة في تلك الجهة فقد أتى ما أُمر.

واستدلوا من حيث الحكم في أنه غير مأمور بالصلاة إلى الكعبة حقيقة أنه لو تحرى ومال رأيه إلى جهةٍ ثم ترك الجهة وصلى إلى جهة أخرى وتبين أنه أصاب الكعبة لا تجوز صلاته لأنه خالف القِبلة، ولو كانت قِبلته الكعبة لجازت صلاته، كما نقول فيما لو تحرى في الثوب أو الماء في موضع الجواز عندنا وترك تحريه وصلى في الثوب الآخر أو توضأ بالماء الآخر ثم تبين أنه قد أصاب من الثوب الطاهر أو الطاهر من الماء فإنه تجوز صلاته.

ثم قالوا: في مسألة الثوب والماء، الدليل الموصل إلى نجاسة الثوب والماء قائم في حال الاستعمال، لأنه إما أن يعلم بخبر مخبرٍ أو أثر يراه أو كان في وَسِعه تحصيل ذلك العلم بالطريق الذي ثبت له العلم بعد ذلك ومتى

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/٣٦/أ/ب، مراد ملا.




حَصَّله يبقى معه، فإنه متى علم بنجاسة الثوب ونجاسة الماء يبقى معه ذلك العلم، فلما لم يحصّل ذلك كان لتقصيرٍ وتفريطٍ من جهته فلم يكن معذورًا إلا أنه لا يأثم لأنه يلحقه الحرج في تحصيله وإن كان في وسعه، فمن حيث إنه يلحقه الحرج في تحصيله لا يأثم وتحرّيه الصلاة إذا بقي الاشتباه، ومن حيث إنه يمكنه تحصيله لم يسقط الخطاب باستعمال ماء طاهر والصلاة في ثوب طاهر.

وأما في مسألتنا فأكثر ما في الباب أن يتعلم علم النجوم ويعرف الدلائل إلا أن هذه الدلائل لا تبقى معه حال الاشتباه، فلم يبق دليل سوى التَّحري والتَّحري لا يوصله إلى جهة الكعبة حقيقة فثبت سقوطها وبقي عليه ما في وَسِعه.

قالوا: وكذلك إذا اجتهد الحاكم في حادثةٍ ثم ظهر النص، لأنه مقصّر في طلب النص، لأنه لو طلبه على وجهه لأصابه، فلم يكن معذورًا.

فإن قلتم: هو مقصر هاهنا أيضًا؛ لأنه كان في وَسِعه أن لا يسافر.

نقول: السفر مباح له، وربما يجب في مواضع فلا يُعدُّ مقصرًا بالسفر وليس كما لو تبين أنه صلى قبل دخول الوقت، لأنها لم تجب عليه بعدُ، لأنها تجب بدخول الوقت وأداء الواجب قبل الوجوب لا يتصور.

وأما هاهنا فإن الصلاة واجبة، وإنما الكلام في شرط الأداء وهو أصابه، وقد أصاب ما كُلّف على ما سبق.

قالوا: وأما أصل الطلب إنما يوجب، لأن الطلب مطمع للوصول وإن

كان غير موصلٍ حقيقة فوجب لهذا.

يبينه: أنه لما وجب الطلب لرجاء أن يُصيبَ قام رجاء الإصابة مقام حقيقة الإصابة في حق جواز الصلاة، وسقط عنه إصابةُ الكعبة حقيقةَ العجز.

وهذا كالغازي افترض عليه الرمي إلى الكافر لرجاء إصابة الكافر وإذا رمى ولم يُصِبْ نال من الثواب ما لو أصاب، لأن الإصابة متعذرة عليه فقام رجاء الإصابة مقام حقيقة الإصابة(١). ويلزمون على قولنا أنه ظهر ذلك فيما إذا صلى أربع صلوات إلى أربع جهات بالاجتهاد، فإنه لا يلزمه إعادة شيء منها(٢)، وإن تيقن الخطأ في ثلاثة صلوات منها.

ويلزمون أيضًا إذا تيامن أو تياسر ثم ظهر ذلك فإنه لا يلزمه الإعادة كذلك إذا استدبر.

۞ الجواب:

قد دللنا أنه مأمور [٢٠/ب] بالتوجه إلى الكعبة عند الاشتباه، ودللنا عليه بدلائل معتمدة، ووجوب الطلب دليل قوي أيضًا، لأن الواجب بالتحري طلب الكعبة ووجوب طلبها دليل بقاء الأمر بالتوجه إليها.

فأما تعلقهم بالآية فهي نزلت في صلاة المسافر على الراحلة أينما توجهت به راحلته هكذا رواه ابن عمر(٣).

(١) الأسرار: ١/١٣٦/أ.

(٢) المبسوط: ١/١٩٤.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ٥/٢٠٩، مع النووي، في باب جواز صلاة النافلة على الدابة حيث توجهت، ورواه الطبري في تفسيره: ١/٥٠٣، وقال ابن العربي في أحكامه: «وهو صحيح=

وخبرهم رواه أبو الربيع السمان[1] وعمر[2] بن قيس عن عاصم[3] بن عبيد الله[4] وهم متروكون ضعفاء[5].

وقد روى الدارقطني هذا الخبر برواية جابر بن عبد الله بأسانيد حسنة[6].

وذكر ابن أبي حاتم عن أبيه وأبي[7] زرعة أن خبر ابن عمر في الباب أحسن وأقوى في الإسناد[8] من خبر عامر بن ربيعة وجابر، فيكون الأخذ به أولى.

وأما الذي قالوا: إن «الواجب استقبال الله تعالى».

= وقوي في النظر»: ١/٣٤.

(١) أبو الربيع السمان: أشعث بن سعيد البصري أبو الربيع السمان، متروك، من السادسة، روى له الترمذي وابن ماجه، ينظر: التقريب ص٣٧، وقد سبق تخريج الحديث عند الترمذي.

(٢) رواه أبو داود الطيالسي في مسنده من رواية الأشعث وعمرو بن قيس. ينظر: مسند أبي داود الطيالسي ص١٥٦ رقم ١١٤٥.
ورواه البيهقي في سننه: ٢/١١ من طريق الطيالسي في مسنده وفيه عمر بن قيس.

(٣) عاصم بن عبيد الله بن عاصم بن عمر بن الخطاب العدوي المدني، ضعيف، من الرابعة، مات في أول دولة بني العباس سنة ١٣٢هـ.
روى له البخاري في أفعال العباد وأبو داود والترمذي والنسائي، وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص١٥٩.

(٤) في المخطوط: عبيد، والتصحيح من مسند الطيالسي والبيهقي.

(٥) ينظر: التقريب: ٣٧، ١٥٩، التحقيق لابن الجوزي: ١/١٥٦، النكت ورقة ٣٥/أ.

(٦) ينظر: سنن الدارقطني: ٢/٢٧١.

(٧) في المخطوط: ابن.

(٨) علل الحديث لابن أبي حاتم: ١/٧٦.

قلنا: هذا شيء مخترع مردود على قائله. وإذا زعموا أنه لا جهةَ له كيف يتصور استقباله[1]؟، وإنما الواجب هو التوجه إلى الكعبة بنص الكتاب والسُّنة وإجماع الأمة، وإنما وَقَعَ لهم هذا الكلام من قوله تعالى: ﴿فَأَيْنَمَا تُوَلُّواْ فَثَمَّ وَجْهُ ٱللَّهِ﴾.

وقد بيّنا أنه ورد لا في موضع الخلاف، وعلى أن المراد من قوله ﴿وَجْهُ ٱللَّهِ﴾ رضا الله أو عبارة عن القبول، وبه نقول في الموضع الذي حملنا عليه الآية.

وأما المعنى الذي تعلقوا به فهو مبني على حرفٍ واحدٍ وهو أنه لا يجوز أن يكلّف الإنسان ما ليس في وَسِعه، وليس في وسعه إصابة الكعبة حقيقة فسقط الأمر بالتوجه إليها.

قلنا: نحن لا نكلفه ما ليس في وَسِعه فإنّا، وإن بقينا الأمر الأول عليه، فإنما نكلفه بذلك الأمر ما يطيقه وما هو في وَسِعه، فإنّا نقول: عليك طلب الكعبة لتصور الوصول، ثم وإن وصلت بهذا الطلب فقد حصل المقصود، وإن لم تصل وَظَهَرَ لك يقين الخطأ فعليك أن تعيد الصلاة إلى جهة الكعبة، فيبقى واجب الأمر الأول عليه على هذا الوجه وهو في وَسِعه قطعًا، ونظيره المسائل التي أوردناها، ونختار منها:

مسألة اجتهاد الحاكم، فإنها نظير هذه المسألة من غير ارتياب، فإن عليه

(١) في هذا رد على نفاة الجهة لله تعالى، وقد دل الكتاب والسنة على أن الله تعالى في جهة العلو، قال تعالى: ﴿ءَأَمِنتُم مَّن فِي ٱلسَّمَآءِ أَن يَخْسِفَ بِكُمُ ٱلْأَرْضَ فَإِذَا هِيَ تَمُورُ﴾ الملك: (١٦).

طلب النص ولم يسقط بخفائه، ولكنه وجب عليه الحكم باجتهاده، مع اعتقاد أنه إذا وجد النص بخلافه نَقَضَ الحكم وَحَكَمَ بما يوافقه، ولم يصر وجوب الحكم بالنص عليه حال الاشتباه تكليفًا إياه ما ليس في وَسِعه، كذلك هاهنا.

وعذرهم عن هذه المسألة ومسألة الثوب والماء أنه مقصر، ليس بشيء، لأن المسألة مصورة فيما إذا لم يقصر وطلب بغاية الجهد ولم يجد ولهذا لم يأثم.

وقولهم: «إنما لم يأثم للحرج».

قلنا: فأسقطوا عنه أصل الأمر للحرج، وكذلك مسألة الصلاة قبل الوقت لازمة أيضًا.

وقولهم: «إنه صلى هناك قبل الوجوب».

قلنا: وهاهنا بلا شرط الجواز وقد عدّت هذه المسألة من المشكلات.

وقد اتضح بما بيناه غاية الوضوح ولم يبق إشكال أصلًا.

وأما إذا صلى أربع صلوات إلى أربع جهات فقد مُنِعَ، وعلى أن الصلاة التي أخطأ فيها القبلة غير متعينة له فلم يجب عليه الإعادة مثل ما لو قضى في حادثة بأحكامٍ وعلم أن فيها نصًا يوافق بعضها ويخالف البقية، ولا يدري أيها يوافق فإنه لا ينقض شيئًا من الأحكام.

وأما مسألة ظهور التيامن والتياسر، لأن هناك ما ظهر يقين الخطأ، لأن القبلة عين الكعبة ولا يصيبها إلا بالاجتهاد، وقد فَعَلَ ما فَعَلَ بالاجتهاد فلو

أُمِرنا بالإعادة نقضنا الاجتهاد بالاجتهاد، وفي مسألتنا تبين يقين الخطأ حتى نقول: لو تبين يقين الخطأ في تلك المسألة نقول يجب عليه الإعادة. والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة):

إذا صلى الصبيّ في أول الوقت ثم بَلَغَ في آخره لا إعادة عليه عندنا[1].

وعندهم: عليه الإعادة[2] وهو اختيار المزني[3].

والمسألة في نهاية الإشكال وهي واضحة للمخالفين، لأن المؤدَّى في أول الوقت نفل فإذا أدرك بالبلوغ آخر الوقت وجب فرض الوقت عليه.

ألا ترى أنه لو لم يكن صلى وجب عليه، ولأنه وقت الوجوب فإذا أدركه بالغًا فقد أدرك وقت الوجوب فأفاد الوجوب، وإذا ثبت وجود سبب الوجوب فلو سقط سقط بالمفعول في أول الوقت، وقد بيّنا أنه نفل، والنفل لا يسقط به الواجب.

وأما دليل صحة مذهب الشافعي رحمة الله عليه فقد قال بعض أصحابنا:

---

(١) المنهاج مع المغني: ١/١٣٢، وقال النووي في المنهاج: «على الصحيح» الأم: ١/٧١، المجموع: ٣/١٣، حلية العلماء: ٢/٦.

(٢) رؤوس المسائل: ١٤٣، المبسوط: ٣/٩٥، بدائع الصنائع: ١/٢٩٢، جامع أحكام الصفار: ١/١٣٩، الأسرار: ١/٣٥/ب، مراد ملا.
وهو قول المالكية، الإشراف للبغدادي: ١/٦٥.
وهو المذهب عند الحنابلة، الإنصاف: ١/٣٣٩٧، المغني: ٢/٥٠.

(٣) وهو القول المقابل الصحيح. مغني المحتاج: ١/١٣٢، حلية العلماء: ٢/٩.

إن فرض الوقت يجب على الصغير وجوب مثله بدليل ورود الأمر [٢١/أ] به والضرب عليه عند الامتناع، وبدليل الأمر بالوضوء وهو واجب، وإذا وجب عليه وقد فَعَلَه فلا يجب ثانيًا.

وهذا ليس بشيء؛ لأن البلوغ شرط التكليف في العبادات البدنية بالإجماع بنص النبي ﷺ، ولأن حدّ الواجب ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه، وهذا لا يوجد في حق الصغير.

وإن قلتم: إن هذا في البالغ، فهو ساقط، لأن حد الشيء لا يختلف لشخصٍ وشخصٍ.

وقول القائل: «يجب عليه وجوب مثله»، كلام لا يُفهم، والواجب واحد في جميع المواضع وعلى جميع الأشخاص.

وأما الأمرية والضرب فهو للتأديب والتمرين بفعله ليتخلق ويعتاد ذلك وينشأ عليه.

وأما الوضوء فلا نقول إنه واجب، لكنه نفل يشرط لنفل.

ومن أصحابنا مَنْ قال: إن المؤدّى وظيفة الوقت(١)، لأنه طهر، ولهذا يؤم بنية الطهر ولو لم ينو يقال له: اعد، ووظيفة الوقت لا يثنى كما في حقّ البالغ.

يبينه: أن تثنية وظيفة الوقت يؤدي إلى الحرج، والحرج مدفوع، ولهذا لا ندعي الوجوب، ونسلم أن المفعول نفل، ولكن نقول: هو وظيفة الوقت

---

(١) المجموع: ١٣/٣.

مع النفلية، وهذا أمثل من الأول.

وهم يقولون: ليس بوظيفة الوقت حقيقة، ولكن في صورة وظيفة الوقت أُمر به للاعتياد والتخلق، لأن وظيفة الوقت في الحقيقة هو الفرض ولا فرض عليه.

۞ الجواب:

إن منع كونه وظيفة الوقت لا يمكن، لأنها صلاة مأمور بها في وقتٍ محدودٍ معلومٍ لا يتوجه الأمر بها إلا بالوقت وينتهي بانتهاء الوقت، وهذا معنى قولنا: «وظيفة الوقت»، وأما صفة النفل والفرض من وراء ذلك.

والمعتمد في المسألة أن نقول: لم يدرك بالبلوغ وقت الوجوب فلا تجب عليه الصلاة، كما لو بَلَغَ بعد مضي الوقت.

وإنما قلنا ذلك، لأن الوقت غير مراد لعينه، وإنما هو مضروب للصلاة، فإذا اتصل به الصلاة المضروب لها الوقت انتهى في حق المصلي، لأنه إذا كان إنما شرع لمعنىً فإذا تم ذلك المعنى وانتهى لم يكن لبقاء الوقت معنىً.

وهذا لأن وقت الصلاة بعد الفراغ عن الصلاة لا عَمَلَ له في معنىً ما، فلم يكن وقت الصلاة، بل كان زمانًا من الأزمنة مثل سائر الأزمنة.

فأما في حق غير المصلي فيبقى الوقت مشروعًا في حقه بظهور عمله وفائدته.

فإن قالوا: هذا الذي قلتم يستقيم في حق البالغ، لأنه أدّى الفرض، ولا يستقيم في حق غير البالغ، لأنه لم يؤدّ فرض الوقت فيبقى الوقت في




حقه لطمع الأداء وترجيه في ثاني الحال.

قلنا: هو قد أدّى المشروع له الوقت، وهذا لأن الوقت شرع في حقه لصلاةٍ يؤديها، فإذا أدّاها انتهى الوقت في حقه مثل ما ينتهي في حق البالغ، وهذا غاية الوسع.

والإشكال عظيم في المسألة، وقد تعلقوا بالحج إذا فعله الصبي ثم بلغ يلزمه، وإنما ألزموه ذلك؛ لأن الواجب فريضة العمر فعيّن لفعله أكمل حالات الإنسان شرعًا ليجعل بفعله في هذه الحالة كالمستوعب لجميع عمره بفعله، وهذا لا يوجد في حال الصغر، لأنه حالة ناقصة ولا يمكن أن يجعل بفعله فيه بمنزلة المستوعب لجميع عمره بفعله، لأن الحالة الناقصة لا تنتظم الحالة الكاملة والحالة الكاملة جاز أن تنتظم الحالة الناقصة. والله أعلم.



❊ (**مَسْأَلَة**):

القراءة واجبة في جميع الركعات عندنا[1].

وعندهم: تجب في ركعتين منها[2].

---

(١) المنهاج: ١/٢٥٦، المجموع: ٣/٢٩١، شرح النووي على المسلم: ٤/١٠٣، المهذب: ١/١٠٤.
وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة، وهو قول المالكية.
المغني: ٢/١٥٦، التحقيق لابن الجوزي: ١/٣٣٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ١/٢٠١، المدونة: ١/٦٥، الإشراف للبغدادي: ١/٧٥.

(٢) قال الكاساني في بدائعه: «أما بيان محل القراءة المفروضة فمحلها الركعتان الأوليان عينًا في الصلاة الرباعية، وهو الصحيح من مذهب أصحابنا. =

❁ لنا:

حديث الأعرابي أن النبي ﷺ علّمه الصلاة والقراءة ثم قال: «وكذلك افعل في كل ركعة»[1]، والأمر على الوجوب.

فإن قالوا: إن قوله: «افعل» ينصرف إلى الفعل دون القول.

قلنا: بل ينصرف إلى الكل. ألا ترى أنه ينصرف إلى التكبيرات والتسبيحات وإن كان من المقول لا من المفعول، وهذا لأن الذكر فعل الإنسان فهو كفعل سائر الجوارح، ولأن الثالثة والرابعة ركعة من الصلاة فتجب فيها القراءة كالأولى والثانية، وهذا قياس جلي شَبَهًا.

ويمكن أن يقال من حيث المعنى: إن القيام متردد بين العادة والعبادة فوجبت القراءة لتمييز العبادة من العادة، وهذا المعنى موجود في جميع الركعات.

ألا ترى أن الركوع والسجود لما كان متميزًا عن العادة بذاته لم تجب

= وقال بعضهم: ركعتان منها غير عين، وإليه ذهب القدوري، وأشار في الأصل إلى القول الأول فإنه قال: إذا ترك القراءة في الأوليين يقضيها في الأخريين، فقد جعل القراءة في الآخريين قضاء عن الأوليين فدل على أن محلها الأوليان عينًا» أهـ.
بدائع الصنائع: ٢/٣٢٦، مختلف الرواية ورقة ٣٨/أ، مختصر الطحاوي: ٥٨، وهو رواية عن الإمام أحمد. المغني: ٢/١٥٦.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٢/٢٣٧ مع الفتح، في باب وجوب القراءة للإمام والمأموم، ومسلم: ٤/١٠٧ مع النووي، في باب قراءة الفاتحة في كل ركعة، وأبو داود في سننه: ١/٥٣ مع المعالم، في باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود.
والترمذي في سننه: ٢/٩٧ مع العارضة، في باب ما جاء في وصف الصلاة، والنسائي في سننه: ٢/٩٦، في باب فرض التكبيرة الأولى، والإمام أحمد في مسنده: ٢/٤٣٧.

فيها التسبيحات، والقعود لما تردد بين العادة والعبادة كيف وجب التشهد [٢١/ب] المميز فيه. ويقال أيضًا: إن الثانية تكرار الأولى والثالثة تكرار الثانية فيجب فعله على رسم الأولى والثانية لهما وإلا لم يكن.

❁ أما حجتهم:

نقلوا عن عليّ، وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا في المصلى: إنه بالخيار في الركعتين الأخريين إن شاء قرأ وإن شاء سبّح»[1]. ولأن القراءة في الأخريين ذكر يخافت به في جميع الأحوال فلم يكن واجبًا.

دليله: التسبيحات، وهذا لأن الصلاة في الأصل ركعتان على ما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت في السفر وزيدت في الحضر»[2]، وإذا كان كذلك فالركعتان أصل والباقي من ركعةٍ

(١) ذكره في المغني استدلالًا لأبي حنيفة: ١٥٦/٢، الأسرار ورقة ١٠٢/أ.
وقال ابن الجوزي في التحقيق: «إنه موقوف على عليّ، غير مرفوع وراويه الحارث الكذاب».
وقال ابن عبد الهادي بعد ذلك: «وهو ضعيف جدًا» التحقيق: ٣٣٢/١، قال الخطابي في المعالم: «وقد تكلم في الحارث قديمًا وممن طعن فيه الشعبي رماه بالكذب، وتركه أصحاب الصحيح، ولو صح ذلك عن عليّ رضي الله عنه لم يكن حجة، لأن جماعة من الصحابة قد خالفوه في ذلك منهم أبو بكر وعمر وابن مسعود وعائشة وغيرهم، وسنة رسول الله أولى ما اتبع، بل قد ثبت عن عليّ من طريق عبيد الله بن أبي رافع أنه كان يأمر أن يقرأ في الأوليين من الظهر والعصر بفاتحة الكتاب وسورة وفي الأخريين بفاتحة الكتاب» اهـ. معالم السنن: ٥٣٥/١.
قلت: وقد روى حديث أبي رافع: الدارقطني في سننه: ٣٢٢/١ وقال: هذا إسناد صحيح عن شعبة.
أما ما يروى عن ابن مسعود فلم أجد مَنْ نسبه إليه من أصحاب المصنفات والآثار.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده: ٢٤١/٦، والبيهقي في سننه: ١٤٥/٣، في باب إتمام المغرب في السفر والحضر.




في المغرب واثنتين في الصلوات ذوات الأربعة زيادة وقد بنيت على الخِفّة في الشرع ولهذا لا تقرأ السورة ولا يجهر بالقراءة فيها، ومن الخِفّة ألا تجب القراءة بل تُسَنّ.

وأيضًا فإنه لما لم تكن الركعتان الأخراوان أصلًا بل كان زيادة لم يتحقق فيهما التكرار الذي احتججتهم به؛ لأن الأصل لا يكرر بما ليس بأصلٍ.

قالوا: وأما الذي قلتم بأن القراءة مميزة بين العادة والعبادة فليس بصحيحٍ؛ لأنه لو كان هذا المعنى يفيد الوجوب لوجب التشهد في القعود الأول، وبالإجماع هو غير واجب.

❁ **الجواب:**

أما التعلق بالمخافتة فضعيف، لأن القراءة تخفيها في الظهر والعصر في جميع الأحوال وهي واجبة، وعلى عكس هذا فإن الإمام يجهر بالتكبيرات الفواصل بين الأركان وهي غير واجبة، وهذا لأن الجهر والمخافتة اتباع محض، ولا يهتدي إليهما قياس بحال.

وأما قولهم: «إن الأصل ركعتان».

قلنا: لا، بل كل الواجب أصل.

يبينه: أنه وجب في كل واحد من الركعتين الأخراوين من الفعل ما وجب في الأوليين، دل أنهما أصل مثل الأوليين، والخبر الذي رووه عن عائشة فليس فيه دليل، لأنه يجوز أن يجب من بعدُ ويصير أصلًا مثل الأول




كالشرائع التي وجبت شيئًا فشيئًا صارت كلها أصولًا وأركانًا.

فإن تعلقوا بالسقوط في السفر، فليس بشيء؛ لأن الركعة الثالثة في صلاة المغرب لا تسقط وليست بأصلٍ على ما زعموا، ولأن عندنا ما سقط ولكن القصر رخصة كما أن الإفطار رخصة.

وأما قولهم: «إنه وجبت الركعتان الأخريين[1] على طريق الخِفّة».

قلنا: ليس لهم على هذا دليل سوى حذف السورة منهما، وهذا ممنوع على أحد القولين فإنه يشرع قراءة السورة فيهما كما يشرع في الركعتين الأوليين[2]، وعلى أنه لا يدل شرع الخِفّة من هذا الوجه على سقوط أصل القراءة، فإنه قد شرع في الركعة الثانية في الصبح على أصلهم نوع خِفّة حتى إنه لا يطول فيها ما يطول في الأولى، ومع ذلك تجب القراءة فيها مثل ما تجب في الأولى.

وأما الذي تكلموا به على فصل التمييز بين العادة والعبادة من إلزام فصل التشهد الأول.

قلنا: وجب التشهد في الجملة، فإنه إن لم يجب الأول فقد وجب الثاني، وعلى إنه خرج عن هذا الأصل بالنص الوارد في إسقاط وجوبه على ما عرف.

وأما تعلقهم بأثر عليّ وابن مسعود.

فقد قيل: إن الراوي عن عليّ هو الحارث الأعور[3]، وقد زعم الشعبي

---

(١) في المخطوط: الأخروان.

(٢) حلية العلماء: ٢/٩٤.

(٣) تقدمت ترجمته: ينظر: التقريب: ٦٠.

أنه كان كذابًا، وعلى أن قول الصحابي الواحد والاثنين لا يقدّم على القياس عندنا[١]، اللهم إلا أن ينتشر في الصحابة ولا يظهر مخالف، فينزل منزلة الإجماع[٢]، وعلى أن التعلق بالظاهر من أفعال النبي عليه السلام أولى، وقد قرأ النبي عليه السلام في الركعات الأربع[٣] وقال: (صلوا كما رأيتموني أُصلي)[٤]. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

قراءة الفاتحة ركن في الصلاة عندنا[٥].

وعندهم: الركن أصل القراءة[٦]، فأما قراءة الفاتحة سُنَّة.

---

(١) وهو أحد قولي الشافعي وأحمد في إحدى الروايتين عنه والكرخي.
ينظر: الأحكام للآمدي: ٣/١٩٥.

(٢) قواطع الأدلة للمؤلف ورقة ١٦٢/ب مخطوط.

(٣) وقد جاء ذلك في حديث أبي سعيد الخدري عند مسلم ولفظه: «إن النبي ﷺ كان يقرأ في صلاة الظهر في الركعتين الأوليين في كل ركعة قدر ثلاثين آية، وفي الأخريين قدر خمس عشرة آية، أو قال: نصف ذلك وفي العصر في الركعتين الأوليين في كل ركعة قدر قراءة خمس عشرة آية، وفي الأخريين قدر نصف ذلك» اهـ.
ينظر: صحيح مسلم مع النووي: ٤/١٧٢، في باب القراءة في الظهر والعصر.

(٤) رواه البخاري في صحيحه، ٢/١١١ مع الفتح، في عدة مواضع منها في باب الأذان للمسافرين إذا كانوا جماعة، والدارمي في سننه: ١/٣٨٦، والإمام أحمد في مسنده: ٥/٥٣.

(٥) المجموع: ٣/٢٩٠ ـ ٢٩٤، المهذب: ١/١٠٤، حلية العلماء: ٢/٨٤، المنهاج: ١/١٥٦.
وهو قول مالك وأحمد.
أحكام القرآن لابن العربي: ١/٢، الإشراف للبغدادي: ١/٧٧، المقنع لابن قدامة: ١/١٦٦، الإنصاف: ١/٤٩.

(٦) بدائع الصنائع: ١/٣٢٨ ـ ٣٢٩، الأسرار لأبي زيد: ٩٨/أ، أحكام القرآن للجصاص:=

وزعم أبو زيد أن قراءة فاتحة الكتاب واجبة وليس بركن[1]، وجعل الفرق بين الركن والواجب أن ركن الصلاة ما تفسد بتركه الصلاة، والواجب لا تفسد بتركه الصلاة.

❊ لنا:

حديث الزهري[2] عن محمود بن الربيع[3] عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: (لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب)[4].

= ١٨/١، رؤوس المسائل: ١٤٨، مختصر الطحاوي: ٢٨.

(١) الأسرار لأبي زيد: ٩٩/ب.

(٢) الزهري: محمد بن مسلم بن عبيد الله القرشي الزهري وكنيته أبو بكر الفقيه الحافظ متفق على جلالته وإتقانه، وهو من رؤوس الطبقة الرابعة، مات سنة ١٢٥هـ، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٣١٨.

(٣) محمود بن الربيع بن سراقة بن عمرو الخزرجي أبو نعيم ـ أو أبو محمد ـ المدني، صحابي صغير، وجل روايته عن الصحابة، روى له الجماعة.
ينظر: التقريب: ٣٣٠.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٢٣٧/٢ مع الفتح، في باب وجوب القراءة للإمام والمأموم.
ومسلم في صحيحه: ١٠٠/٤، ١٠١ مع النووي، في باب وجوب قراءة الفاتحة.
وأبو داود في سننه: ٥١٤/١ مع المعالم، في باب من ترك القراءة في صلاته.
والترمذي في سننه: ٤٦/٢، ١٠٧، ١١٠ مع العارضة، في باب ما جاء في ترك القراءة خلف الإمام.
والنسائي في سننه: ١٠٦/٢، في باب إيجاب قراءة الفاتحة.
وابن ماجة في سننه: ٧٣/١ في باب القراءة خلف الإمام.
والدارمي في سننه: ٢٨٣/١ في باب لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب.
والإمام أحمد في مسنده: ٣١٤/٥، ٣١٦، ٣٢١، ٣٢٢.
والدارقطني في سننه: ٣٢١/١ وقال: هذا إسناد صحيح. =

وفي رواية: (لا صلاة لمن لم يقرأ بأم القرآن)(١).

وروى العلاء(٢) بن عبد الرحمن عن أبيه(٣) عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (كل صلاة لا يقرأ فيها فاتحة الكتاب فهي خداج)(٤).

وروى شعبة [٢٢/أ] عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه: (لا تجزئ صلاة لا يُقرأ فيها فاتحة الكتاب، قلتُ: فإن كنتُ خلفَ الإمام؟ فأخذ بيدي وقال: (اقرأ في نفسك يا فارسي)(٥).

وقد روى هذا الحديث جماعة سوى عبادة وأبي هريرة، منهم عمر بن الخطاب وجابر بن عبد الله، وعمران بن حصين، وروى أبو عثمان النهدي

= وابن خزيمة في صحيحه: ٢٤٦/١.
والبغوي في شرح السنة: ٤٥/٣.

(١) رواه مسلم في صحيحه: ١٠٠/٤ مع النووي.

(٢) العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحُرَقي أبو شبل المدني، صدوق، روى له مسلم والأربعة، والبخاري في جزء القراءة. ينظر: التقريب: ٢٦٨.

(٣) عبد الرحمن بن يعقوب الجهني المدني مولى الحُرقة ـ بضم المهملة وفتح الراء بعدها قاف ـ ثقة من الثالثة، روى له مسلم والأربعة والبخاري في جزء القراءة. ينظر: التقريب: ٢١٢.

(٤) قوله: (فهي خداج) معناه ناقصة نقص فساد وبطلان. المعالم: ٥١٢/١، وقد جاء في بعض الروايات: (غير تمام)، وفي المخطوط: في خداج.
هذا الحديث رواه أبو داود في سننه: ٥١٢/١ مع المعالم.
والترمذي في سننه: ١٠٧/٢ مع عارضة الأحوذي.
وابن خزيمة في صحيحه: ٢٤٧/١، والبخاري في جزء القراءة: ١٧، ٢٢.

(٥) رواه ابن خزيمة في صحيحه: ٢٤٨/١.
والدارقطني في سننه بلفظ: «لا تجزي صلاة لا يقرأ الرجل فيها بفاتحة الكتاب».
وقال: هذا إسناد صحيح. اهـ: ٣٢٢/١.

عن أبي هريرة قال: «أمرني النبي صلى الله عليه أن أُنادي أن لا صلاة إلا بقراءة فاتحة الكتاب»[1].

وروى «أنه أعطاه نعليه» ليكون علامة له، والاعتماد على السُّنة، ولا مدخل للقياس في هذه المسألة.

❁ **وأما حجتهم:**

تعلقوا [بقوله تعالى: ﴿فَٱقْرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلْقُرْءَانِ﴾[2].

وبقوله: ﴿فَٱقْرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنْهُ﴾، فالتقييد بفاتحة الكتاب زيادة على كتاب الله وهو يجري مجرى النسخ، ولا يجوز ذلك بخبر الواحد، وكذلك الصلاة ثابتة بكتاب الله تعالى، وهي عبارة عن أركانها فلا يجوز إثبات ركن فيها إلا بالطريق الذي ثبت أصله. قال: والعدل من القول هو القول بين الكتاب والسنة فنأمره بالعمل ونوجبه ولا نفسد الصلاة بتركها، فعلى هذا راعينا حق كتاب الله تعالى الثابت باليقين، ولم نلحق به زيادة، وراعينا خبر الواحد بأن عملنا به، والأصل في خبر الواحد أنه يوجب العمل دون العلم][3].

قال: «ويجوز أن يكون الشيء واجبًا ولا يكون ركنًا، كالسعي عندنا واجب وليس بركن للحج، وصدقة الفطر واجبة وليست بركن من أركان الإسلام، وكذلك العمرة على أصلكم، وكذلك الطواف محدثا ومنكوسًا وعريانًا، وهذا لأن الأمر بالطواف وَرَدَ من غير قيدٍ فالتقييد ثبت بالسّنة فلا

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٢١، والبخاري في جزء القراءة: ٢٢.

(٢) سورة المزّمّل، آية (٢٠).

(٣) ما بين القوسين نقلًا عن الأسرار: ٩٨/أ.




نزيد لأنه نسخ بل نثبته تكميلًا وتحسينًا.

ولا تلزم القعدة الأخيرة، لأن الحسن بن زياد[1] روى عن أبي حنيفة أنها ليست بواجبة، ولأنه قد ثبت بالأخبار المتواترة أن النبي ﷺ لم يُسلم إلا بعد القعدة، والأمر بالصلاة في كتاب الله مجمل فيكون فعله ﷺ بيانًا لما لم يبينه الكتاب؛ بخلاف القراءة؛ لأن الآية ظاهرة مستغنية عن بيان رسول الله ولأن فعله يكون زيادة على كتاب الله تعالى وأنها نسخ وليس ببيان فيحمل فعله على بيان الكمال لأن الآية لم تتعرض له»[2].

قالوا: «ولأن فريضة الصلاة في الأصل متعلقة بالفعل دون القول فيكون فعل رسول الله بيانًا للفعل ولا يصير بيانًا للقول، لأن القول فرض زائد ثبت بقوله ﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنۡهُ﴾ وهو ظاهر لا بقوله: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ الذي هو مجمل»[3]. وهذا استدلال أبي زيد في المسألة ذكره في الأسرار.

وقد تعلق بعضهم بنوع آخر من الاستدلال، وهو أن الفاتحة مدنية وقد كان الجواز ثابتًا بالإجماع قبل نزول الفاتحة بلا فاتحة ولا يرفع هذا الحكم إلا بدليل مجمع عليه.

وقالوا: أيضًا: «إن القرآن لا يحفظ إلا بالقراءة وحفظه واجب وأن لا يهجر شيء منه ولا تجب القراءة إلا في الصلاة فلو عيّنا الفاتحة للركن

---

(١) الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب أبي حنيفة، مات سنة ٢٠٤هـ.
ينظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية: ٦٠ ـ ٦١.

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ورقة ٩٨/ب (مع بعض التصرف).

(٣) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ورقة ٦٨/ب.

وأوجبناها لصار الباقي مهجورًا غير محفوظٍ فوجب أن يجعل ركن القراءة غير متعينٍ لتأتي القراءة على جميع القرآن»(١).

وقالوا: أيضًا: «إن القرآن له أحكام مخصوصة نحو جواز الصلاة بقراءته وحرمة القراءة على الحائض والجنب وحرمة مسّ المصحف إلا طاهرًا وحرمة القراءة حيث لا يُسمع في مجامع الناس ووجوب الاستماع حيث يقرأ في الصلاة والخطبة ومواضعه إبانةً لشرفه ثم لا يختص شيء من القرآن بشيءٍ من هذه الأحكام حتى لا يصير الباقي مفضولًا فيصير مهجورًا، فكذلك في هذا بل أولى، لأن إبانة الشرف في هذا أكثر»(٢).

قالوا: «وأما أخباركم وردت زائدة على كتاب الله تعالى فلا تقبل، أو تحمل على الزيادة سُنّة، أو يقال: ثبتت هذه الزيادة عملًا لا علمًا فيلزمه القراءة وتجوز الصلاة بدونه»(٣)، وقد رووا عن النبي صلى الله عليه أنه قال: (لا صلاة إلا بقرآنٍ ولو بفاتحة الكتاب)(٤).

ورووا عن النبي ﷺ قال: (لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب أو غيرها)(٥)،

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ورقة ٩٨/ب، ١٠٠/أ.
(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ورقة ٩٩/ب، ١٠٠/أ.
(٣) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ورقة ١٠٠/أ.
(٤) نسبه الزيلعي في نصب الراية للطبراني في المعجم الأوسط.
وقال: لم يروه عن الحجاج بن أرطأة إلا ابن طهمان، نصب الراية: ٣٦٧/١.
ورواه أبو داود من طريق آخر في سننه: ٥١٢/١ مع المعالم.
ورواه أبو بكر الجصاص في أحكامه من طريق أبي داود: ٢٠/١.
(٥) ذكره الزيلعي في نصب الراية: ٣٦٧/١، وفيه أحمد بن عبد الله الكوفي المعروف باللجلاج، ضعيف قال ابن عدي: حدث بأحاديث مناكير لأبي حنيفة وهي باطلة، الكامل لابن عدي: ١٩٧/١.

ومعتمدهم التعلق بالآية، وقد أيدوا ذلك بحديث الأعرابي وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه قال له [٢٢/ب]: «ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن»(١).

۞ **الجواب:**

أما التعلق بالآية، قلنا: ليس فيها أكثر من الأمر بقراءة ما تيسر وما تيسر يختلف، لأنه قد تتيسر السورة الطويلة، وقد لا تتيسر السورة القصيرة، فصارت الآية مجملة من هذا الوجه، وصارت الأخبار التي رويناها بيانًا لها.

وأما قولهم: «إن إيجاب الفاتحة زيادة في الكتاب».

قلنا: قد تثبت الزيادة على الأصلين، لأن عندنا تجب الفاتحة، وعندكم يُسَن قرأتها حتى لو تركها يجب عليه سجود السهو، وإنما تثبت الزيادة عندكم بالسُّنة فكذلك الوجوب، وعلى أنّا بيّنا في مواضع من هذا الكتاب وغيره أن مثل هذا لا يُعدّ نسخًا ولا يجوز اعتقاد النسخ فيه أصلا، ومَنْ اعتقد النسخ في أمثال هذا فلم يعرف معنى النسخ.

وأما قول أبي زيد: «إن قراءة الفاتحة واجبة وليست بركنٍ حتى لا تفسد الصلاة بتركها»(٢).

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٢/٢٣٧ مع الفتح، في باب وجوب القراءة للإمام والمأموم.
ورواه أبو داود في سننه: ١/٥٣٤ مع المعالم.
وفي بعض رواياته: «ثم اقرأ بأم القرآن وبما شاء الله أن تقرا»: ١/٥٣٧، ٥٣٨.
وعند أبي داود من طريق آخر من حديث أبي سعيد بسند قوي: «أمرنا رسول الله ﷺ أن تقرأ بفاتحة الكتاب وما تيسر».
ينظر: سنن أبي داود: ١/٥١٢ مع المعالم، فتح الباري: ٢/٢٤٣.

(٢) الأسرار ورقة ٩٨/ب.

قلنا: إذا سلمت أنها واجبة لزمت قراءتها في الصلاة، وإذا لزمت صارت منها كأصل القراءة فيكون تركها مفسدًا لها.

وهذا لأن علامة الواجب في الصلاة فسادها بتركه.

وأما الذي قالوا: إن قراءة الفاتحة لم تكن واجبة فبقي الأمر على ما كان من قبل، ولأن الفرائض كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه على التعيين، وقد كانت القراءة واجبة من قبل من غير تعيين سورةٍ من القرآن، ثم وَرَدَ الشرع بتعيين سورة الفاتحة فوجب الصلاة على هذا المعيّن.

وأما قولهم: «إن تعيين الفاتحة يؤدّي إلى أن يصير باقي القرآن مهجورًا»، فهذا محال؛ لأنه إن كان إيجاب قراءة الفاتحة يؤدّي إلى هذا فاستنان قراءتها أيضًا يؤدّي إلى هذا، وهذا لأنّا وإن أوجبنا قراءة الفاتحة فيشرع معها قراءة غيرها من السورة فلا يؤدّي إلى ما قالوه.

وأما قولهم: «إن سائر الأحكام المتعلقة بالقرآن لا تختص بالفاتحة».

قلنا: سائر الأحكام قد تعلقت بالقرآن على العموم، وهذا على الخصوص بدليل أن عندنا قراءة الفاتحة على التعيين مشروعة على الوجوب وعندكم على السُنَّة.

وقد قال أصحابنا: إن قراءة القرآن لما وجب في الصلاة وجب أن تعين الفاتحة، لأن القرآن امتاز عن غيره بالاعجاز، وأقل ما يحصل به الإعجاز سورة، وهذه أشرف السُّور لأنها السبع المثاني.

ولأنها تصلح عوضًا عن جميع السُّور ولا يصلح جميع السُّور عوضًا عنها[1]، ولأنه تشتمل على ما لا تشتمل عليه سورة ما على قدرها من الآيات، وذلك مثل التمجيد والثناء للرب والاستعانة والاستعاذة والدعاء من العبد، وإذا صارت هذه السورة أشرف السُّور وحالة الصلاة أشرف الحالات فتعينت أشرف السُّور في أشرف الحالات.

وأما الخبران اللذان تعلقوا بهما فلا يثبت واحد منهما.

أما الأول فرواه أبو علي جعفر بن ميمون[2]، قال يحيى: ليس بثقة[3].

والخبر الثاني: رواه طريف بن شهاب السعدي[4]، قال أحمد: لا يكتب حديثه[5]، فلا يعارض ما ذكرناه. والله أعلم.



---

(١) كما رواه ذلك الدارقطني في سننه من حديث عبادة: ٣٢٢/١.

(٢) أبو علي جعفر بن ميمون التميمي بيّاع الأنماط، صدوق يخطئ، من السادسة، روى له الأربعة، ينظر: التقريب: ٥٦.

(٣) ينظر: قول يحيى وغيره في تهذيب التهذيب: ١٠٩/٢.
وقال العقيلي في روايته عن أبي عثمان عن أبي هريرة في الفاتحة: «لا يتابع عليه».

(٤) طريف بن شهاب ـ أو ابن سعد ـ السعدي البصري الأشل ـ بالمعجمة ـ ويقال له الأعسم ـ بمهملتين، ضعيف من السادسة، روى له الترمذي، وابن ماجة، ينظر: التقريب: ١٥٦، تهذيب التهذيب: ١٢/٥، وفي المخطوط: الشعري.

(٥) ينظر: قول الإمام أحمد في: تهذيب التهذيب: ١٢/٥.

※ (مَسْأَلَة):

«بسم الله الرحمن الرحيم» آية من الفاتحة عندنا ويُجهر بها في الصلاة[١].

وعندهم: ليست بآية من الفاتحة يخفيها عند القراءة[٢].

وقال أبو بكر الرازي[٣] من أصحابهم: إنها مفردة أنزلت للفصل بين السورتين[٤].

والمعتمد من الدليل لنا: أن التسمية مكتوبة في المصاحف بقلم الوحي

(١) النكت ورقة ٤٠/أ، المهذب: ١٠٤/١، حلية العلماء: ٨٥/٢، ٨٦، شرح النووي على مسلم: ١٠٤/٤، ١١١، معالم السنن: ٥١٣/١، روضة الطالبين: ٢٤٢/١.
ومعهم الحنابلة في كونها آية من الفاتحة. المغني: ١٥١/٢، الإفصاح: ١٢٦/١.

(٢) رؤوس المسائل: ١٥٠، المبسوط: ١٥/١، ١٦، مختصر القدوري: ٦٦/١، شرح معاني الآثار للطحاوي: ٢٠٥/١، الأسرار للدبوسي ورقة ٩٧/أ، ب، ومعهم الحنابلة في مسألة عدم الجهر بها، أما قراءتها فلابد من قراءتها في السرية والجهرية، الإفصاح: ١٢٦/١، المغني: ١٤٩/٢، وهو قول الإمام مالك في كونه ليست آية من الفاتحة، أما القراءة فهي لا تقرأ عنده سراً ولا جهراً، وإن قرأ بها في الجهرية فلا حرج، قال البغدادي في إشرافه: «والمستحب ترك قراءتها فإن قرأها لم يجهر بها»، وقال ابن عبد البر في الكافي: «ولا يقرأ فيها بسم الله الرحمن الرحيم، لا سراً ولا جهراً وهو المشهور من مذهب مالك».
الإشراف للبغدادي: ٧٥/١، ٧٧، الكافي: ٢٠١/١، المدونة: ٦٤/١، قوانين الأحكام الشرعية، لابن جزي: ٧٥، معالم السنن للخطابي: ٥١٣/١، وقال الحنابلة في رواية عن الإمام أحمد أنها ليست بآية من الفاتحة، قال ابن قدامة: «وهي المنصورة عن أصحابه» المغني: ١٤٩/٢.

(٣) أبو بكر الرازي هو: أحمد بن علي الجصاص كان إمام الحنفية في عصره، له أحكام القرآن وشرح مختصر الطحاوي، مات سنة ٣٧هـ، ينظر: الفوائد البهية في تراجم الحنفية: ٢٧، ٢٨.

(٤) ينظر: أحكام القرآن للرازي: ١٤/١.

على رأس كل سورة[١]، والصحابة ما أثبتوا في المصاحف إلا القرآن[٢] وكان مقصودهم بذلك صيانتَه عن الزيادة والنقصان.

ولهذا كرهوا التفاسير، وقالوا: جردوا القرآن، وإذا كانت التسمية مثبتة في المصاحف بقلم الوحي على رأس كل سورة، دل أنهم إنما أثبتوها في مواضعها لأنها من القرآن في موضعها المثبتة فصارت مثبتة كسائر آيات القرآن.

يبينه: أنه إذا لم تكن من القرآن في موضعها المثبتة فيه يؤدي إلى أن يكونوا خلطوا القرآن بغير القرآن، وهذا لا يجوز.

ويمكن أن يقال: إن ما بين الدفتين قرآن بإجماع الصحابة.

وقد اشتملت الدفتان على التسمية في مواضعها.

دل أنها من القرآن في مواضعها وهذا هو المعتمد من الدليل.

وقد تعلق الأصحاب بحديث ابن جريج عن عبد الله بن أبي مليكة عن أم سلمة أن النبي ﷺ عَدّ الفاتحة آية آية للأعرابي، وَعَدّ [٢٣/أ] بسم الله الرحمن الرحيم آية منها»[٣].

وبحديث ابن أبي[٤] بريدة عن أبيه أن النبي ﷺ قال: (لا أخرج من

---

(١) المجموع: ٣/٢٦٨، ٢٦٩، شرح النووي على مسلم: ٤/١١١.

(٢) المغني: ١/١٥١، شرح النووي على مسلم: ٤/١١١.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣١٣، وقال بعد ذلك: «واللفظ لعبد الله بن محمد إسناد صحيح، كلهم ثقات، قال لنا عبد الله بن محمد: رواه عمر بن هارون عن ابن جريج فزاد فيه كلامًا». أ. هـ.

وابن خزيمة في صحيحه عن عمرو بن هارون عن ابن جريج: ١/٢٤٨، ٢٤٩.

(٤) في سنن الدارقطني: «عن ابن بريدة عن أبيه».

المسجد حتى أعلمك آية لم تنزل على نبي بعد سليمان غيري) قال: ثم خَرَجَ وأخرج إحدى رجليه من المسجد فقلتُ في نفسي: لعله نسي فالتفت إليّ وقال: (بم تفتتح القراءة في الصلاة؟) فقلت: ببسم الله الرحمن الرحيم فقال: (هي هي)[1]، والاعتماد على الأول.

❁ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بحديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: يقول الله تعالى: (قسمتُ الصلاة بيني وبين عبدي نصفين، فإذا قال العبد: ﴿ٱلۡحَمۡدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلۡعَٰلَمِينَ﴾، يقول الله تعالى: حمدني عبدي، وإذا قال: ﴿ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾، قال الله تعالى: أثنى عليّ عبدي، وإذ قال: ﴿مَٰلِكِ يَوۡمِ ٱلدِّينِ﴾، قال: مجدني عبدي، وإذا قال: ﴿إِيَّاكَ نَعۡبُدُ وَإِيَّاكَ نَسۡتَعِينُ﴾، قال الله: هذا بيني وبين عبدي ولعبدي ما سأل)[2]. والاستدلال من وجهين.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣١٠ بلفظ قريب من هذا.
وذكره ابن الجوزي في التحقيق عن الدارقطني: ١/٢٩٥، وقال بعد ذلك: «يرويه سلمة ابن صالح الأحمر عن يزيد أبي خالد عن عبد الكريم أبي أمية، فأما سلمة وعبد الكريم فقال أحمد ويحيى: ليسا بشيء، وقال النسائي: يزيد متروك الحديث» اهـ. ينظر: التحقيق: ١/٢٩٧.
والحاكم في المستدرك: ٢/٢٥٨، وقال: هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(٢) رواه مسلم في صحيحه: ٤/١٠١ مع النووي، في باب وجوب القراءة في كل ركعة.
وأبو داود في سننه: ١/٥١٤ مع المعالم، في باب ترك القراءة في صلاته.
والترمذي في سننه: ١١/٧٩، ٨٠ مع العارضة، في باب ما جاء في افتتاح القراءة بالحمد لله رب العالمين.
وابن ماجة في سننه: ٢/١٢٤٣ في باب ثواب القرآن. =

ـ أنه صلى الله عليه لم يذكر التسمية ولو كانت آية منها لم يتركها، بل كان ينبغي أن يبتدئ بها.

والثاني: أنه قال: «بيني وبين عبدي نصفين»، وإنما يكون نصفين إذا قلنا إن التسمية ليست بآية من الفاتحة، لأن الفاتحة سبع آيات بإجماع الأمة، والذي لله ثلاث آيات ونصف من قوله: ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾... إلى قوله... ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ...﴾[1].

والذي للعبد ثلاث آيات ونصف من قوله: ﴿إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾[2]، إلى آخر السورة.

فأما إذا عددنا التسمية آية منها كان الذي لله أربع آيات ونصف، والذي للعبد ثلاث ونصف فلم يستقم قوله: «بيني وبين عبدي نصفين».

وتعلقوا بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان يفتتح الصلاة بالتكبير

= ومالك في الموطأ: ١/١٥٦ مع المنتقى في باب القراءة خلف الإمام فيما لا يجهر فيه الإمام بالقراءة، والنسائي في سننه: ٢/١٠٥، والإمام أحمد في المسند: ٢/٢٤١، ٢٨٥، ٤٦٠، والبغوي في شرح السنّة: ٣/٤٧.

والدارقطني في سننه وفيه: «إذا افتتح الصلاة ببسم الله الرحمن الرحيم فيذكرني عبدي» قال الدارقطني: وفيه عبد الله بن زياد بن سمعان متروك الحديث، وقد روى هذا الحديث جماعة من الثقات عن العلاء بن عبد الرحمن منهم: مالك وابن جريج وروح ابن القاسم... على اختلاف منهم في الإسناد واتفاقٍ منهم على المتن، فلم يذكر أحد منهم في حديثه بسم الله الرحمن الرحيم، واتفاقهم على خلاف ما رواه ابن سمعان أولى بالصواب» اهـ.

سنن الدارقطني: ١/٣١٢.

(١) سورة الفاتحة، الآيات (١ ـ ٥).

(٢) سورة الفاتحة، الآيات (٥ ـ ٧).

والقراءة بـ ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾[1].

وبحديث أنس قال: صليتُ خلف النبي ﷺ، وأبي بكر، وعمر فكانوا يفتتحون القراءة بـ ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾[2]، وفي رواية أخرى فلم أسمع أحدًا منهم يجهر بـ﴿بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾[3].

وبحديث عبد الله بن مغفل الذي ذكره في جامع أبي عيسى[4].

---

(١) رواه مسلم في صحيحه: ٤/٢١٣ مع النووي، في باب الاعتدال في السجود.
وأبو داود في سننه: ١/٤٩٤ مع المعالم، في باب مَنْ لم ير الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم.
وابن ماجه في سننه: ١/٢٦٧.
والإمام أحمد في المسند: ٦/٣١، ١٧١، ١٩٤، ٢٨١.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٢/٢٢٧ مع الفتح، في باب ما يقول بعد التكبير.
ومسلم في صحيحه: ٤/١١ مع النووي، في باب حجة مَنْ قال: لا يجهر بالبسملة.
والدارقطني في سننه: ١/٣١٥، ٣١٦.
وأبو داود في سننه: ١/٤٩٤ مع المعالم، في باب مَنْ لم ير الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم.
والترمذي في سننه: ٢/٤٥ مع عارضة الأحوذي في باب ما جاء في افتتاح الصلاة بالحمد لله رب العالمين.
والنسائي في سننه: ٢/١٠٤.
وابن ماجة في سننه: ١/٢٦٧ في باب افتتاح الصلاة.
والدارمي في سننه: ١/٢٨٣ في باب كراهية الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم.
ومالك في الموطأ: ١/١٥٠ مع المنتقى في باب العمل في القراءة.
والإمام أحمد في مسنده: ٣/١٠١، ١١١، ١١٤، ١٦٨، ١٧٧، ١٨٣، ٢٠٣، ٢٠٥، ٢٣٣، ٢٥٥، ٢٧٣، ٢٨٦، ٢٨٩.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ٤/١١٠ مع النووي.

(٤) ينظر: سنن الترمذي: ٢/٤٣، وقال الترمذي: حديث عبد الله بن مغفل حديث حسن والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من أصحاب رسول الله ﷺ منهم: أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وغيرهم.

والأخبار كلها ثابتة صحيحة[1].

وتعلقوا أيضًا بنوع من الاستدلال وهو: أنه لو كان التسمية من القرآن في كل موضع أثبتت، لنقل إلينا بطريق يوجب العلم بذلك، لأن القرآن لا يجوز إثباته إلا بمثل هذا الطريق، فأما بطريق الآحاد فلا سبيل إلى إثبات القرآن بمثله.

قالوا: ولا يجوز أن يعكس هذا، فيقال لهم: لو لم تكن من القرآن لنقل كونه غير القرآن بطريق مقطوع به موجب العلم؛ لأنه ليس عليهم نقل كل ما ليس من القرآن؛ لأن ذلك أمر يطول ولا ينحصر.

فأما ما هو من القرآن فعليهم أن ينقلوه إلينا ولو نَقَلُوا لوقع لنا العلم به.

قالوا: وأما الإجماع الذي تعلقتم به فهو ضعيف، لأنه لو ثبت كونه من القرآن بالإجماع لوقع لنا العلم به، ولكان يُكفّر جاحدُ ذلك وَيُفَسّقُ تاركه، وحين اختلفت الأئمة في ذلك اختلافًا ظاهرًا وساغ الاجتهاد فيه علمنا أنه لا إجماع.

۞ الجواب:

أما الاستدلال الذي تعلقنا به فمعتمد، وهو في الحقيقة إجماع استدلالي والإجماع على وجهين:

- إجماع نصي، وهو إجماع المجمعين على الشيء صريحًا.

- وإجماع استدلالي؛ مثل ما بينّا.

---

(١) استدل بهذه الأحاديث الدبوسي في الأسرار ورقة ٩٧/أ، ب.

فالأول يوجب العلم؛ القطعي، والثاني لا يفيد العلم القطعي لكنه يوجب العمل بأبلغ الدلائل الموجبة له، ونظيره «الحِجْر» فإنه من البيت بدليل لا يوجب العلم، بل يوجب العمل وهو الطواف عليه، وسائر الكعبة قبلة الناس بدليل مقطوع به يفيد العلم ويقطع العذر، وظهر بهذا الجواب عن قولهم: «إنه لو كان من القرآن لنقل كونه من القرآن بدليل يفيد العلم»، فإنّا نقول: هو من القرآن في رأس كل سورة عملًا لا علمًا ونظيره ما بينّا.

وكذلك على أصلهم قراءة ابن مسعود في قوله: «فصيام ثلاثة أيام متتابعات» فهو من القرآن عملًا لا علمًا.

وأما الأخبار التي رووها ففي معارضتها أخبار لنا ذكرنا بعضها، وقد ذكر الدارقطني الجهر بالتسمية عن النبي ﷺ برواية عليّ(١)، وابن عباس(٢)، وأبي هريرة(٣)، وابن عمر(٤)، والنعمان بن بشير(٥) وغيرهم(٦).

وأسانيدها وإن كان فيها مقال لكن يثبت بمجموعها ورود الجهر بالتسمية(٧).

---

(١) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٣٠٢، ٣٠٣، سنن البيهقي: ٢/٤٨.

(٢) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٣٠٤، سنن البيهقي: ٢/٤٨.

(٣) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٣٠٦، ٣٠٧، سنن البيهقي: ٢/٤٦، ٤٧.

(٤) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٣٠٥، سنن البيهقي: ٢/٤٨.

(٥) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٣٠٩.

(٦) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٣٠٨، ٣٠٩، فقد روي ذلك عن جابر بن عبد الله وأنس ابن مالك، وسمرة وغيرهم، سنن البيقي: ٢/٥٠.

(٧) وقد تكلم على عللها وأسانيدها ابن الجوزي في التحقيق: ١/٣٠٨ ـ ٣١١، والبيهقي في السنن: ٢/٤٦ ـ ٥٠.

وقال...[١] عبد الله الحافظ قد صح الجهر عن النبي صلى الله عليه ونقل ذلك عن الصحابة: عن ابن عباس، وابن عمر، وابن الزبير، وأبي هريرة [٢٣/ب] وجماعة من التابعين.

وقال إسحاق بن إبراهيم الحنظلي[٢]: إن المصلي بالخيار، إن شاء جَهَرَ وإن شاء أسر[٣]، فتعارض الأخبار في ذلك.

ونحن نقول: إن أخبارنا أولى لتضمنها زيادة لم تتضمنها أخبارهم.

ولأن الراوي للإسرار يجوز أن يكون بعيدًا عن النبي عليه السلام فلم يسمع، ولأن الأثبت من أخبارهم هو رواية مَنْ رَوَى أنهم يفتتحون القراءة بـ﴿ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾، ويحتمل أن يكون ذلك اسمًا للسورة، وقد كان افتتحها بـ﴿بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾.

وروي عن أنس أنه سُئِلَ: هل كان رسول الله يجهر أو يسرّ بالتسمية؟ فقال للسائل: «ما سألني عن هذا أحد قبلك وإني لا أحفظ»[٤].

وهذا يوهن ما رووا من خبر أنس، ولهذا لم يخرجه البخاري بذلك

(١) الكلمة غير واضحة في المخطوط، ولعله الحاكم أبو عبد الله.

(٢) إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي أبو محمد بن راهويه المروزي، ثقة حافظ مجتهد، قرين أحمد بن حنبل، ذكر أبو داود أنه تغير قبل موته بيسير، مات سنة ٢٣٨هـ، وله ٧٢ سنة. وروى له البخاري ومسلم وأبو داود، والترمذي، والنسائي.
ينظر: التقريب: ٢٧.

(٣) نسب الشاشي هذا القول في الحلية إلى ابن أبي ليلى، ثم قال: «قال ابن المنذر: كان إسحاق ابن راهويه يميل إلى الجهر ببسم الله الرحمن الرحيم». الحلية: ٨٢/٢.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ٣١٦/١ وقال الدارقطني: هذا إسناد صحيح.

اللفظ[١]، وإنما خرّجه مسلم وحده، لأنه متساهل[٢] في الأخبار ما لم يتساهل فيه البخاري[٣].

وأما الخبر الأول فيحتمل أنه لم يبتدأ بالتسمية، لأنه قد ذكر ﴿ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ﴾ من بعد فاكتفى به عن الأول.

وأما قوله: «نصفين».

قلنا: يجوز أن يكون معنى «نصفين» أي البعض لله تعالى والبعض للعبد[٤]، كقول الشاعر:

إذا متُ كان الناس نصفين شامت   بموتى ومثنٍ بالذي كنتُ أفعل[٥]

أراد البعض.

وقال شريح[٦]: أصبحتُ ونصف الناس عليّ غضاب[٧].

والله تعالى أعلم.

---

(١) يقصد لفظه: «فلم أسمع أحدًا منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم» لم يروها إلا مسلمٌ.
(٢) في المخطوط: ساهل.
(٣) لأن شرط البخاري اللقاء والمعاصرة، أما مسلم فالمعاصرة فقط تكفي عنده.
(٤) ينظر: معالم السنن: ١/٥١٣.
(٥) هذا البيت استشهد به الخطابي في معالم السنن: ١/٥١٣ وهو للعجير السلولي وقافيته: «بالذي كنت أصنع».
ينظر: كتاب سيبويه: ١/٧١، الخزانة: ٩/٧٢، النوادر لأبي زيد: ٤٤٢، الأزهية في الحروف للهروي: ١٩٠.
(٦) شريح بن الحارث بن قيس الكوفي النخعي القاضي أبو أمية، مخضرم ثقة، وقيل: له صحبة، مات قبل الثمانين أو بعدها، وله مائة وثمان وستون.
روى له البخاري في الأدب المفرد، والنسائي. ينظر: التقريب: ١٤٥.
(٧) ذكره في معالم السنن للخطابي: ١/٥١٣.

※ (مَسْألة):

تجب القراءة على المؤتم سواء أسر الإمام بالقراءة أو جهر بها، وهذا أصح قولي الشافعي[1] رضي الله عنه.

والقول الثاني: أنه تجب إذا أسَرّ الإمام ولا تجب إذا جهر[2]، وهو قول مالك[3]، وابن المبارك[4]، وأحمد[5] إلا أن أحمد لا يفسد الصلاة بترك القراءة خلف الإمام بحال[6]، وإنما يأمر بالقراءة استحبابًا[7].

وعند أبي حنيفة: تكره القراءة خلف الإمام بكل حال[8].

---

(١) النكت ورقة ٤٢/أ، حلية العلماء: ٨٨/٢، المجموع: ٢٩٥/٣، قال الترمذي في جامعه: «القراءة خلف الإمام هي قول أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ والتابعين، وبه يقول مالك، وابن المبارك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق».
سنن الترمذي مع العارضة: ١٠٩/٢، المهذب: ١٠٤/١، مختصر المزني: ٧٦/١ مع الأم، شرح السنة للبغوي: ٨٥/٣.

(٢) النكت ورقة ٤٢/أ، حلية العلماء: ٨٨/٢، المجموع: ٢٩٥/٣، المهذب: ١٠٤/١، مختصر المزني: ٧٦/١ مع الأم، شرح السنة للبغوي: ٨٥/٣.

(٣) الكافي في فقه أهل المدينة: ٢٠١/١، قوانين الأحكام الشرعية: ٧٦، عارضة الأحوذي: ١٠٨/١، المنتقى شرح الموطأ: ١٥٩/١.
قال مالك في الموطأ «الأمر عندنا أن يقرأ الرجل وراء الإمام فيما لا يجهر فيه الإمام بالقراءة ويترك القراءة فيما يجهر فيه الإمام بالقراءة» اهـ.
الموطأ مع المنتقى: ١٦٠/١، الاستذكار: ٢٥٩/٢.

(٤) المغني: ٢٥٩/٢.

(٥) المغني: ٢٥٩/٢، الإفصاح: ١٢٧/١.

(٦) المغني: ٢٦٥/٢، ٢٦٨، سنن الترمذي: ١١٠/٢ مع العارضة، الإفصاح: ١٢٧/١.

(٧) المراجع السابقة.

(٨) رؤوس المسائل ص ١٥٣، مختصر الطحاوي ص ٢٧، مختصر القدوري: ٧٥/١ مع=

❁ لنا:

قوله ﷺ في رواية عبادة بن الصامت: (لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب)[1]. ولا فصل بين الخبرين أن يكون منفردًا، أو خلف إمام يُقتدي به.

فإن قالوا: قد روى في بعض الأخبار (مَنْ صلى صلاة لم يقرأ بأم الكتاب فلم يصل إلا أن يكون وراء الإمام)[2]، رواه جابر عن النبي ﷺ.

فيكون خبر عُبادة محمولًا على حال الإنفراد بدليل هذا الحديث، ثم يكون معنى قوله: «لا صلاة» أي لم يصل، يعني صلاة كاملة.

قلنا: الذي رويتم صحيح عن جابر نفسه، رواه مالك عن وهب بن كيسان عن جابر. فأما عن النبي ﷺ فلا يصح[3]، وقيل: رَفَعَه يحيى ابن سلام[4]،

= الجوهرة، شرح معاني الآثار: ١/٢١٨.
وهو قول ابن حبيب وأشهب وابن عبد الحكم من المالكية.
ينظر: عارضة الأحوذي: ٢/١٠٨، المنتقى شرح الموطأ: ١/١٥٩.

(١) تقدم تخريجه في مسألة قراءة الفاتحة ركن في الصلاة...

(٢) رواه مالك في الموطأ موقوفًا على جابر رضي الله عنه.
ينظر: الموطأ: ١/١٥٥ مع المنتقى في سننه مرفوعاً: ١/٣٢٧.
والترمذي في سننه موقوفًا على جابر: ٢/١١٠ مع العارضة، وقال: «هذا حديث حسن صحيح» أ. هـ.
والطحاوي عن يحيى بن سلام مرفوعاً، ورواه عن ابن وهب عن مالك موقوفًا.
شرح معاني الآثار: ١/٢١٨.

(٣) قال الدارقطني في سننه: «والصواب أنه موقوف»: ١/٣٢٧.

(٤) يحيى بن سلام البصري، حدّث بالمغرب عن سعيد بن أبي عروبة ومالك وجماعة، ضعّفه=

ولا تقوم بروايته حُجة لضعفه وقلة تثبته[1].

وظاهر العموم لا يخص عندنا بقول صحابيٍ واحدٍ.

وقد نتعلق من جهة الخصوص بما رَوَى محمد بن إسحاق[2] عن مكحول عن محمود بن ربيع عن عبادة بن الصامت قال: صلى رسول الله صلى الله عليه صلاة الصبح فثقلت عليه القراءة فلما انصرف قال: (إني أراكم تقرؤون وراء إمامكم)، قال: قلنا يا رسول الله: إي والله، قال: (لا تفعلوا إلا بأم القرآن فإنه لا صلاة لمن لم يقرأها)، أورده أبو عيسى[3] على هذا الوجه قال: وفي الباب عن أبي هريرة[4]، وعائشة[5] وأنس، ....

= الدارقطني، وقال ابن عدي: يُكتب حديثه مع ضعفه، توفي سنة ٢٠٠هـ.
ينظر: لسان الميزان: ٢٥٩/٥، الكامل لابن عدي: ٢٧٠٨/٧.

(١) قال الدارقطني في سننه: ٣٢٧/١: يحيى بن سلام: ضعيف.

(٢) محمد بن إسحاق بن يسار أبو بكر المطلبي مولاهم المدني، نزيل العراق، إمام المغازي صدوق يدلس ورمي بالتشيع والقدر، من صغار الخامسة، مات سنة ١٥٠هـ. روى له البخاري تعليقًا، وأصحاب السنن الأربعة. ينظر: التقريب: ٢٩٠.

(٣) أي الترمذي في سننه: ١٠٦/٢، ١٠٧ مع العارضة.
والبغوي في شرح السنة: ٨٢/٢ في باب القراءة خلف الإمام، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٢١٥/١ في باب القراءة خلف الإمام.

(٤) روى حديثه في ذلك مسلم في صحيحه مرفوعاً بلفظ (من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم الكتاب فهي خداج ـ ثلاثًا ـ غير تمام). صحيح مسلم: ١٠١/٤ مع النووي، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٢١٥/١، ورواه البخاري في جزء القراءة خلف الإمام: ٥، وابن خزيمة في صحيحه: ٢٧٤/١.

(٥) روى حديثها ابن ماجة في سننه: ٢٧٤/١.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٢١٥/١، والبيهقي في سننه: ١٧١/٢، والبخاري في جزء القراءة خلف الإمام ص٥، ولفظه: «سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: (كل صلاة لا يقرأ فيها=

وابن[1] قتادة[2]، وعبد الله بن عمر[3] ثم قال: والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين يرون القراءة خلف الإمام»[4].

وروى الدارقطني هذا الخبر في سننه من وجوهٍ[5]، وقال: رواته ثقات[6].

وروى عن عبادة بإسناده قال: صلى بنا رسول الله صلى الله عليه بعض الصلوات التي يجهر فيها بالقراءة فلما انصرف أقبل علينا بوجهه وقال: (هل تقرأون إذا جهرت بالقراءة؟) قال بعضنا: إنّا لنصنع ذلك. وفي رواية: (قلنا: أجل يا رسول الله) قال: (وأنا أقول ما لي أنازَعُ القرآن فلا تقرؤءا بشيء من القرآن إذا جهرتُ إلا بأم القرآن)[7].

وفي رواية: (ولا يقرأ أحد منكم إلا بفاتحة الكتاب فإنه لا صلاة لمن

= بفاتحة الكتاب فهي خداج)».

(١) كذا في المخطوط، وفي الترمذي: «أبي قتادة».

(٢) قال المباركفوري في التحفة: «أما حديث أنس وأبي قتادة فلم أقف عليهما».
ينظر: تحفة الأحوذي: ١/٢٠٦.
قلت: أما حديث أنس فقد رواه البيهقي في سننه: ٢/١٧١.

(٣) كذا في المخطوط، وفي الترمذي «عمرو»، وقد روى حديثه هذا البيهقي في السنن: ٢/١٦٩ عن عبد الله بن عمر، وعن عبد الله بن عمرو أيضًا.

(٤) سنن الترمذي: ٢/١٠٧ مع العارضة.

(٥) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٣١٨.

(٦) ينظر: سن الدارقطني: ١/٣١٩.
ورواه أيضًا أبو داود في سننه مع المعالم: ١/٥١٦ في باب من ترك القراءة في صلاته بفاتحة الكتاب.

(٧) ينظر: سنن الدارقطني ١/٣١٩.

لم يقرأ بها)[١]. ويدل عليه حديث أبي السائب[٢] عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه قال: (كل صلاة لا يقرأ فيها بفاتحة الكتاب فهي خداج فهي خداج فهي خداج)، قال أبو السائب: فقلت: يا أبا هريرة إني أكون أحيانًا وراء الإمام فقال: اقرأ بها في نفسك، يا فارسي فإني سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: (قال الله: قسمتُ الصلاة بيني وبين عبدي...)[٣]... الخبر إلى آخره.

وأما الكلام من حيث المعنى فظاهر، لأن القراءة ركن الصلاة وركن الصلاة لا يسقط بالاقتداء.

دليله [٢٤/أ]: سائر الأركان، وهذا لأنه إذا وجبت القراءة على المصلي فلا يجوز أن تسقط عنه إلا بمعنًى مؤثر في الإسقاط، ولم يوجد إلا الاقتداء بالإمام، والاقتداء تأثيره في وجوب التأسي والمتابعة فأما[٤] لا تأثير له في سقوط ركن عن المقتدي بالاقتداء.

يبينه: إن الاقتداء قد يوجب على المقتدي ما لم يكن واجبًا عليه، فكيف يسقط عنه ما هو واجب عليه؟.

---

(١) رواها الدارقطني في سننه: ٣٢٠/١.

(٢) قال النووي في شرح صحيح مسلم: «أبو السائب لا يعرفون له اسما وهو ثقة» ا. هـ.

(٣) رواه البغوي في شرح السنة: ٤٧/٣.

ورواه أبو داود في سننه: ٥١٢/١، ٥١٣، ٥١٤ مع المعالم في باب مَنْ ترك القراءة في صلاة بفاتحة الكتاب.

ورواه ابن ماجة في سننه: ٢٧٣/١، ٢٧٤. إلى قوله: (اقرأ بها في نفسك).

(٤) كذا في المخطوط.

۞ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ فَٱسْتَمِعُوا۟ لَهُۥ وَأَنصِتُوا۟ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾[1]، والأمر على الوجوب فوجب الإنصات والاستماع إذا جهر الإمام، ووجب الإنصات إذا لم يجهر، وقد أيدوا هذا أيضًا بما رواه أبو موسى الأشعري أن النبي ﷺ قال: (إنما جعل الإمام ليؤتم به...)[2].

وقال فيه: (فإذا قرأ فأَنصتوا)[3].

---

(١) سورة الأعراف، آية (٢٠٤).

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٢/١٧٣ مع الفتح، في باب إنما جعل الإمام ليؤتم به.
ومسلم في صحيحه: ٤/١٣٢ مع النووي، في باب ائتمام المأموم بالإمام.
وأبو داود في سننه: ١/٤٠١ مع المعالم في باب الإمام يصلي من قعود.
والترمذي في سننه: ٢/١٥٥، ١٥٦ مع العارضة، في باب ما جاء إذا صلى الإمام قاعدًا فصلوا قعودًا.
والنسائي في سننه: ٢/٦٥، ٧٧، ١٠٩، ١٥٣، ١٥٤ في عدة مواضع منها في باب الائتمام بالإمام.
وابن ماجه في سننه: ١/٢٧٦، ٣٩٢ في باب إذا قرأ الإمام فانصتوا.
والدارمي في سننه: ١/٣٠٠، في باب القول بعد رفع الرأس من الركوع.
ومالك في الموطأ: ١/٢٣٩ على المنتقى في باب صلاة الإمام وهو جالس.
والإمام أحمد في المسند: ٢/٢٣٠، ٣١٤، ٣٤١، ٣٧٦، ٣٨٧، ٤١١، ٤٢٠، ٤٣٨، ٤٤٠، ٤٥٢، ٤٥٩، ٣/١١٠، ١٥٤، ٤/٤٠١، ٤٠٥، ٦/٥١، ٥٨، ٦٨.

(٣) رواها أبو داود في سننه: ١/٤٠٥ مع المعالم في باب الإمام يصلي من قعود.
قال أبو داود: وهذه الزيادة: «وإذا قرأ فانصتوا» ليست محفوظة والوهم عندنا من أبي خالد في باب إذا قرئ فأنصتوا.
والنسائي في سننه: ٢/١٠٩ في باب تأويل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ ٱلْقُرْءَانُ...﴾.
وابن ماجه في سننه: ١/٢٧٦، ٤٢٠، والإمام أحمد في المسند: ٢/٤٧٦، ٤٢٠.

قالوا: روى مالك عن ابن شهاب عن ابن أكيمة الليثي[١] عن أبي هريرة أن النبي ﷺ انصرف في صلاةٍ جَهَر فيها بالقراءة فقال: (هل قرأ أحد منكم معي آنفا؟) فقال رجل: نعم يا رسول الله. قال: (إني أقول ما لي أنازع القرآن؟)، قال: فانتهى الناس عن القراءة مع رسول الله صلى الله عليه فيما جهر فيه رسول الله صلى الله عليه من الصلوات بالقراءة حين سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه[٢].

وتعلقوا أيضًا بما رووا عن عبد الله[٣] بن شداد عن جابر أن النبي ﷺ قال: (مَنْ كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة)[٤].

وفي رواية عن جابر قال: صلى بنا رسول الله وخلفه رجل يقرأ فنهاه

---

(١) ابن أكيمة الليثي: عمارة بن أكيمة الليثي أبو الوليد المدني، وقيل: اسمه عمار، أو عمرو، أو عامر، يأتي غير مسمى، ثقة من الثالثة، مات سنة ١٠١هـ، وله تسع وسبعون سنة، روى له أبو داود، والنسائي. ينظر: التقريب: ٢٥٠.

(٢) رواه أبو داود في سننه: ٥١٧/١ مع المعالم، في باب مَنْ كره القراءة بفاتحة الكتاب.
والترمذي في سننه: ١٠٧/٢، ١٠٨ مع عارضة الأحوذى، في باب ما جاء في ترك القراءة خلف الإمام إذا جهر بالقراءة.
والنسائي في سننه: ١٠٨/٢، ١٠٩، في باب ترك القراءة خلف الإمام فيما جهر فيه.
وابن ماجة في سننه: ٢٧٦/١ في باب إذا قرأ الإمام فانصتوا.
ومالك في الموطأ: ١٦٠/١ مع المنتقى في باب ترك القراءة خلف الإمام فيما جهر به.
والإمام أحمد في المسند: ٢٤٠/٢، ٢٨٤، ٢٨٥، ٣٠٢، ٤٨٧.

(٣) عبد الله بن شداد بن الهاد الليثي أبو الوليد المدني، ولد على عهد النبي ﷺ، وذكره العجلي في كبار التابعين الثقات، وكان معدودًا في الفقهاء، مات بالكوفة مقتولًا سنة إحدى وثمانين، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ١٧٧.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ٣٢٣/١ وقال بعد ذلك: «لم يسنده عن موسى بن أبي عائشة غير أبي حنيفة والحسن بن عمارة، وهما ضعيفان» ا. هـ.

رجل من أصحاب النبي ﷺ فقال: أتنهاني عن القراءة خلف رسول الله صلى الله عليه، فبلغ رسول الله صلى الله عليه فقال: (مَنْ صلى خلف إمام فإن قراءته له قراءة)[١].

قالوا: ورواه أيضًا سالم بن عبد الله عن أبيه عن النبي ﷺ[٢].

قالوا: ولا يجوز أن يُحمل على أن معناه: فإن قراءة الإمام للإمام قراءة، لأن هذا تعطيل للخبر وليس بتأويل، ومثل هذا التأويل لا يقوله فقيه.

ولأن هذا على مثال قول القائل: مَنْ دخل الدار خلف ابني فأعطه كذا، ينصرف إلى الداخل لا إلى الابن.

ورووا بطريق عمران بن حصين قال: «كان النبي ﷺ يصلي بالناس ورجل يقرأ خلفه فلما فرغ قال: «مَنْ ذا الذي يخالجني؟»[٣]، ونهاهم عن القراءة خلف الإمام»[٤].

ورووا عن الشعبي أن النبي ﷺ قال: «لا قراءة خلف الإمام»[٥].

وعن علي رضي الله عنه قال: قال رجل للنبي ﷺ: أقرأ خلف الإمام أو أَنصِتُ؟

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٢٤، ٣٢٥، وقال: «رواه الليث عن أبي يوسف عن أبي حنيفة».

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٢٦، وقال: «محمد بن الفضل متروك».

(٣) يخالجني: الخلج: الجذب أي يجاذبني، ينظر: معالم السنن: ١/٥١٩.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٢٦، ٣٢٧، وقال: «ولم يقل هكذا غير حجاج، وخالفه أصحاب قتادة منهم شعبة وسعيد وغيرهما، فلم يذكروا أنه نهاهم عن القراءة، وحجاج لا يحتج به (ابن أرطأة)» ا. هـ.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٣٠ قال: «وهذا مرسل».

قال: (أنْصِتْ فإنه يكفيك)[١].

وروى عون عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: (يكفيك قراءة الإمام خَافَتَ أو جَهَرَ)[٢].

وروى عن عليّ رضي الله عنه أنه قال: «مَنْ قرأ خلف الإمام فليس على الفِطرة»[٣].

وفي رواية: «إنما يقرأ خلف الإمام مَنْ ليس على الفطرة»[٤].

وعن زيد بن ثابت قال: «مَنْ قرأ خلف الإمام فلا صلاة له»[٥].

وأما تعلقهم بالمعنى: مَنْ صح اقتداؤه بالإمام سقطت القراءة عنه.

دليله: المسبوق بركعة.

قالوا: ولا معنى في سقوط القراءة عن المسبوق سوى الاتباع والاقتداء،

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٣٠ وقال: «تفرد به غسان وهو ضعيف، وقيس (ابن الربيع) ومحمد بن سالم ضعيفان، والمرسل الذي قبله أصح منه» ا. هـ.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٣١، ٣٣٣، وقال فيه: عاصم (ابن عبد العزيز) ليس بالقوي ورفعه وهم» ا. هـ.
وقال في الموضع الآخر: «قال أبو موسى: قلت لأحمد بن حنبل فحديث ابن عباس هذا في القراءة فقال: هكذا منكر» اهـ.

(٣) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٢١٩.
والدارقطني بلفظ: «من قرأ خلف الإمام فقد أخطأ الفطرة».
قال الدارقطني: «لا يصح» ١/٣٣١، ٣٣٢، وهو قول البخاري في جزء القراءة: ١١.
وعبد الرزاق في مصنفه بلفظ الدارقطني: ٢/١٣٧ رقم ٢٨٠١.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٣٢.

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه: ٢/١٣٧ رقم ٢٨٠٢.




فإنه لا يجوز أن يكون المعنى مجرد إثبات الركعة حتى لا تفوته؛ لأن هذا المعنى موجود إذا أدركه بعد الركوع، ولأنه لا فوت في الحقيقة فإنه يقضي ومع القضاء لا يتحقق الفوات، ولأن النبي ﷺ أمر القاصد إلى الصلاة بالمشي ومنعه عن السعي وإن كان فيه خوف الفوات، ولا يجوز أن يكون المعنى سقوط القيام لأنه غير ساقط، ولابد من وجود قيام عنه بعد التكبير وإن قَلّ، وإنما يسقط مَدّ القيام لسقوط القراءة.

وأما في مسألتنا فالمؤتمُّ وإن سقط عنه القراءة لكن وجب عليه القيام بحكم المتابعة، وفي المسبوق لا قراءة عليه ولا متابعة فسقط عنه مَدّ القيام، وأما أصل القيام فقد أتى به، وأما القراءة سقطت لأجل صحة الاقتداء ولا يُعرف معنى سوى هذا، فإن طلبتم تأثيرًا في الاقتداء والمتابعة يوجب سقوط القراءة، فوجه ذلك (أن القراءة وجبت لمعنى العمل، وقد روي عن الحسن البصري(١) قال: أنزل الله القرآن ليعمل به الناس فاتخذ الناس قراءته عملًا وإذا كان وجوب القراءة للعمل فالعمل التدبر والتفكر)(٢)، وذلك يكون بالاستماع لقراءة الإمام.

فأما بقراءة الجميع على التغالب لا يحصل هذا المقصود للأمر بالاستماع، وقام الاستماع خلف الإمام مقام القراءة إذا كان منفردًا فصار

(١) الحسن البصري: هو الحسن بن أبي الحسن البصري، واسم أبيه: يسار الأنصاري مولاهم، ثقة فقيه فاضل مشهور، وكان يرسل كثير ويدلس، قال البزار: كان يروي عن جماعة لم يسمع منهم فيتجوز ويقول: «حدثنا وخطبنا، يعني قومه الذين حدّثوا وخطبوا بالبصرة.
وهو رأس الطبقة الثالثة، مات سنة ١١٠هـ، وقد قارب التسعين، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٦٩.

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار، ورقة ٥٤/ب.

سقوط القراءة إلى خلفٍ يقوم مقامه في المعنى [٢٤/ب] وسقوط الفرض إلى فرضٍ مثله في المعنى غير مستنكرٍ في الشرع، وبل قد ورد الشرع على هذا المعنى في مواضع كثيرة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن هذا مستقيم عند جهر الإمام، فأما عند الإسرار فلا يستقيم، لأن الأصل هو الجهر المُسمع للقوم، ولأن الله تعالى أمر بالقراءة بين الجهر والإخفاء بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْهَرْ بِصَلَاتِكَ وَلَا تُخَافِتْ بِهَا﴾(١)، أن لا يجهر الجهر الشديد ولا يخافت أخفات مَنْ لا يُسمع القوم ﴿وَٱبْتَغِ بَيْنَ ذَٰلِكَ سَبِيلًا﴾(١)، بين الجهر الشديد والإخفاء، فثبت أن الأصل كان هو الجهرُ المسمعُ للقوم إلا أن الله تعالى أمر نبيه ﷺ بالإسرار في الظهر والعصر لعارض أذى المشركين، فإنهم كانوا يجتمعون ويؤذون النبي ﷺ في الظهر والعصر(٢). ويحاكون صلاتَه وقراءتَه ويصفقون ويصفرون فأمر الله تعالى بالإسرار لذلك ثم بقى كذلك، وإن زال المعنى الذي أُمر به لأجله، ومثل هذا يكثر أن يرد الشرع بمعنًى ثم يزول ذلك المعنى ويبقى المشروع كالرَّمَلَ والسعي في الحج وما أشبه ذلك.

وتعلقوا أيضًا بالسورة، وقالوا: إحدى سورتي القيام فتسقط بمتابعة الإمام كالسورة المضمومة إلى الفاتحة.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالآية...

---

(١) سورة الإسراء، آية (١١٠).

(٢) ذكره ابن جرير الطبري في تفسيره من غير تعيين أوقات الصلوات: ١٥/١٨٥، ١٨٦.

قلنا: وردت الآية في الخطبة في الجمعة[1] ونحن نقول بذلك في خطبة الجمعة[2].

قالوا: روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: نزلت الآية في القراءة خلف الإمام[2]، وذكروا ذلك أيضًا عن مجاهد[3].

قلنا: ما ذكروه عن أبي هريرة رواه الأوزاعي[4] عن عبد الله بن عامر وهو ضعيف[5]، وكذلك الإسناد عن مجاهد ضعيف أيضًا.

وعلى أن عندنا يقرأ في سكتات الإمام[6]، وعند قراءته يستمع ويُنْصِت.

وقد روى محمد[7] بن عبد الله بن عبيد بن عمير عن عطاء عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه: (مَنْ صلى صلاة مكتوبة مع الإمام فليقرأ بفاتحة الكتاب في سكتاته ومَنْ انتهى إلى أم القرآن فقد أجزأه)[8].

---

(١) ذكر ذلك ابن جرير الطبري في تفسيره: ١٦٥/٩، الجامع الأحكام القرآن: ٣٥٣/٧.

(٢) ذكر ذلك ابن جرير الطبري في تفسيره: ١٦٣/٩، الجامع لأحكام القرآن: ٣٥٣/٧.

(٣) ينظر: حاشية (١).

(٤) الأوزاعي: عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو الأوزاعي أبو عمر الفقيه، ثقة جليل من السابعة، مات سنة ١٥٧هـ، وروى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٢٠٧.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ٣٢٦/١، وقال عبد الله بن عامر: ضعيف.

(٦) أي عند الشافعية ومَنْ قال بقولهم.

(٧) محمد بن عبد الله بن عبيد بن عمير الليثي المكي روى عن عطاء بن أبي مليكة وقد ضعَّفه ابن معين، وقال النسائي: متروك، وقال البخاري: منكر الحديث، وقال ابن عدي: «مع ضعفه يكتب حديثه».

ينظر: الكامل: ٢٢٢٥ ـ ٢٢٢٧، لسان الميزان: ٢١٦/٥، ٢١٧.

(٨) رواه الحاكم في المستدرك: ٢٣٨/١.

والدارقطني في سننه: ٣٢١/١، وقال بعد ذلك: محمد بن عبد الله بن عبيد بن عمير: ضعيف.

فإن قالوا: إذا لم يسكت الإمام.

قلنا: يقرأ ويكره للإمام أن لا يسكت، وإن لم يسكت فالوبال عليه لا عل المأموم.

وعلى هذا الجواب يخرج دخول ما تعلقوا به من قوله ﷺ: (وإذا قرأ فأنصتوا)[1].

وعلى أن الأصح من ذلك الخبر أنه خالٍ[2] عن هذه اللفظة، وإنما وردت هذه اللفظة الزائدة في بعض الروايات وعلى ذلك فنحن قائلون به.

وأما خبر ابن أكيمة الليثي فهو حجة مالك وأحمد في أنه يقرأ إذا أَسَرَّ

---

(١) روى هذا الزيادة مسلم في المتابعات قال ما نصه: «وفي حديث جرير عن سليمان عن قتادة من الزيادة: «وإذا قرأ فانصتوا» وليس في حديث أحد منهم...» قال أبو إسحاق ـ راوي صحيح مسلم ـ قال أبو بكر ابن أخت أبي النضر في هذا الحديث فقال مسلم: تريد أحفظ من سليمان؟ فقال له أبو بكر: فحديث أبي هريرة؟ فقال: هو صحيح يعني: «وإذا قرأ فانصتوا» فقال: هو عندي صحيح فقال لِمَ لَمْ تضعه هاهنا؟ قال: ليس كل شيء عندي صحيح وضعته هاهنا، إنما وضعت هاهنا ما أجمعوا عليه» ا. هـ. صحيح مسلم مع النووي: ١٢٢/٤.
قال النووي في شرح صحيح مسلم: «واعلم أن هذه الزيادة وهي قوله: «وإذا قرأ فانصتوا» مما اختلف الحفاظ في صحته، فروى البيهقي في السنن الكبرى عن أبي داود السجستاني أن هذه اللفظة غير محفوظة، وكذلك رواه عن يحيى بن معين، وأبي حاتم الرازي، والدارقطني، والحافظ أبي علي النيسابوري شيخ الحاتم أبي عبد الله، قال البيهقي: قال أبو علي الحافظ: «هذه اللفظة غير محفوظة قد خالف سليمان التيمي فيها جميع أصحاب قتادة واجتماع هؤلاء الحفاظ على تضعيفها مقدم على تصحيح مسلم لا سيما ولم يروها مسندة في صحيحه» ا. هـ: ١٢٣/٤، سنن الدارقطني: ٣٢١/١، سنن البيهقي: ١٥٥/٢، ١٥٦، سنن أبي داود مع المعالم: ٤٠٥/١.

(٢) في المخطوط: خالي.




الإمام ولا يقرأ إذا جهر وهو أحد قولي الشافعي، وليس بحجةٍ لهم.

وعلى أنه قد قيل إن ذلك اللفظ وهو قوله: «فانتهى الناس» من قول الزهري، وليس بقول أبي هريرة فيكون مرسلًا[(١)].

وقد ورد في بعض الروايات قال الزهري: فانتهى الناس[(٢)].

وأما حديث جابر، فالصحيح أنه مرسل[(٣)]، رواه الأئمة مثل سفيان الثوري، وابن عيينة وشعبة، وشريك، وإسرائيل عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن النبي عليه السلام[(٤)].

وعبد الله بن شداد من التابعين، ولم يسنده غير أبي حنيفة رحمة الله عليه، والحسن بن عمارة[(٥)]، قالوا: وهما ضعيفان في الحديث[(٦)] فعند التفرد

---

(١) قال الخطابي في معالم السنن: قوله: «فانتهى الناس عن القراءة» من كلام الزهري، لا من كلام أبي هريرة: ٥١٧/١.

(٢) قال أبو داود: سمعت محمد بن يحيى بن فارس قال: قوله: «فانتهى الناس...» من كلام الزهري، سنن أبي داود مع المعالم: ٥١٨/١، جزء القراءة للبخاري: ٢٤.
قال الحافظ في التلخيص: «فانتهى...» مدرج في الخبر من كلام الزهري، بيّنه الخطيب واتفق عليه البخاري في التاريخ، وأبو داود، ويعقوب بن سفيان الذهلي والخطابي وغيرهم».
ا. هـ. التلخيص: ٢٣١/١ جزء القراءة: ٢٤.

(٣) قاله الدارقطني في سننه: ٣٢٥/١.

(٤) قاله الدارقطني في سننه: ٣٢٥/١، وقد رواه بهذا الإسناد إسرائيل عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد الهادّ عن رسول الله ﷺ، ومحمد بن الحسن في الحجة: ١٢١/١.

(٥) الحسن بن عمارة البجلي مولاهم، أبو محمد الكوفي قاضي بغداد، متروك، من السابعة، مات سنة ١٥٣هـ، روى له الترمذي وابن ماجه.
التقريب: ٧١، سنن الدارقطني: ٣٢٥/١.

(٦) قاله الدارقطني في سننه: ٣٢٣/١.

عن سائر الأثبات لا تقوم الحجة بروايتهما، وهذا قول أئمة الحديث.

وقال ابن أبي حاتم عن أبيه في كتاب علل الحديث: «أجمع أهل العلم أن كل مَنْ أسند هذا الحديث فقد أخطأ»(١).

وأما روايته عن سالم عن أبيه هذا الخبر فرواه محمد بن الفضل بن عطية وهو ضعيف، متروك(٢).

وأما حديث عمران بن حصين فلم يرووه على ما نقلوا غير الحجاج(٣) ابن أرطأة، وهو لا يحتج بروايته(٤).

وأما حديث الشعبي فمرسل(٥)، وأما حديث عليّ عليه السلام فمداره على غسان بن الربيع، وهو ضعيف(٦).

وأما حديث ابن عباس فرواه عاصم(٧) بن عبدالعزيز ....

---

(١) قال ابن أبي حاتم في علل الحديث: «قال أبي: هذا يرويه بعض الثقات عن موسى بن أبي عائشة عن عبد الله بن شداد عن رجل من أهل البصرة، قال أبي: ولا يختلف أهل العلم أن مَنْ قال: موسى بن أبي عائشة عن جابر فقد أخطأ» أ. هـ. ١/١٠٤.

(٢) قاله الدارقطني في سننه: ١/٣٢٦.

(٣) الحجاج بن أرطأة بن ثور بن هبيرة المخعي، أبو أرطأة الكوفي القاضي أحد الفقهاء، صدوق كثير الخطأ والتدليس، من السابعة، مات سنة ١٤٥هـ، روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم، وأصحاب السنن الأربعة. ينظر: التقريب: ٦٤.

(٤) قاله الدارقطني في سننه: ١/٣٢٧.

(٥) قاله الدارقطني في سننه: ١/٣٣٠.

(٦) قاله الدارقطني في سننه: ١/٣٣٠.

(٧) عاصم بن عبد العزيز بن عاصم الأشجعي المدني، صدوق يهم، من الثامنة، روى له الترمذي، وابن ماجة. ينظر: التقريب: ١٥٩.

عن أبي سهل[1] عن عون عن ابن عباس، وعاصم بن عبد العزيز من جملة الضعفاء أيضًا، ولا تقوم بروايته حجة[2].

وأما حديث عليّ بعينه فقد قال الدارقطني: إن إسناده لا يصح[3].

وحديث زيد بن ثابت لا يعرف[4].

هذه أوجه العلل في أخبارهم.

وأما المعنى الذي تعلقوا به:

أما فصل المسبوق فقد قال بعض أصحابنا: إنه ثبت بالنص غير معقول المعنى، ثم الجواب المعتمد أن سقوط القراءة لسقوط القيام، وهذا لأن القيام لا يراد لعينه وإنما يراد للقراءة، وإذا سقط القيام سقطت القراءة.

وقولهم: «إنه لم [٢٥/أ] يسقط».

قلنا: دليل السقوط هو أن الرجل مسبوق بالقيام، فلو جعلنا القيام عليه واجبًا وألزمناه الإتيان به لصار آتيًا بما سُبِقَ به قبل فراغ الإمام من صلاته، وهذا لا يجوز بل هو مبطل للصلاة، فعرفنا قطعًا بهذا الدليل أن القيام عنه ساقط، وأما الذي يأتي به من القيام فهو لقيام تحريمة.

---

(١) أبو سهل نافع بن مالك بن أبي عامر الأصبحي التيمي المدني، ثقة من الرابعة، مات بعد الأربعين، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٣٥٥.

(٢) قال الدارقطني في سننه: «عاصم ليس بالقوي ورفعه وهم»: ١/٣٣١.

(٣) ينظر: سنن الدارقطني: ١/٣٣٢.

(٤) رواه محمد بن الحسن في كتاب الحجة: ١/١٢٢، وفي الموطأ: ١٠٠، وينظر: جزء القراءة: ١٢.

واعتذر أبو زيد[1] عما قلناه، وقال: الراكع بمنزلة القائم لأنه بنصفه الأسفل قائم وإنما هو مائل بنصفه الأعلى، وإذا كان بمنزلة القائم فيكون قيام المسبوق مشاركة له في فعل القيام، ولا يكون فعلًا لما سُبِقَ به.

وهذا هوس؛ لأن الراكع ليس بقائم حقيقة، لأن القيام عبارة عن هيئة مخصوصة، لا ينطلق هذا الاسم إلا على تلك الهيئة، ولئن جاز أن يقال: إن الراكع نصفه قائم جاز أن يقال: القائم نصفه راكع، ومَنْ دخل في أمثال هذا فقد جنى على عقله وَعَدَلَ عن طريقة الفقهاء إلى طريق المهوّسين الهازلين.

فإن قالوا: فَلِمَ يسقط القيام؟.

قلنا: لا يلزمنا بيانه، وعلى أنه يمكن أن يقال: إنما يسقط القيام بعلة العجز، فإنه لما أُمِرَ بالمتابعة فقد عجز عن القيام فصار كما لو عجز بالمرض.

وأما المعنى من قولهم: «إن القرآن إنما أنزل للعمل به»، فهو كلام صحيح في أصله، وليس بشيء في هذه المسألة، لأن الاستماع والتدبر وإن أُمِرَ به فهو سُنَّة وأدبٌ من آداب الشرع، والقراءة ركن، بدليل أنه لو قرأ من غير تدبرٍ جازت صلاته، ولو سَكَتَ غير مستمعٍ تجوز صلاته عندكم، ولو ترك القراءة أصلًا بطلت صلاته، وإذا كان الاستماع من سَنَنَ القراءة وآدابها، فلا يجوز أن يقوم مقام أصل القراءة.

والدليل على أن الاستماع ليس بأصلٍ: أن الشرع ورد بالإسرار تارة وبالجهر أخرى، فلا يتصور الاستماع مع الإسرار، وبهذا يفارق الخطبة، فإن

---

(١) ينظر: الأسرار: ١/٥٥/أ.

الاستماع هناك لما كان أصلًا لم يرد الشرع فيها إلا بالجهر، وهذا لأن الصلاة بأركانها كلها مؤدّاة لله تعالى، وليس بخطابٍ لأحد من الخلق حتى يشرع استماعهم على وصف الوجوب، نعم هو أدبٌ وسُنّة في حال الجهر تعظيمًا للقرآن، وإذا كان مؤدّاة لله تعالى من المصلي فلا خلل فيها سواء اتصل به الاستماع أو لم يتصل، بخلاف الخطبة فإنها خطاب للناس وعظة لهم، فإذا لم يوجد الاستماع اختل أمر الخطبة فثبت بمجموع هذا الكلام أن الاستماع لا يجوز أن يكون خَلَفًا عن القراءة بحال، والقراءة ركن فإسقاطها بالاتباع والاقتداء إلى غير خلفٍ لها في معناها لا يجوز.

وقولهم: «إن الجهر هو الأصل».

قلنا: لا، بل لو قُلِبَ وقيل إن الإسرار هو الأصل كان صحيحًا بل الأصح أن القراءة أصلٌ أُمِرَ بها بوصفي الإسرار والإخفاء، لتختلف تاراتُ القاريء ويشتمل وصف العبادة كما تختلف أحوالُ المصلي من انتقالاته من قيام إلى ركوعٍ إلى سجودٍ إلى قعودٍ، ويشتمل وصفُ العبادة جميعها، فأما أن يجعل أحدهما أصلًا والآخر مأمورًا به بعارضٍ فليس عليه دليل.

ألا ترى أن الإسرار قد وَرَدَ به الشرع في صلاة المغرب والعشاء الآخرة فيما زاد على الركعتين، فدل أنه ليس الأمر على ما زعم.

وخرج على ما قلناه فصل السورة، لأنها سُنّة، وقد بينّا أن الاستماع سُنَّة، فيجوز أن يسقط بسُنَّة إلى سُنَّة مثلها.

أما القراءة ركن والاستماع سُنَّة فلا يجوز أن يسقط ركنٌ إلى خلفٍ هو سُنَّة. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

قراءة القرآن بالفارسية لا يجوز وغيرها من اللغات عندنا(١).

وهو قول أكثر أهل العلم.

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه بدون صاحبيه يجوز(٢)، وعلى مذهبه اختلافات لأصحابهم مذكورة في كتبهم(٣).

❖ لنا:

قوله تعالى: ﴿فَٱقۡرَءُواْ مَا تَيَسَّرَ مِنَ ٱلۡقُرۡءَانِ﴾(٤) والقرآن اسم للمنزل بلغة العرب بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلۡنَٰهُ قُرۡءَٰنًا عَرَبِيًّا﴾(٥).

---

(١) وهو قول مالك وأحمد، المهذب: ١/١٠٩، المجموع: ٣/٣١٢، حلية العلماء: ٢/٩٢، روضة الطالبين: ١/٢٤٤، الاستذكار: ٢/١٣٧، الإشراف للبغدادي: ١/٧٨، أحكام القرآن للقرطبي: ١٦/١٤٩، المغني: ٢/١٥٨، المقنع: ١/١٤٤، واختاره أبو زيد في أسراره ورقة ١٠٠/أ.
قال البخاري في كشف الأسرار عن أصول البزدوي: «وهو اختيار القاضي أبي زيد وعامة المحققين وعليه الفتوى»: ١/٢٥.
وأورده القرطبي عن علي بن الجعد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة مثل قول صاحبيه في إنكار القراءة بالفارسية» اهـ.
ينظر: تفسير القرطبي: ١٦/١٤٩، الأسرار لأبي زيد: ١٠٠/أ، رؤوس المسائل: ١٥٧، بدائع الصنائع: ١/٣٢٩، قال فيه: قال أبو يوسف ومحمد: «إن كان يحسن لا يجوز وإن كان لا يحسن يجوز» المبسوط: ١/٣٧.
(٢) ينظر: المبسوط: ١/٣٧.
(٣) ينظر: المصدر السابق.
(٤) سورة المزمل، آية (٢٠).
(٥) سورة يوسف، آية (٢).




وقال الله تعالى: ﴿بِلِسَانٍ عَرَبِيٍّ مُّبِينٍ﴾[1]، فغير العربي لا يكون قرآنًا.

يبينه: أن القرآن ما أنزل الله تعالى على نبيه محمد ﷺ فتلوناه بألسنتنا وكتبناه في مصاحفنا وحفظناه في صدورنا.

ونحن نعلم قطعًا أن الفارسية ليست مما أنزل على محمد صلى الله عليه ولا هو المتلو على الأَلسُن ولا المكتوب في المصاحف فلا يكون قرآنًا، ولأنه إذا قُرِيء بالفارسية فقد أخل بنظم [٢٥/ب] القرآن، والقرآن قرآن بنظمه ومعناه.

وهذا لأنه كلام امتاز عن كلام الخلق بالإعجاز، والإعجاز في نظمه، لأنه نظم خارج عن أقسام كلام العرب، فإذا اختل النظم ذهب الإعجاز، وإذا ذهب الإعجاز لم يكن قرآنًا.

يدل عليه: «إن القرآن نزل حُجّة على النبوة وَعَلَمًا للهدى، والهدى بمعناه والحجة بنظمه، ثم الإخلال بالمعنى يُسقط حَكم القراءة، كذلك الإخلال بالنظم»[2].

يبينه: أن حفظ القرآن واجب بنظمه ومعناه ليكون حجة النبوة، وحُجّة الأحكام محفوظة في أيدي الناس، والحفظ يكون بالقراءة، ولا تجب القراءة إلّا في الصلاة فعرفنا أن جوازها متعلق بعين ما أنزل الله ليحصل الحفظ المطلوب من الناس على ما أنزل.

---

(١) سورة الشعراء، آية (١٩٥).

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ورقة ١٠٠/ب.

❁ وأما حجتهم:

تعلقوا «بقوله ﷻ: ﴿إِنَّ هَٰذَا لَفِى ٱلصُّحُفِ ٱلْأُولَىٰ﴾[1].

وقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِى زُبُرِ ٱلْأَوَّلِينَ﴾[2] ولم يكن فيها بالعربية.

وقال تعالى: ﴿وَأُوحِىَ إِلَىَّ هَٰذَا ٱلْقُرْءَانُ لِأُنذِرَكُم بِهِۦ وَمَنۢ بَلَغَ﴾[3] أي بالقرآن وإنما ينذرون بلغاتهم، فدل أنه لا يصير شيئًا آخر باختلاف اللغة.

وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه لقن رجلاً ﴿طَعَامُ ٱلْأَثِيمِ﴾[4].

وكان يقول: طعام اليتيم، فقال: قل طعام الفاجر[5].

وعن أنس أنه قرأ: «وحططنا عنك وزرك»[6] مكان قوله: ﴿وَوَضَعْنَا عَنكَ وِزْرَكَ﴾[7][8].

وقال: ولأن العبرة بالمعنى فإنه هو المقصود، وقد أدّى المعنى وإن كان بلغة أخرى.

وأما الإعجاز فهو اختصار المعنى والإخبار عن الغيوب، فهذا لا يذهب وإن قرئ بلغة أخرى.

---

(١) سورة الأعلى، آية (١٨).
(٢) سورة الشعراء، آية (١٩٦).
(٣) سورة الأنعام، آية (١٩).
(٤) سورة الدخان، آية (٤٤).
(٥) أورده ابن جرير الطبري في تفسيره عن أبي الدرداء، ١٣١/٢٥.
(٥) ذكر ذلك القرطبي في تفسيره: ١٠٥/٢٠.
(٦) سورة الشرح، آية (٢).
(٧) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار لأبي زيد ورقة ١٠٠/أ.
(٨) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار لأبي زيد ورقة ١٠٠/أ.

❁ **الجواب:**

أما الآيات التي تعلقوا بها فليس فيها دليل لهم، بل هو دليل عليهم، لأنه كان في زُبُرِ الأولين ولم يكن قرآنًا، فإن زُبُرَ الأولين والصحف الأولى ليست بقرآن، ولو قرأ ذلك في صلاته لا تجوز صلاته، وإذا كان على هذا الوجه فيجوز أن يكون معنى الآية: ذكر الرسول أو يكون المراد معنى القرآن لا نفسُ القرآن.

وأما الذي نقلوا عن ابن مسعود فيحتمل أنه إنما قال ذلك تنبيهًا له على المعنى، فإذا تنبه على المعنى كان لسانه بذلك أطلق.

وأما المروي عن أنس فهو من القراءات الشَّواذ، وقد كانوا يقرؤون الشَّواذ على أنه من المُنَزَّل، ولكن انقطع النقل الآن، واتفق الأمة على مصحف الإمام وهو مصحف عثمان رضي الله عنه وَتُرِكَ ما سواه، فلم يجز قراءة غيره لأجل الإجماع.

وأما الذي قالوا: «إن العبرة بالمعنى».

قلنا: قد بيّنا أن القرآن بنظمه ومعناه جميعًا، فلا يجوز الإخلال بواحدٍ منهما.

وقولهم: «إن الإعجاز في اختصار المعنى».

قلنا: الاختصار وغيرُ الاختصار قد وُجِدَ في القرآن، وليس ذلك من الإعجاز، وإنما الإعجاز في نظمه على ما سبق.

وأما الأخبار عن الغيوب فإن ذلك في بعض السور وما من سورةٍ من

القرآن إلا وهي معجزة، فلم يكن الإعجاز على العموم إلا في النظم.

فإن قالوا: «إن القراءة في الصلاة للثناء على الله تعالى ليس للمحاجّة مع الكفار والثناء يتأدّى بالمعنى»[١].

«قلنا: القراءة في الصلاة ليست للثناء على الله تعالى، فإنه يقرأ بما ليس فيه ثناء، وإنما الثناء سُنَّة في الصلوات كلها، ولكن القراءة ركن، فدل أنه إنما يقرأ القرآن ليكون محفوظًا، كما أُنزل حُجة على النبوة، والأحكام جميعًا على ما سبق، ولأنه لو نظم معناه شعرًا ثم قرأ به فسدت صلاته، لأن نظمه من كلام الناس، كذلك إذا قرأ بلغة أخرى لا يجوز أيضًا»[٢]، لأن نظمه من كلام الناس لا من كلام الله وهذا فصل معتمد. والله أعلم.



※ (**مَسْألَة**):

يُسَن رفع اليد عند الافتتاح وعند الركوع وعند رفع رأسه من الركوع عندنا[٣].

وعندهم: لا يُسن إلا عند الافتتاح[٤].

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ورقة ١٠٠/ب.

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ورقة ١٠١/أ.

(٣) وهو قول أكثر أهل العلم، الأم: ١/٩٠، المجموع: ٣/٣٣٧، حلية العلماء: ٢/٩٦، التحقيق: ١/٢٧٢، المغني: ٢/١٣٦، شرح النووي على مسلم: ٤/٩٥، المدونة: ١/٦٨، الإشراف للبغدادي: ١/٧٤، الاستذكار: ٢/١٢٤، سنن الترمذي مع العارضة: ٢/٥٧.

(٤) رؤوس المسائل ص ١٥٦، مختصر القدوري: ١/٦٤، شرح معاني الآثار: ١/٢٢٨، الأسرار ورقة ١٠٩/أ.

❊ **لنا:**

حديث الزهري عن سالم عن أبيه ـ وهو ابن عمر ـ قال: رأيت[(١)] رسول الله ﷺ إذا افتتح الصلاة رفع يديه حتى يحاذي منكبيه وإذا ركع، «وإذا»[(٢)] رفع رأسه «من الركوع»[(٣)] فعل مثل ذلك وكان لا يرفع من السجدتين»[(٤)].

وروى هذه السُنَّة عن النبي عليه السلام قريبٌ من ثلاثين نفسًا من الصحابة[(٥)]، منهم: عمر، وعلي رضي الله عنهما، ووائل بن حجر، ومالك بن الحويرث، وأبو هريرة،

---

(١) ساقط من المخطوط، وقد وردت عند الترمذي بهذا اللفظ.

(٢) ساقط من المخطوط، وقد وردت عند الترمذي كما سيأتي في التخريج.

(٣) ما بين القوسين ساقط من المخطوط، ولعله من الناسخ، والمقام يقتضي ذلك.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٢/٢١٩ مع الفتح، في باب رفع اليدين إذا كبّر وإذا ركع وإذا رفع.
ومسلم في صحيحه: ٤/٩٣، ٩٤ مع النووي، في باب استحباب رفع اليدين مع تكبيرة الإحرام.
وأبو داود في سننه: ١/٤٦١ مع المعالم، في باب رفع اليدين في الصلاة.
والترمذي في سننه: ٢/٥٦ مع عارضة الأحوذي، في باب ما جاء في رفع اليدين عند الركوع.
والنسائي في سننه: ٢/٩٣، ٩٤، ١٥٢، ١٥٣ في باب رفع اليدين حذو المنكبين.
وابن ماجه في سننه: ١/٢٧٩، في باب رفع اليدين إذا ركع.
والدارمي في سننه: ١/٢٨٥، ٣٠٠.
والإمام مالك في الموطأ: ١/١٤١ مع المنتقى، في باب ما جاء في افتتاح الصلاة.
والإمام أحمد في المسند: ٢/٨، ١٨، ١٩، ٩٢، ١٠٠، ١٠٦، ١٣٢، ١٣٤، ١٤٧.
والشافعي في الأم: ١/٩٠.
والبغوي في شرح السنة: ٣/٢٠.
والبيهقي في سننه: ٢/٩٨، ٩٩.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٢٢، ٢٢٣.

(٥) ذكر ذلك في المجموع: ٣/٣٤٠.

وأنس، وجابر، وأبو أسيد، وأبو حميد، وسهل بن سعد، ومحمد بن مسلمة، وأبو قتادة، وأبو موسى الأشعري، وعمر الليثي[(١)].

وعن علي بن المديني قال: حديث ابن عمر مثل هذه الإسطوانة، يعني في الثبوت. وقد قال بهذه السُنَّة ابن عمر، وجابر بن عبد الله، وأبو هريرة، وأنس، وابن عباس [٢٦/أ]، وعبد الله بن الزبير، وغيرهم من التابعين: الحسن البصري، وعطاء، وطاووس، ومجاهد، ونافع، وسالم ابن عبد الله، وسعيد بن جبير وغيرهم.

وقال بها من الأئمة: الأوزاعي، ومالك، ومعمر، وابن عيينة، وعبد الله ابن المبارك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق[(٢)].

وقد اختلف فيه عن مالك[(٣)]، وابن عيينة، إلا أن أصح الروايتين عنهما ما قدمناه، نقله ابن وهب وغيره[(٤)] عن مالك.

وقد اتفق على هذه السُنَّة أهل الحجاز[(٥)].

---

(١) ينظر: شرح السُنَّة للبغوي: ٢٢/٣، سنن البيهقي: ٧٤/٢، ٧٥، التحقيق: ٢٧٤/١، المجموع شرح المهذب: ٣٣٧/٣.

(٢) ينظر: شرح السُنَّة للبغوي: ٢٢/٣، سنن البيهقي: ٧٤/٢، ٧٥، التحقيق: ٢٧٤/١، المجموع شرح المهذب: ٣٣٧/٣.

(٣) روى عنه ابن القاسم أنه لا يرفع إلا في تكبير الإحرام.
ينظر: المدونة: ٦٨/١، الإشراف للبغدادي: ٧٤/١، الاستذكار: ١٢٣/٢ ـ ١٢٤.

(٤) ينظر: الاستذكار: ١٢٣/٢، ١٢٤، وقال فيه: «ورواه أيضًا عن مالك أبو مصعب، والوليد بن مسلم، وسعيد بن أبي مريم، وقال ابن عبد الحكيم: لم يرو أحد عن مالك مثل رواية ابن القاسم في رفع اليدين» اهـ.

(٥) قال النووي في المجموع: «قال الأوزاعي: أجمع عليه علماء الحجاز والشام والبصرة»،=

وقيل: إن أهل مكة أخذوا رفع اليدين في المواطن الثلاثة عن ابن جريج، وأخذه ابن جريج عن عطاء، وأخذه عطاء عن عبد الله بن الزبير، وأخذه ابن الزبير عن أبي بكر، وأخذه أبو بكر عن النبي ﷺ(١).

۞ أما حجتهم:

تعلقوا بحديث سفيان عن عاصم(٢) بن كليب الجرمي عن عبد الرحمن ابن الأسود(٣) عن علقمة قال: قال عبد الله بن مسعود: ألا أصلي بكم صلاة رسول الله فصلى فلم يرفع يديه إلّا في أول مرة(٤).

= وحكاه «ابن وهب عن مالك» اهـ. ٣/٣٣٧.

(١) رواه البيهقي في سننه: ٢/٧٣، ٧٤.

(٢) عاصم بن كليب بن شهاب الجرمي الكوفي، صدوق رمي بالإرجاء، من الخامسة، مات سنة بضع وثلاثين، روى له البخاري تعليقًا، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ١٦٠.

(٣) عبد الرحمن بن الأسود بن عبد يغوث بن وهب بن عبد مناف بن زهرة الزهري، ولد على عهد رسول الله ﷺ، ومات أبوه في ذلك الزمان فَعُدّ لذلك في الصحابة.

وقال العجلي: من كبار التابعين.

روى له البخاري وأبو داود وابن ماجه. ينظر: التقريب: ١٩٨.

(٤) رواه الترمذي في سننه: ٢/٥٨ مع عارضة الأحوذي، في باب ما جاء في رفع اليدين.

وأبو داود في سننه: ١/٤٧٧، ٤٧٨ مع المعالم، في باب من لم يذكر الرفع عند الركوع.

والنسائي في سننه: ٢/١٤٦، ١٥٣، في باب الرخصة في ترك رفع اليدين، وأحمد في مسنده: ١/٣٨٨.

قال ابن الجوزي في التحقيق: «قال فيه عبد الله بن المبارك: لا يثبت هذا الحديث».

وقال أبو داود: ليس بصحيح، وقال غيرهما: «لم يسمع عبد الرحمن بن علقمة ويجوز أن يكون علقمة لم يضبط، أو ابن مسعود قد خفي عليه هذا من فعل رسول الله ﷺ، كما خفي عليه غيره مثل نسخ التطبيق» اهـ.

التحقيق: ١/٢٧٨، سنن أبي داود: ١/٤٧٨.

قالوا: ورواه حماد(١) عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود(٢).

ورواه يزيد(٣) بن أبي زياد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء ابن عازب أن النبي عليه السلام صلى فرفع يديه في التكبير الأول ثم لم يَعِدْ»(٤).

وروى مسلم(٥) عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال: (لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن)(٦)، وذكر منها حال الافتتاح، ولم يذكر ما سوى ذلك من أحوال الصلاة.

وتعلقوا أيضًا بالحديث المعروف أن النبي عليه السلام رأى أصحابه وقد رفعوا أيديهم فقال: (ما بالكم رافعي أيديكم، كأنها أذناب خيل شُمْس(٧)، اسكُنُوا

---

(١) حماد (هو ابن سلمة).

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٩٥ وقال: «تفرد به محمد بن جابر وكان ضعيفًا عن حماد بن إبراهيم، وغير حماد يرويه عن إبراهيم مرسلًا عن عبد الله من فعله غير مرفوع إلى النبي ﷺ وهو الصواب» ا. هـ.

(٣) يزيد بن أبي زياد القرشي الهاشمي مولاهم الكوفي، ضعيف، كبر فتغير صار يتلقن وكان شيعيًا، من الخامسة، مات سنة ١٣٦هـ.
روى له البخاري تعليقًا ومسلم، وأصحاب السنن الأربعة، التقريب: ٣٨٢.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٩٣، ٢٩٤، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٢٢٤، واستدل به الدبوسي في إسراره ورقة ١٠٩/أ.

(٥) كذا في المخطوط ولعله تحريف من الناسخ والصواب مقسم بن بُجرة كما في معجم الطبراني الكبير ١١/٣٨٥.

(٦) قال ابن الجوزي في التحقيق: «حديث ابن عباس لا يعرف مسندًا إنما هو موقوف عليه، والمعروف عنه: «ترفع الأيدي في سبعة مواطن»، ينظر: التحقيق: ١/٢٨٢.

(٧) كأنها أذناب خيل شُمْس: «هو بإسكان الميم وضمها، وهي التي لا تستقر بل تضطرب وتتحرك بأذنابها وأرجلها، والمراد بالرفع المنهي عنه هنا: «رفعهم أيديهم عند السلام مشيرين=

في الصلاة)[1].

قالوا: وراوي خبركم ابن عمر، وقال مجاهد: صحبتُ ابن عمر من المدينة إلى مكة فلم يكن يرفع يديه إلا في الافتتاح[2].

ونقلوا عنه أنه قال: رفع اليدين بدعة.

قالوا: ولأن رفع اليدين مجرد حركة بلا معنى، وأما في حال الافتتاح سُلِّم للنص.

❁ الجواب:

أما حديث ابن مسعود فقد روى سفيان[3] بن عبد الملك عن ابن المبارك قال: ثبت حديث مَنْ يرفع، ولم يثبت حديث ابن مسعود أن النبي ﷺ لم يرفع إلا في أول مرة[4].

= إلى السلام من الجانبين».
شرح النووي على مسلم: ٤/١٥٣.

(١) رواه مسلم في صحيحه: ٤/١٥٢ مع النووي في باب الأمر بالسكون في الصلاة.
وأحمد في المسند: ٥/١٠١، ١٠٧.
وذكره الدبوسي مستدلًا به. ينظر: الأسرار ورقة ١٠٩/أ.

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٢٢٥.
وقد استدل بن الدبوسي في إسراره ورقة ١٠٩/ب.

(٣) سفيان بن عبد الملك المروزي، من كبار أصحاب ابن المبارك، ثقة من قدماء العاشرة، مات قبل المائتين.
روى له مسلم، وابن ماجه، وأبو داود. ينظر: التقريب: ١٢٨.

(٤) قال الدارقطني في سننه: «قال ابن المبارك: لم يثبت عندي حديث ابن مسعود أن رسول الله ﷺ رفع يديه أول مرة ثم لم يرفع، وقد ثبت عندي حديث مَنْ يرفع يديه إذا ركع وإذا رفع،=

وقيل: إن عبد الرحمن بن الأسود لا يصح سماعه عن علقمة[1].

ولأنه يحتمل أنه خفي عن ابن مسعود هذه السُّنة كما خفي عليه الأخذ بالركبة في حال الركوع، وقد كان يُطْبق إلى أن توفاه الله.

وأما حديث البراء بن عازب فقوله: «ثم لم يُعِدْ» غير ثابت، وقد كان يزيد بن أبي زياد رَوَى بالحجاز من غير هذه الزيادة ثم رَوَى بالكوفة مع هذه الزيادة، فيحتمل «أنه لُقِنَ فتلقّن، وقد كان اختلط في آخر عمره»[2].

وأما حديث مقسم[3] فهو عن ابن عباس ....

= قال ابن المبارك: ذكره عبيد الله العمري، ومالك، ومعمر، وسفيان، ويونس، ومحمد بن أبي حفصة عن الزهري عن سالم عن أبيه عن النبي ﷺ».
ينظر: سنن الدارقطني: ١/٢٩٣، سنن البيهقي: ٢/٧٩.

(١) التحقيق: ١/٢٧٨.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٩٤، ثم قال: «قال علي بن عاصم: فلما قدمتُ الكوفة قيل لي: إن يزيد حي، فأتيته فحدثني بهذا الحديث قال: حدثني عبد الرحمن بن أبي ليلى عن البراء قال: رأيتُ النبي ﷺ حين قام إلى الصلاة فكبّر ورفع يديه حتى ساوى بهما أذنيه، فقلت له: أخبرني ابن أبي ليلى أنك قلت ثم لم يُعِدْ، قال: لا أحفظ هذا فعادوه فقال: ما أحفظ». اهـ.
وقال أبو داود في سننه: «ورواه هشيم وخالد وابن إدريس عن يزيد ولم يذكروا فيه «ثم لا يعود» ثم قال: هذا حديث ليس بصحيح» اهـ.
ينظر: سنن أبي داود: ١/٤٧٨، ٤٧٩ مع المعالم.
قال ابن الجوزي في التحقيق: «قال البخاري: وكذلك روى الحفاظ الذين سمعوه من يزيد قديمًا منهم الثوري وشعبة وزهير، وليس فيه: ثم لم يعد» اهـ.
ينظر: التحقيق: ١/٢٨٠.

(٣) مقسم ـ بكسر أوله ـ ابن بُجْرة ـ بضم الموحدة، وسكون الجيم ـ ويقال: نجدة ـ بفتح النون وبدالٍ ـ أبو القاسم مولى عبد الله بن الحارث يقال له: مولى ابن عباس للزومه له، صدوق=

نفسه[(١)]، والرواية: برفع الأيدي وليس فيه نفي الرفع في غير المواضع السبعة.

وأما الذي رووا عن قوله ﷺ: (ما بالكم رافعي أيديكم...) فقد ذكر مسلم في صحيحه[(٢)] هذا الخبر، وذكر أنهم كانوا يرفعون أيديهم في التشهد ويشيرون بالسلام، فقال النبي ﷺ ما قال.

والذي نقلوا عن ابن عمر فقد ثبت عن ابن عمر ما قدمناه.

وروى زيد[(٣)] بن واقد عن نافع[(٤)] أن ابن عمر كان إذا رأى رجلًا لا يرفع يديه في الصلاة حَصَبَه[(٥)] ـ أي رماه بالحصبا ـ.

وقولهم: «إنه قال «بدعة» أثر موضوع[(٦)]. وكيف وقد رُوِيَ عنه ما

= وكان يرسل، من الرابعة مات سنة ١٠١هـ، وما له في البخاري سوى حديث واحد. روى له البخاري والأربعة. ينظر: التقريب: ٣٤٦.

(١) قال النووي في المجموع: قال البخاري في كتابه رفع اليدين: هو ضعيف مرسل.
وروواه الطبراني في المعجم الكبير مرفوعاً: ١١/٣٨٥.
وقال الهيثمي في المجمع: ٢/١٠٣: «وفيه ابن أبي ليلى وهو ضعيف لسوء حفظه، وقد وثق» اهـ.

(٢) ينظر: صحيح مسلم: ٤/١٥٢ مع النووي.

(٣) زيد بن واقد القرشي الدمشقي، ثقة، من السادسة.
روى له البخاري، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجة، ينظر: التقريب: ١١٤.

(٤) نافع أبو عبد الله المدني مولى ابن عمر، ثقة ثبت، فقيه مشهور، من الثالثة، مات سنة ١١٧هـ، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٣٥٥.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ١/٢٨٩.

(٦) قال ابن الجوزي في التحقيق: ولا يصح ما حكوا، لا عن عمر ولا عن عليّ ولا عن=

قدمنا، ثم يخالفه ويسميه بدعة مع شدة تمسكه بسنة رسول الله صلى الله عليه، حتى قال بعض الصحابة: ما أحد منا يفتش إلا فتش عن جائفة أو منقلة غير عمر، وابن عمر مِنْه»(١).

وأما قولهم: «حركة بلا معنى».

قلنا: الاعتراض على السُّنة بمثل هذا الكلام باطل، وعلى أنه زينةُ الصلاة وقد وَرَدَ هذا في بعض الآثار. والله أعلم.



= ابن عمر. ينظر: التحقيق: ١/٢٨٢.

قال البيهقي في سننه: قال الزعفراني، قال الشافعي: لا يثبت عن عليّ، وابن مسعود يعني: ما روي عنهما أنهما كانا لا يرفعان أيديهما في غير تكبيرة الإحرام». ينظر: التقريب: ٢/٨١.

وقال النووي في المجموع: قال البخاري في جزء رفع اليدين في الصلاة: فمن زعم أن رفع اليدين بدعة فقد طعن في أصحاب رسول الله ﷺ والسلف ومن بعدهم، وأهل الحجاز وأهل المدينة وأهل مكة، وعدة من أهل العراق، وأهل الشام، واليمن، وعلماء خراسان، منهم ابن المبارك حتى شيوخنا، ولم يثبت عن أحد من الصحابة رضي الله تعالى عنهم ترك الرفع وليس أسانيده أصح من أسانيد الرفع». المجموع: ٣/٣٤٤.

(١) ذكره الزمخشري في الفائق عن حذيفة بن اليمان ولفظه: «لقد تركنا رسول الله ﷺ ونحن متوافرون، وما منا أحد لو فتش إلا فتش عن جائف أو منقلة إلا عمر وابن عمر». أ. هـ. مادة «جوف» ثم قال: وفي معناه قول جابر: «ما منا أحدًا لا مالت به الدنيا إلا عمر وابن عمر»، الفائق: ١/٢٤٧.

وذكر ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث مادة «جوف» عن حذيفة ولفظه: «ما منا أحد لو فتش إلا فتش عن جائف أو منقلة». وليس فيه: «غير عمر».

والجائفة: الطعنة التي تنفذ الجوف، والمنقلة: ما ينقل العظم عن موضعه من الجراح.

※ (مَسْأَلَة):

إذا تكلم في صلاته ناسيًا أو مخطئًا أو مكرهًا لم تبطل صلاته عندنا[1].

وعندهم: تبطل صلاته[2].

❖ لنا:

ما رواه مالك[3] عن أيوب[4] عن ابن سيرين[5] عن أبي هريرة أن النبي ﷺ صلّى إحد صلاتي العشي[6] أو الظهر أو العصر فسلم على اثنتين، فقال له ذو اليدين: أقصرت الصلاة أو نسيتَ يا رسول الله؟ فقال النبي ﷺ: (أصدق ذو اليدين؟) قالوا: نعم، فعاد وأتم صلاته ثم سجد سجدتي

---

(١) حلية العلماء: ١/١٢٨، المجموع: ٤/١٦، قال النووي: وبه قال جمهور العلماء منهم: ابن مسعود، وابن عباس، وابن الزبير، وعروة بن الزبير، وعطاء، والحسن البصري والشعبي، وقتادة وجميع المحدّثين، ومالك، والأوزاعي، وأحمد في رواية، وإسحاق، وأبو ثور، وغيرهم رضي الله تعالى عنهم.
المغني: ٢/٤٤٦، الإشراف للبغدادي: ١/٩١، الكافي في فقه أهل المدينة: ١/٢٤٣، شرح السنة للبغوي: ٣/٢٣٩، المهذب: ١/١٢٤، معالم السنن للخطابي: ١/٥٧٠.

(٢) مختلف الرواية ورقة ٣٩/ب، الأسرار لأبي زيد ورقة: ١/٣٩/أ مراد ملا، المبسوط: ١/١٧٠، مختصر القدوري: ١/٨٣، رؤوس المسائل ص ١٥٩، بدائع الصنائع: ٢/٥٧٧، وهو رواية عن الإمام أحمد، المغني: ٢/٤٤٦.

(٣) رواه مالك بلفظ آخر، ينظر: الموطأ: ١/١٧٢، مع المنتقى في باب مَنْ سلّم من ركعتين ساهيًا.

(٤) أيوب بن أبي تميمة السختياني أبو بكر البصري، ثقة ثبت حجة من كبار الفقهاء العباد، من الخامسة، مات سنة ١٣١هـ، وله خمس وستون سنة. روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٤١.

(٥) محمد بن سيرين الأنصاري أبو بكر بن أبي عمرة البصري، ثقة ثبت عابد كبير القدر، كان لا يرى الرواية بالمعنى، من الثالثة، مات سنة ١١٠هـ، روى له الجماعة. ينظر: التقريب: ٣٠١.

(٦) كذا في المخطوط، وفي الموطأ: «أما».

السهو[1]. والخبر نص.

قالوا: كان هذا قبل تحريم الكلام في الصلاة، وقيل: إن [٢٦/ب] القوم تكلموا عامدين ومع ذلك لم يعيدوا الصلاة.

قلنا: هذا حمل الحديث على النسخ بلا دليل، ولأن أبا هريرة متأخر الإسلام فإنه أسلم سنة سبع من الهجرة، وقد كان الكلام حُرّم قبل هذا بزمانٍ

(١) هكذا ورد الحديث مختصراً ولفظه في الموطأ «أن رسول الله ﷺ انصرف من اثنين فقال له ذو اليدين: أقصرت الصلاة أم نسيتَ يا رسول الله؟ فقال رسول الله ﷺ: (أصدق ذو اليدين؟) فقال الناس: نعم، فقام رسول الله ﷺ فصلى ركعتين أخريين، ثم سلم، ثم كبّر، فسجد مثل سجوده أو أطول، ثم رفع ثم كبّر فسجد مثل سجوده أو أطول ثم رفع». الموطأ: ٧٢/١ مع المنتقى.
رواه البخاري في صحيحه في عدة مواضع:
في باب تشبيك الأصابع في المسجد: ٥٦٥/١.
وفي باب إذا سلم في ركعتين أو ثلاث فسجد سجدتين، صحيحه مع الفتح: ٩٦/٣.
وفي باب مَنْ لم يتشهد في سجدتي السهو: ٩٨/٣.
وفي باب من يكبّر في سجدتي السهو: ٩٩/٣.
وفي باب ما لا يجوز من ذكر الناس نحو قولهم الطويل والقصير: ٤٦٨/١٠.
وفي باب ما جاء في إجازة خبر الآحاد: ٢٣٣٢/١٣.
ومسلم في صحيحه: ٦٧/٥، ٦٨ مع النووي، في باب السهو في الصلاة والسجود له.
وأبو داود في سننه: ٦١٢/١ مع المعالم، في باب السهو في السجدتين.
والترمذي في سننه: ١٨٨/٢، ١٨٩ مع عارضة الأحوذي، في باب ما جاء في الرجل يُسلّم في الركعتين من الظهر والعصر.
والنسائي في سننه: ١٧/٣، ١٨، في باب ما يفعل مَنْ سلّم من ركعتين ناسيًا وتكلم.
وابن ماجة في سننه: ٣٨٣/١ في باب مَنْ سلّم من ثنتين أو ثلاث.
والدارمي في سننه: ٣٥١/١، ٣٥٢ في باب سجدة السهو من الزيادة.
والإمام أحمد في مسنده: ٢٤/٢، ٢٣٥، ٤٢٣، ٤٦٠.

مديدٍ.

وأما قوله: «إن القوم قد تكلموا عامدين ولم يأمرهم بإعادة الصلاة».

قلنا: قد كان الكلام واجبًا عليهم بخطاب النبي ﷺ، وإذا وجب الكلام لا تبطل به الصلاة.

وأما الكلام من حيث المعنى فنقول:

الكلام محظور الصلاة، فعمله في إبطال الصلاة من حيث ارتكاب الحظر وفي حال النسيان زال الحظر فزال عمله كما لو أكل ناسيًا في الصوم.

وإنما قلنا: «إنه محظور الصلاة»؛ لأن الصلاة مجموع أفعال يؤديها مثل الحج سواء، وليس ترك الكلام من أفعال الصلاة إلا أن الشرع حظر عليه الكلام، لأن الصلاة عبادة وقيام في موضع المناجاة وإقبال على الله تعالى بالكُلِّية، فكان من قضيتها تركُ الكلام لتحقيق الإقبال على الله بالكُلِّية، واحترام موضع النَّجوى، وتعظيم المعبود مثل الحج فإنه مهاجرة إلى الله تعالى وزيارة لبيته فاقتضى تحريم ما يشبه من أحوال المُرَفَّهينَ المتنعِّمين؛ مثل لبس المخيط والتطيب والتجمل ليكون أشبهَ بالمهاجرين إلى الله تعالى، وإذا ثبت أن الكلام محظور الصلاة، وليس تركُه فعلًا يؤدّي به الصلاة فمتى زالت الحظرية زال عمله.

أما حجتهم:

قالوا: ترك الكلام[1] شرط صحة الصلاة، وشروط الصلاة لا تسقط

(١) في المخطوط: «الصلاة» والتصويب من المحقق.

بالنسيان، كالطهارة، واستقبال القِبلة وسائر الشرائط.

يدل عليه: أن أصل الصلاة لا يسقط بالنسيان فكذلك شروطها.

والدليل على أنه شرط الصلاة أن النبي ﷺ قال لمعاوية[1] بن الحكم السلمي: «إن صلاتنا لا يصلح فيها شيء من كلام الناس»[2]. وإخراج ما لا يصلح في الصلاة من الصلاة يكون شرط الصلاة، كالتَّطهر من الحَدَث.

يبينه: أنه إذا كان لا يصلح في الصلاة بالنص يكون منافيًا للصلاة لعينه فمتى وُجِدَ سواء كان عامدًا أو ناسيًا تبطل به الصلاة بمنزلة الحدث سواء.

قالوا: وأما الأكل ناسيًا في الصوم، فإنما لم يبطل به الصوم بالنص فهو حكم ثبت بالنص غير معقول المعنى فلا يُقاس عليه غيره، ولأنه لو أكل ناسيًا في الصلاة تبطل به الصلاة، كذلك الكلام، لأن كل واحدٍ منهما فعلٌ غير صالح في الصلاة.

قالوا: وليس يدخل على ما قلنا إذا سلّم في الصلاة ناسيًا، لأن جنسه مشروع في الصلاة فلم يكن مبطلًا للصلاة بعينه بل بقصد الخروج، فإذا وُجِدَ لا في حين الخروج بَطُلَ قصده، وبقي مجردُ السلام وهو بعينه غير قادحٍ في الصلاة، وأما الكلام فإنه مفسدٌ للصلاة بعينه على ما سبق.

---

(١) معاوية بن الحكم السلمي صحابي نزل المدينة، روى له مسلم، وأبو داود، والنسائي، والبخاري في جزء القراءة، ينظر: التقريب: ٣٤١.

(٢) رواه مسلم في صحيحه: ٥/٢٠ مع النووي، في باب تحريم الكلام في الصلاة ونسخ ما كان من إباحته.




الجواب:

أما قولهم: «إن إخلاء الصلاة من الكلام شرط الصلاة».

قلنا: قد بينّا أنه محظور الصلاة، ودللنا عليه.

وأما الخبر فليس فيه أكثر من أنه لا يصلح في الصلاة، ويجوز أن يكون المعنى لا يصلح للحظرية.

يبينه: أن جنس الكلام مشروع في الصلاة، ولو كان مبطلًا للصلاة لعينه لم يشرع جنسه كالحدث، فدل أنه مبطل للصلاة لمعنى ارتكاب المحظور، وهذا لا يوجد في حال النسيان، وخرج على هذا الحدث فإنه منافٍ[1] للطهارة لعينه، ثم إذا ارتفعت الطهارة فات شرط الصلاة فلم تجز الصلاة.

فإن قالوا: لا عمل للنسيان إلّا في رفع الحرج، ففيما وراءه يُجعل بمنزلة العدم.

قلنا: هذا دعوى بلا دليل، بل عمل النسيان إزالة الحظر، فإذا زال الحظر كان الحكم على ما قدّمنا، ويبطل هذا الكلام أيضًا بما لو أكل ناسيًا في الصوم فإنه قد عمل النسيان فيما وراء رفع الإثم حين لم يبطل به الصوم.

وأما الذي قالوا: «إنه بالنص غير معقول المعنى».

قلنا: قد ذكرنا معنًى صحيحًا يمكن التعويل عليه فلا يُترك له.

وأما إذا أكل ناسيًا في الصلاة فلا نسلمه، بل نقول: إذا أكل ناسيًا وإن

---

(١) في المخطوط: منافي.

كان في الصلاة لا تبطل صلاته كما لو تكلم، اللهم إلا أن يكثر الأكل حتى يخرج به عن هيئات المصلين، وكذلك إذا أكثر الكلام في مسألتنا فدل أنه يبطل الصلاة أيضًا، لما ذكرنا.

أما إذا سلّم ناسيًا فهو لازم، وعذره ضعيف؛ لأن السَّلام الذي يخرج به عن الصلاة هو ما كان خطابًا لقومٍ حاضرين، وهذا غير مشروع جنسه في الصلاة بحال.

وعلى أنّا قد بينّا أن في مسألتنا قد شرع جنس الكلام في الصلاة، فتستوي الصورتان بلا فرق. والله تعالى أعلم بالصواب.



❋ ([٢٧/أ] **مَسْأَلَة**):

المرتد إذا عاد إلى الإسلام يلزمه قضاء ما ترك من الصلاة عندنا في حال الردة[١].

وعندهم: لا يلزمه[٢].

(١) الأم: ٦١/١، المجموع: ٤/٣، الوسيط: ٥٥٧/٢، روضة الطالبين: ١٩٠/١ النكت ورقة ٢٩/ب. وهي رواية عن الإمام أحمد. ينظر: المغني: ٤٨/٢. وعلى هذه الرواية لا يجب عليه الحج مرة أخرى.

(٢) مختصر الطحاوي، ص ٢٩، ٢٦١، أصول السرخسي: ٧٥/١، الإسرار لأبي زيد ورقة ٧٣/ب مراد ملا. رؤوس المسائل ص١٦٧، كشف الأسرار: ٢٦٥/٤.
وهو قول مالك، ورواية عن الإمام أحمد. الإشراف للبغدادي: ٩٦/١، المغني: ٤٨/٢، تفسير القرطبي: ٤٠٣/٧.

وكذلك ما كان عليه من واجبات لله تعالى، وفي ذمته قبل الردة فإذا ارتد ثم أسلم فهي عليه كما كانت[١].

وعندهم: تسقط كلها[٢].

وعلى هذا الأصل إذا ارتد وقد حج أو صلى الظهر في أول الوقت ثم عاد إلى الإسلام لم يلزمه أن يحج ويصلي ثانيًا[٣].

وعندهم: يلزمه[٤].

وإنما جمعنا بين المسألتين، وإن اختلفا في الصورة، لأنهما يتفقان في المعنى على ما سيأتي بيانه.

وبناء المسألتين على أن الخطاب بالعبادات وسائر الشرعيات متوجه على الكفار عندنا[٥].

وعندهم: غير متوجّه[٦]، وقد ادّعوا فقد أهلية العبادات في الكفار، ونحن ندعي وجود الأهلية وتوجه الخطاب إلا أنه سقط بعفو من الشرع في موضعٍ، ولا يسقط في موضعٍ بحسب قيام الدليل، فهذا محل التنازع.

(١) الأم: ١/٦١.
(٢) مختصر الطحاوي: ص٢٦١، كشف الأسرار: ٤/٢٦٥.
(٣) المجموع: ٧/١١.
(٤) مختصر الطحاوي: ٢٦١، ٢٦٢، رؤوس المسائل ٢٤٥.
وهو قول مالك: الإشراف للبغدادي: ١/٩٧، تفسير القرطبي: ٣/٤٨.
(٥) هو قول المالكية، تفسير القرطبي: ٦/١٢، أحكام القرآن لابن العربي: ١/٥١٤ وهو قول أصحاب أبي حنيفة العراقيين، كشف الأسرار: ٤/٢٤٣.
(٦) كشف الأسرار: ٤/٢٤٣، أصول السرخسي: ١/٧٥، الأسرار ورقة ٧٤/أ مراد ملا.

لنا:

إن الكافر مكلّف يمكنه التوصل إلى فعل العبادة فيلحقه خطاب العبادة.

دليله: المسلم.

أما قولنا: «مكلف» فلا إشكال فيه، والدليل عليه أنه مكلف بالإسلام.

أما قولنا: «يمكنه الوصول إلى فعل العبادة»، فهو أن يُسْلِمَ ويصلي، فهذا طريق التوصل فثبت ما ادّعيناه.

وتحقيقه: أن الكافر عبد من العباد وقد خلق الله تعالى عباده ليعبدوه على ما نطق به الكتاب، فكل مَنْ سَهُل له طريق العبادة بوجهٍ ما يلحقه خطاب العبادة، لإطلاق الخطاب وشمول الأمر فيكون هو داخلًا في زمرة المخاطبين، ويكون الخطاب المطلق متناولًا إياه.

فإن قالوا: إن الكافر لا يمكنه التوصل إلى فعل العبادة، لأنه إذا أسلم لا يكون كافرًا.

قلنا: هذا ليس بشيء؛ لأن الخطاب متناولٌ ذات المخاطب، والإسلام والكفر صفتان له فهو وإن أسلم فذاته واحدة، وقد اتصل بذاته إلى فعل ما خوطب به فيكون المخاطب هو المتوصل إلى فعل ما خوطب به في الموضعين وإن تبدل وصفه بوصفٍ، وهذا مثل الجُنُب يخاطب بالصلاة، فإن طريق توصله إلى فعل الصلاة بالاغتسال، وإذا اغتسل لم يكن جُنُبًا ثم هذا لا يدل على أن الخطاب لا يتناوله، وكان طريق تحقيق توجه الخطاب مع تبدل وصفه بوصفِ الاغتسال هو ما بينا. كذلك هاهنا.

وإذا ثبت ما بينا من توجه الخطاب عليهم فنقول:

المرتد مخاطب بالصلوات في حال الردة، ولم يوجد عفو من الشرع في حقه، فإذا أسلم يلزمه قضاء ما فات.

وكذلك نقول في الكافر الأصلي أنه مأمور بالعبادات إلا أنه إذا أسلم سقط عنه بعفو الشرع، وذلك بقوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾[١]، وأجمع أهل العلم أن هذا الخطاب للكفار الأصليين[٢].

وهذا لأن الكافر الأصلي عارف بدينه غير عارف بدين الإسلام، وقد ادعى من دينه الذي عرفه وتعوده ورأى فيه نجاته ومصلحته، ثم دُعي إلى دين لم يعرف ما يشتمل عليه فاحتاج إلى نوع ترغيبٍ وإلطافٍ لينزع عما كان عليه، ويرغب فيما لم يكن عليه، ومن اللطف المرغب في حقه هو عفو الشرع عنه بعد قبول الإسلام عما سلف منه، فهذا نوع لطفٍ من الله تعالى مع الكفار ليرغبوا في الإسلام ولا ينفروا عنه وهو كسائر ألطافه الخفية الغزيرة.

فأما المرتد فقد كان عرف الإسلام، وعرف ما يشتمل عليه، ثم أنه ترك الإسلام وعاد إلى رأس كفره، فكانت الحاجة إلى تشديد الأمر عليه، فيرد أولًا إلى الإسلام شاء أم أبى من غير إمهالٍ وتثبتٍ، ثم لا يعفى عن شيء من الواجبات المتوجهة عليه، بل يؤمر بقضائها ولا يُحابَى ولا يُسَاهَل في شيء

---

(١) سورة الأنفال، آية (٣٨).

(٢) تفسير القرطبي: ٤٠٢/٧، ٤٠٣.

منها ، فإنه قد حصل استعمال اللطف في حقه ابتداءً حتى قبل الإسلام ابتداءً ، فلما لم ينفع اللطف ، وقد عاد إلى رأس أمره ، كانت الحكمة في استعمال العنف والتشديد في حقه ، وذلك باستمرار الخطاب عليه ثم بالمؤاخذة بفعل ما يتوجه عليه شاء أو أبى ، فيحصل بهذا تأديبه وتعريكه ، ويحصل بها أيضًا زجر سائر المسلمين عن ارتكاب مثل فعله ، فهذا هو المعنى المفرق بين الصورتين ، وهذه حكمة لطيفة من حكم الشرع لا يقع عليه إلا من أمدّه الله تعالى بنورٍ من عنده.

وإذا عُرِفَ هذا الأصل فعلى [٢٧/ب] هذا يخرج غيره من المسائل ، وهو بقاء الواجبات عليه وكذلك بقاء العبادات له ، فإن خطاب العبادات إذا استمر في حقه بعد الردة بقيت الواجبات في ذمته ، وبقي الحج الذي فعله ، والصلوات التي فعلها له ، مثل ما بقي لسائر المسلمين فلم يؤمر بفعلها ثانيًا.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: الكافر ليس من أهل العبادة فلا يخاطب بالعبادة.

دليله: البهيمة ، وإنما قلنا: «إنه ليس من أهل العبادة» لأن العبادة معنى شرعي يعرف بموجبه وهو الثواب ، والثواب هو الجنة ، والكافر ليس من أهل الثواب ، فلا يكون من أهل العبادة(١) ، وهذا كالنكاح معقود للحِلّ ، والبيع للملك ثم مَنْ لا يكون من أهل الحِلّ لا يكون من أهل النكاح. وكذا في المِلك مع البيع ، وهذا لأن الأمر بالعبادة ليس لمعنًى يرجع إلى المعبود ، لأنه تعالى غني عن جميع الناس ، وإنما الأمر بالعبادة لنفع العبد بالثواب ، فحقيقة

(١) كشف الأسرار: ٤/٢٤٣.




العبادة فعل مخصوص يعرف بموجبه وهو الثواب، ولا ثوابَ له بحالٍ فلم يكن من أهلها.

قالوا: وهذا بخلاف السكران، لأنه من أهل الثواب فإنه مسلم، وكذلك الجُنُب والمحْدِث، فصارت الطهارة شرط الأداء لا شرط الوجوب، فلم ينتف[1] الوجوب بتراخي شرط الأداء.

وأما الإسلام فهو شرط الوجوب، فإذا عُدِمَ الإسلام عُدِمَ الخطاب بالوجوب.

يبينه: أن الإسلام أصلٌ والصلاةَ فرعٌ، ولا يصلح الأصل شرطًا للفرع.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنّا لو أسقطنا الخطاب عن المرتد لصار الكفر سببًا للتخفيف عنه، وهذا لا يجوز؛ وذلك لأن إسقاط الخطاب بالعبادة عن المرتد، وسائر الكفار ليس بطريق النظر والمرحمة، مثل ما يسقط عن الصبيان نظرًا لهم ومرحمة، ولكنّا نسقط الخطاب بطريق الخِزي والتنكيل، وذلك أنه بكفره أَلحق نفسَه بالبهائم، والخطاب بالعبادة كرامة (فإن الله تعالى أكرم بني آدم بالتخليق ثم بالتأهيل لحمل الأمانة ثم بالتوفيق لأداء ما حمّله ثم بالثواب الموعود)[2]، فإذا سقط الخطاب عن الكفار بالعبادات، كان السقوط خِزيًا له وتنكيلًا له بحكم جنايته بالكفر، فكأنا أَلحقناه بالبهائم بكفره وصرفنا عنه التكريم بالخطاب.

وأما عذاب الآخرة فلا تخفيف عنه لهذا السبب؛ لأنا لو قلنا لا عقوبة

(١) في المخطوط: ينتفي.
(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ورقة ٧٤/ب مراد ملا.

عليه بترك العبادات فالعقوبة متوجهة بتأخيره بترك الإسلام وارتكاب هذه الجناية العظيمة وإلحاقِهِ نفسَه بالبهائم، وربما تكون المعاقبة عليه بهذا أشد من المعاقبة بترك الفروع من الشرعيات.

قالوا: وأما الخطاب بأصل الإيمان فمتوجه على الكفار؛ لأنه لو أتى به صح ولأنه إذا تَمّ منه يكون فرضًا، وهو من أهل الثواب، فاستقام خطابه بالإسلام، لأنه من أهل مُوجَبِه إذا وُجِدَ منه، وفي مسألتنا لا يستقيم الخطاب بسائر العبادات لما بينا أنه ليس من أهل مُوجَبِها.

قالوا: وإذا ثبت أنه لا خطابَ على الكافر بالعبادات.

قلنا: لا يجب عليه القضاء إذا أسلم، لأن القضاء ثاني الوجوب، فإنه إذا لم يكن وجوب فلا قضاء.

وكذلك ما فعله من الحج والصلاة في أول الوقت يلزمه إذا أسلم أن يفعل ثانيًا، لأنه إذا لم يكن من أهل العبادة ابتداءً لا تبقى له العبادات فصار بعد عوده إلى الإسلام ككافرٍ أصليٍ أسلم ابتداءً فتلزمه الصلاة عند إداركه بعض الوقت ويلزمه الحج، وصار المفعول بمنزلة العدم.

وربما يقولون: إن المسلم إذا ارتد ـ والعياذ بالله ـ بطل ما فعله من الإسلام من قبل، لأن زمان الإسلام لا يقبل التبعّيض والتجزأ، ولو أسلم وخرج لحظةً من عمره عن الإسلام لم يصح إسلامه، فإذا لم يتبعّض، فإذا تَرَكَ الإسلام في المستقبل بَطَلَ ما فعله في الماضي بمنزلة الصوم في اليوم الواحد، وإذا بَطَلَ الإسلام بَطَلَ ما فعله أيضًا في حال الإسلام، ولابد من

وجوب الحج عليه ثانيًا، وكذلك الصلاة.

قالوا: وليس كمنْ تيمم في إسلامه ثم ارتد، ثم عاد إلى الإسلام حيث يبقى تيممه[1]، لأنا إنما ادّعينا ما ادّعيناه في العبادات والتيمم ليس بعبادةٍ على ما سبق بيانه، وأما اشتراط النية فيه فلم يكن لأنه عبادة بل كان لما بينا أن التراب ليس بطهورٍ في ذاته، وإنما صار طهورًا بالشرع، والشرع إنما جعله طهورًا عند إرادة الصلاة به، فإذا لم يُرِدْ لم يكن طهورًا.

وأما هاهنا فإن الصلاة عبادة، وقد بيّنا أنه ليس من أهل [٢٨/أ] الخطاب بالعبادة.

يبينه: وهو أن العبادة فعل مقرّب إلى الله تعالى، فمن لا يعرف الله أو لا يكون من أهل التقرب إلى الله تعالى، كيف يكون محلًا للخطاب بالعبادة؟.

وتعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَمَن يَكْفُرْ بِٱلْإِيمَٰنِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُۥ﴾[2] وهذا اللفظ عام في كل عملٍ إلا ما يخصّه الدليل.

۞ الجواب:

إن قولهم: «إنه ليس من أهل العبادة».

ليس كذلك، بل هو من أهل العبادة بفطرته وخلقته، لأنه خُلِقَ ليعبد ربه، ولأنه عبد من العباد، والعبادة تعبُّدٌ فيكون له أهليّة العباد.

وقولهم: «إن العبادة للثواب».

---

(١) وهذا عند الحنفية ما عدا زفر، ينظر: الأسرار لأبي زيد ورقة ٢٠/أ مراد علي.

(٢) سورة المائدة، آية (٥).

قلنا: قد توجد العبادة بلا ثواب، بدليل أن النبي ﷺ قال: «الغيبة تفطر الصائم»[1]، ومعناه تُلحقه بالمفطر لفقد ثواب الصوم ومع ذلك فإن صومه صحيح، وكذلك قال الله تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ ۝ ٱلَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ ۝ ٱلَّذِينَ هُمْ يُرَآءُونَ﴾[2].

ومعلوم أن المراءاة تُفوّت ثواب الصلاة، ومع ذلك فإن صلاته صحيحة.

قالوا: فوات الثواب في هذين الموضعين بحكم مقابلة الوزر بالغيبة والمراءاة لثواب الصلاة والصوم، وإذا تقابلا وتوازيا، صار الثواب كالعدم، ولم يكن لأجل فوات أهلية الثواب.

وأما في مسألتنا كان فوات الثواب لفقد الأهلية فسقط الخطاب.

قلنا: هذا كلام تقولونه في كثيرٍ من المواضع فلا تعرف صحته، والتقابل الذي يدعونه لا يُعرف إلا بوحيٍ، وقد أخبر النبي ﷺ أنه لا ثواب للصائم المغتاب، ومع ذلك قد صحّ صومه.

ويمكن أن يقال: إن صحة العبادة ليس من ضرورتها الثواب، ويجوز أن تصح العبادة من الشخص ولا يُثاب عليه أصلًا، وهذا كلام طويل ذيله واسع مجاله، وليس من باب الفقه.

والأصح أن نوافقهم فيما ادّعوه، لكن نقول: صحة الخطاب بالعبادة بإمكان التوصل، فإذا أمكن التوصل بوجهٍ ما صح الخطاب.

(١) لم أجده بهذا اللفظ.

(٢) سورة الماعون، الآيات (٤ ـ ٦).

وهذا لأن خطاب العبادة إذا كان للثواب، ولم يصح فعلها منه إلا بعد أن صار أهلًا للثواب استقام الخطاب بها ليؤدّيها بعد أن يأتي بشرط الإسلام، وهذا كالخطاب بأداء الصلاة فإنه متوجه على الجُنُب، وكذلك السكران، ولا يقال: إنه كيف يخاطب بالأداء مَنْ لا يصح منه الأداء، ولكن يقال: إنه مخاطب بأداء الصلاة ليؤدّيها بعد أن يعقل من السُّكر أو بعد أن يطهر من الجنابة، فاستقام الخطاب بالأداء على هذا التقدير.

والحرف أن الثواب لما كان بالفعل ولا فعل إلا بعد الإسلام لم يمنع عدم أهلية الثواب من توجه الخطاب، وهذا بخلاف البهيمة، لأن خطابها مستحيل ولا وقت لوجود فعل العبادة منها بحال.

وهاهنا ليس فقد الخطاب عندهم لاستحالة الخطاب، فإن الخطاب مع الكافر صحيح معقول، ولكن كان عدم الخطاب عندهم لعدم أهلية الثواب فإذا قدرنا لفعله تقديم الإسلام زال هذا المعنى، واستقام الخطاب.

جواب آخر نقول:

وهو أن صحة العبادة بإفادة الخطاب، وقد أفاد الخطاب مع الكافر، لأنه إذا لم يفد فعلًا يستحق به الثواب أفاد تركًا يستحق عليه العقاب، وهذا لأن خطاب الفاجر عن الأداء بالأداء مستحيل، كما أن خطاب غير الأهل مستحيل، ثم يتوجه خطاب أداء الصلاة على السكران وإن كان عاجزًا عن الأداء، ولكن توجه الخطاب بالأداء، لأنه إن لم يفد فعلًا فقد أفاد تركًا حتى يُعاقب عليه، وهم يقولون على هذا الخطاب ليس إلا للفعل، فلا يجوز تصحيح الخطاب لمعنًى يعود إلى ترك الفعل، وفي السكران الخطاب بالفعل

صحيح، لأنه ليس فيه إلا تأخر الأداء وتأخر الأداء لا يسقط الخطاب بالأداء.

ونحن نقول: إن صحة الخطاب لفائدة، فأما إذا أفاد الخطاب صح الخطاب وقد أفاد على ما بينّا، وأما السكران ففي غاية اللزوم.

وقولهم: «إنه لم يفت الأداء في السكران وإنما تأخر».

قلنا: في حالة السُكر هو مخاطب بالأداء يُعاقب على تركه. ولا يتصور منه أداء في هذه الحالة، ومع ذلك صح الخطاب بالأداء لما بيّنّا.

وقولهم: «إن الإسلام أصل لا يصلح شرطًا لفرعه».

قلنا: معنى الشرط ما تقف عليه العبادة، فسواء وُجِدَ معناه في الإسلام الذي هو أصل العبادات أو غيره استقام تسميته شرطًا.

ويمكن أن يقال: إن الإسلام أصل فيما يرجع إلى ذاته، شرط فيما [٢٨/ب] يرجع إلى الصلاة المؤدَّاة بعدها.

والجواب الأول أحسن وأجرى في المعاني.

وأما قولهم: «إنه إذا ارتد بطل الإسلام الذي وجد منه وصار بمنزلة العدم».

قلنا: إلحاق الموجود بالمعدوم لابد فيه من دليل قطعي، وعلى أنه إن جاز أن يقال: إذا ارتد يصير الإسلام الموجود منه بمنزلة المعدوم، يجوز أن يقال: إنه إذا عاد إلى الإسلام تصير الردة الموجودة منه بمنزلة المعدوم، وهذا أحسن، والشرع عليه أدل، والاعتقاد له أقبل.




وأما الآية التي تعلقوا بها فقد قال في موضع آخر ﴿وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُوْلَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ﴾[1]، وتلك الآية المطلقة محمولة على هذه المقيدة، ويصير عمله بمنزلة الموقوف إن مات على الردة بَطَلَ عمله، وإن عاد إلى الإسلام بقي له عمله.

وقد قالوا مثل هذا في أملاك المرتد، أنها موقوفة إن دام على الردة، وقُتِلَ أو مات زالت أملاكه من وقت الردة، وإن عاد إلى الإسلام جعل ملكه بمنزلة المستمر ولم يزل شيء من أملاكه عن مِلكه[2]، كذلك هاهنا. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

يسجد سجدتي السهو عندنا قبل السلام[3].

---

(١) سورة البقرة، آية (٢١٧).

(٢) مختصر القدوري: ٢/٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦.

(٣) حلية العلماء: ٢/١٥١، النكت ورقة ٤٣/ب، المهذب: ١/١٢٩، الأم: ١/١١٢، عارضة الأحوذي: ٢/١٨٣.

وهو رواية عن الإمام أحمد حكاها أبو الخطاب. المغني: ٢/٤١٦، وقال مالك: سجود السهو في النقصان قبل السلام، وفي الزيادة بعد السلام، وهو قول للشافعية حكاه الشيرازي في المهذب والشاشي في الحلية، وهو رواية عن الإمام أحمد حكاها أبو الخطاب.

الإشراف للبغدادي: ١/٩٨، الكافي في فقه أهل المدينة: ١/٢٢٩، المهذب: ١/١٢٩، حلية العلماء: ٢/١٥٠، المغني: ٢/٤١٦.

أما عند الحنابلة: فقال ابن قدامة في المغني: «إن السجود كله عند أحمد قبل السلام إلا في الموضعين اللذين ورد النص بسجودهما بعد السلام، وهما إذا سلّم من نقص في صلاته، أو تحرى الإمام فبنى على غالب ظنه، وما عداهما يُسجد له قبل السلام، نص على هذا في=

وعندهم: بعد السلام[1].

❁ لنا:

حديث الزهري عن الأعرج[2] عن عبد الله بن بحينة أن النبي ﷺ قام في صلاة الظهر وعليه جلوسٌ، فلما أتم صلاته سجد سجدة[3] السهو فكبّر في كل سجدة وهو جالس قبل أن يُسلّم، وسجدهما الناس معه مكان ما نسي من الجلوس[4] قال: ....

= رواية الأثرم» اهـ. المغني: ٢/١٨٣.
وقال في الإنصاف: «وهذا المذهب في ذلك كله، وهو المشهور المعروف عند الأصحاب» اهـ: ٢/١٥٤، عارضة الأحوذي: ٢/١٨٣.

(١) مختصر الطحاوي ٣٠، المبسوط: ١/٢١٩، رؤوس المسائل ١٦٩، عارضة الأحوذي: ٢/١٨٣، شرح معاني الآثار: ١/٤٤٣، بدائع الصنائع: ١/٤٦٠.

(٢) عبد الرحمن بن هرمز الأعرج أبو داود المدني مولى ربيعة بن الحارث، ثقة ثبت عالم من الثالثة، مات سنة ١١٧هـ، روى له الجماعة، ينظر: التقريب: ٢١١.

(٣) في سنن الترمذي «سجدتين».

(٤) رواه الترمذي في سننه: ٢/١٨٢ مع عارضة الأحوذي، في باب ما جاء في سجدتي السهو قبل التسليم.
والبخاري في صحيحه: ٣/٩٩ مع الفتح، في باب مَنْ يُكبّر في سجدتي السهو.
ومسلم في صحيحه: ٥/٥٩ مع النووي، في باب السهو في الصلاة والسجود له.
وأبو داود في سننه: ١/٦٢٦ مع المعالم، في باب من قام من ثنتين ولم يتشهد.
والنسائي في سننه: ٢/١٩٤، ١٩٥، ٣/١٧، ٢٩ في باب التكبير في سجدتي السهو.
وابن ماجة في سننه: ١/٣٨١ في باب ما جاء في من قام من اثنين ساهيًا.
والدارمي في سننه: ١/٣٥٢، ٣٥٣.
والإمام مالك في الموطأ: ١/١٧٨ مع المنتقى، في باب من قام بعد الإتمام أو في ركعتين.
والدارقطني في سننه: ١/٣٧٧.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٤٣٨.




«وفي الباب عن عبد الرحمن بن عوف»[1].

وروى أبو سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: (إذا شك أحدكم فلم يدر أثلاثًا صلّى أم أربعًا فليطرح الشك وليبن على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يُسلّم)[2].

ولهم في المسألة من حيث الأخبار:

حديث شعبة عن الحكم[3] عن إبراهيم عن علقمة عن عبد الله أن النبي ﷺ صلى الظهر خمسًا فقيل له: أزيد في الصلاة؟ فسجد سجدتين بعد ما سلّم»[4].

---

(١) قاله الترمذي في سننه: ١٨٢/٢ مع العارضة.
وقد روى حديث عبد الرحمن بن عوف أيضًا ابن ماجه في سننه: ٣٨١/١، ٣٨٢.
والإمام أحمد في مسنده: ١٩٠/١، ١٩٣.

(٢) رواه مسلم في صحيحه: ٦٠/٥ مع النووي، في باب السهو في الصلاة والسجود له.
وأبو داود في سننه: ٦٢١/١، ٦٢٢ مع المعالم، في باب إذا شك في الثنتين والثلاث.
وابن ماجة في سننه: ٣٨٢/١ في باب ما جاء في من شك في صلاته فرجع إلى اليقين.
والنسائي في سننه: ٢٢/٣، ٢٣ في باب إتمام المصلى على ما ذكر إذا شك.
والدارمي في سننه: ٣٥١/١.
والإمام مالك في الموطأ: ١٧٦/١ مع المنتقى، مرسلًا عن عطاء بن يسار في باب إتمام المصلي ما ذكر إذا شك.
والإمام أحمد في المسند: ٧٢/٣، ٨٣، ٨٤، ٨٧.

(٣) الحكم بن عتبة أبو محمد الكندي الكوفي، ثقة ثبت فقيه إلا أنه ربما دلس، من الخامسة، مات سنة ١١٣هـ، وله نيف وستون.
روى له الجماعة. ينظر: التقريب، ص ٨٠.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٥٠٣/١، ٥٠٤، ٩٣/٣ مع الفتح، في باب التوجه إلى القبلة حيث كان، وفي كتاب السهو. =

وروى أيضًا ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: (إذا شك أحدكم فلم يدر أثلاثًا صلى أم أربعًا فليتحر أقرب ذلك إلى الصواب ثم ليتم عليه ثم يُسلّم ثم يسجد سجدتين)(١).

ويدل عليه حديث ابن سيرين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ سجدهما بعد السلام(٢)، وهذا في حديث ذي اليدين(٣).

ونحن نقول: إن أخبارنا أولى، لأنها ناسخة لغيرها من الأخبار فإنه رُوي عن الزهري قال: كان آخر الأمرين من النبي ﷺ فعل سجدتي السهو قبل السلام(٤).

= ومسلم في صحيحه: ٥/٦٤، ٦٥ مع النووي، في باب السهو في الصلاة والسجود له.
وأبو داود في سننه: ١/٦١٩ مع المعالم، في باب إذا صلى خمسًا.
والنسائي في سننه: ٣/٢٣ في باب التحري من كتاب السهو.
وابن ماجه في سننه: ١/٣٨٣ في باب ما جاء في من شك في صلاته فتحرى الصواب.
والإمام أحمد في مسنده: ١/٣٧٩، ٤٣٨.
والدارقطني في سننه: ١/٣٧٥.

(١) رواه مسلم في صحيحه: ٥/٦١، ٦٢ في باب السهو في الصلاة والسجود له.
وأبو داود في سننه: ١/٦٢٠ في باب إذا صلى خمسًا.
والإمام أحمد في مسنده: ١/٤٢٩.
والدارقطني في سننه: ١/٣٧٦.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٧٠، ٣٧١.
والترمذي في سننه: ٢/١٨٥ مع العارضة.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) قال الخطابي في معالم السنن: «روى عن الزهري أنه قال: «كلٌّ قد فعل رسول الله ﷺ إلا أن تقديم السجود قبل السلام آخر الأمرين» اهـ: ١/٦٢٧.
وذكره البيهقي في سننه، وقال: إن قول الزهري منقطع، ولم يسنده إلى أحد من الصحابة،=




وروى يحيى[1] بن أبي كثير عن محمد[2] بن إبراهيم أن أبا هريرة، والسائب[3] القاري كانا يسجدان سجدتي السهو قبل السلام[4].

وأبو هريرة هو الراوي لخبرهم المشهور المعروف، وهو خبر ذي اليدين، دل أنه إنما خالف، لأنه عرف أن خبرهم منسوخ[5].

وقد قال بعض أصحابنا[6]: إن معنى قوله: «بعد السلام» أي بعد التشهد، ويجوز أن يسمى التشهد سلامًا لاشتماله على السلام، مثل الصلاة تسمى قراءة لاشتمالها على القراءة.

والجواب الأول أمثل، ولأن سجدتي السهو جزء من الصلاة فليس فعله

= ومطرف بن مازن غير قوي.
ولكن المشهور عن الزهري من فتواه سجود السهو قبل السلام، السنن: ٢/٣٤١.
وذكره الحازمي في الاعتبار ص ١١٧ من طريق الشافعي عنه، وقال: «وطريق الإنصاف أن نقول: أما حديث الزهري الذي فيه دلالة على النسخ ففيه انقطاع فلا يقع معارضًا للأحاديث الثابتة، وأما بقية الأحاديث في السجود قبل السلام وبعد السلام قولًا وفعلًا، فهي وإن كانت ثابتة صحيحة ففيها نوع تعارض غير أن تقديم بعضها على بعض غير معلوم برواية موصولة صحيحة، والأشبه حمل الأحاديث على التوسع وجواز الأمرين...» اهـ. وذكر الزهري الشيرازي في النكت ورقة ٤٣/ب.

(١) يحيى بن أبي كثير الطائي مولاهم، أبو نصر البهامي، ثقة ثبت، لكنه يدلس ويرسل، من الخامسة، مات سنة ١٣٢هـ، روى له الجماعة، التقرب: ٣٧٨.

(٢) محمد بن إبراهيم شيخ ليحيى بن أبي كثير لا يُعرف، وصوّب النسائي أنه التيمي، روى له النسائي فقط، ينظر: التقريب: ص ٢٨٨، ٢٨٩.

(٣) في شرح السنة للبغوي: روى محمد بن إبراهيم أن أبا هريرة وأبا السائب القارئ: ٣/٢٨٥.

(٤) ذكره البغوي في شرح السنة: ٣/٢٨٥.

(٥) ينظر: حاشية رقم (٣) (ص٣١٢).

(٦) يقصد الشيرازي في النكت ورقة ٤٣/ب.

قبل السلام.

دليله: سائر الأجزاء، ويمكن أن يقال: سجدة مشروعة لإتمام الصلاة فصارت كالسجدة الأصلية.

وإنما قلنا: «لإتمام الصلاة»، لأنه قائم مقام ما تَرْكُه يوجب نقصانًا في الصلاة فيكون فعله إتمامًا لها.

يدل عليه: أن ما انجبر به الشيء يصير منه بدليل الحسيّات، فإذا انجبر سجدتي[1] السهو الصلاة صارتا من الصلاة، ولهذا المعنى حكموا بالعود إلى الصلاة عند فعل السجدتين، فإذا ثبت أنهما من الصلاة أخّرَ عنهما السلام مثل ما يُؤخر عن سائر أفعال الصلاة.

۞ وأما حجتهم من حيث المعنى:

قالوا: (ما قبل السلام جزء من الصلاة، والسهو فيه يوجب سجدتي السهو لولا السهو الأول، فوجب تأخير سجدتي السهو عنه، دليله ما قبله.

وهذا لأن سجدتي السهو يجبان بالسهو فأخرتا عن موضعها، لأنا لا نأمن سهوًا آخر بعده فيلزمه مرة أخرى، والموجود يجبر ما قبله لا ما بعده، والشرع لم يأت بالتكرار فأخرنا سجدتي السهو ليجبر بهما كل سهو في الصلاة، وذلك لا يحصل إلا بالتأخير عن السلام)[2].

فصار الحرف [٢٩/أ] لهم أن كل جزء يتصور فيه السهو، ووجب سجدتا

---

(١) كذا في المخطوط ولعل الصواب: «سجدتا».

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/٤٢/ب، مراد ملا.

السهو به يجب تأخير السلام عنه لما بينّا، ولا يدخل على هذا بعد السلام لأنه لا تجب سجدتا السهو بالسهو في هذه الحالة.

وهذا لأنه لا سهو بعد السلام حقيقة، فإنا إذا قدّرنا أنه لا سهو قبله ولا يكون في الصلاة أصلًا، ومع السهو الأول يكون البقاء في الصلاة بسبب السهو لا غير حتى لولاه لكان خارجًا من الصلاة فيكون السهو الثاني إذا قدّرنا وجوده بعد السلام حاصلًا فيما هو جبرًا لصلاة على التمحص ولا يجب جبر آخر، لأنه سهو شُرِعَ لجبر الصلاة لا لجبر جبر الصلاة.

قالوا: وقولكم: «إن الجبر شرع في الصلاة».

(فعندنا حرمة الصلاة لا تنقطع بالسلام ولا يسجد إلا وهو في الصلاة وإنما قدّمنا السلام ليمتاز الجبر عن نفس الصلاة)[1].

❁ **الجواب:**

إن قولهم: «إن ما قبل السلام جزء من الصلاة» على ما زعموا.

قلنا: ما قبل السلام هو زمان فعل سجدتي السهو، وزمان فعل سجدتي السهو لا يوجب سجود السهو، وهو كما بعد السلام على أصله، فإنه عاد إلى الصلاة عندهم ولا يجبُ سجودُ السهو بالسهو الحاصل فيه.

فإن قالوا: «يعود إلى حرمة الصلاة لا إلى الصلاة».

قلنا: مذهبهم هو العود إلى الصلاة، وعلى أنه لا تعرف حرمة الصلاة بلا صلاة.

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/٤٣/أ، مراد ملا.

ونقول في الفرق بين الجزء الذي قبل السلام وبين سائر الأجزاء: إن في سائر أجزاء الصلاة يمكن تأخير السجود عنها فأخّرنا لما ذكروا، وأما الجزء الذي قبل السلام فلا يمكن تأخير السجود عنه، لأنه إذا أخَّر سلّم، وهذا سلام محلل من الصلاة، وإذا فُعِلَ في موضعه فيوجب الخروج منها، وبعد الخروج من الصلاة لا يُتصور جبر الصلاة.

ولا يمكن أن يقال، إنه يعود إلى الصلاة بالسجود، لأن الخروج من الصلاة إذا تحقق بالسلام المشروع للتحلل لا يتصور العود إليها إلا بتحريمة جديدة واستئناف الصلاة.

فثبت أن في سائر الأجزاء يمكن التأخير، وفي هذا الجزء لا يمكن التأخير لما بينا، وسقط قولهم: «إنه وقت السهو»؛ لأنهم إنْ قالوا: قبل أن يسجد، فذاك زمان لا سجود فيه فهو كسائر أزمان الصلاة، فإن قالوا: بعد أن سجد، فهو ليس بزمان السهو، إنما هو زمان سجود السهو، وزمان سجود السهو لا يكون زمان السهو، مثل قولهم ذلك فيما بعد السلام.

ثم الدليل على الفرق بين سائر الأجزاء وبين هذا الجزء على الأصلين. أما على أصلنا فظاهر، وأما على أصلكم، فلأنه لو سجد قبيل السلام فإنه يقع به الاعتداد وإن لم يُسَنّ فعلُه، وأما إذا سجد في سائر أزمان الصلاة قبل هذا الزمان فإنه لا يقع به الاعتداد، فتبين الفرق بين الحالين، وسقط ما قالوه جملة. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

محاذاة الرجل المرأة في صلاة الجماعة لا توجب بطلان صلاة واحدٍ منهما عندنا[1].

وعندهم: تبطل صلاة الرجل[2].

❖ لنا:

إن الرجل متابع وَقَفَ في موقف المتابعة فلا تفسد صلاته.

دليله: سائر المتابعين.

يبينه: أن نهاية ما في الباب أنه مسيء في موقفه بجنب المرأة، والإساءة في الموقف لا توجب بطلان الصلاة.

دليله: إذا انفرد خلف الصف.

ودليله: إذا وقف الرجل على يسار الإمام.

ودليله: إذا ترك القوم الاصطفاف في الصلاة خلف الإمام بأن قام كل

(١) الأم: ١٥٠/١، ١٥١، المهذب: ١٤٠/١، النكت ورقة ٥٢/أ، حلية العلماء: ١٨١/١، المجموع: ٢١٤/٣.
قال النووي في المجموع: «صلاة المرأة قدام رجل وبجنبه مكروهة، وتصح صلاتها وصلاة المأمومين الذين تقدمت عليهم أو حاذتهم عندنا وعند الجمهور» اهـ. المجموع: ١٧٣/٤.
وهو قول الحنابلة. المغني: ٤١/٣.

(٢) رؤوس المسائل ١٤٩، مختصر القدوري: ٧٨/١، الهداية مع فتح القدير: ٣٦٠/١، الأسرار لأبي زيد: ٥٢/١/أ، مراد ملا، المبسوط: ١٨٣/١، بدائع الصنائع: ٤٣١/١، تأسيس النظر، ص ١٠٧، ١٤١، مختلف الرواية ورقة ٢٨/ب.




منفردًا، أو قاموا بجنب الإمام صفًا[١].

والحرف أنه لا مفسد لصلاة الرجل، والإفساد بغير مفسدٍ محال.

أما حجتهم:

قالوا: إن الرجل ترك فرضًا عليه في الموقف فلم تجز صلاته.

دليله: إذا تقدم على الإمام، وإنما قلنا: «ترك فرضًا عليه في الموقف»، لأنه فرض عليه تأخير المرأة عن موقفه[٢]، لقوله ﷺ: (أخروهن من حيث أخرهنّ الله)[٣]. وكلمة «حيث» للمكان، والأمر للوجوب ولا ترتيب يجب في المكان بين الرجل والمرأة سوى مكان الصلاة.

ولأن النبي ﷺ قال: (خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها، وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها)[٤].

---

(١) النكت ورقة ٥٢/أ.

(٢) مختلف الرواية ورقة ٢٨/ب.

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه موقوفًا على ابن مسعود: ٣/١٤٩.
وقال ابن حجر في الفتح: «ورواه عبد الرزاق بإسناد صحيح عن ابن مسعود»، الفتح: ١/٤٠٠، في باب كيف بدأ الحيض.
وقد استدل به الدبوسي في إسراره: ١/٤٨/أ، مراد ملا.
في الأسرار العبارة هكذا: «وحيث» عبارة عن المكان ولا مكان يجب تأخيرهن عنه إلا مكان الصلاة» ا. هـ. ١/٤٨/أ مراد ملا.

(٤) رواه مسلم في صحيحه: ٤/١٥٩ مع النووي، في باب تسوية الصفوف.
وأبو داود في سننه: ١/٤٣٨ مع المعالم، في باب صف النساء وكراهية التأخير.
والترمذي في سننه: ٢/٢٣، ٢٤ مع العارضة، في باب ما جاء في الصف الأول. =

والاحتراز من الشر واجب.

يدل عليه: الحديث الصحيح: أن النبي ﷺ: (صلى فأقام أنس وراءه، واليتيم وراءه، وأقام أم سليم وراءهما)[1].

وإنما قدّم الصبي وأخر العجوز...[2] [٢٩/ب] كراهية الانفراد خلف الصف، لأنه كان محظورًا وقوفها بجنب الرجل، فاختار الكراهية على الحظر، ولأن النساء أتباع الرجال في حكم الجماعة، ولهذا لا تجوز إمامتها بحالٍ، فورد الشرع بالترتيب مكانًا بين التبع والمتبوع، كما ورد بين الإمام والمؤتم، ثم لو ترك المؤتم مكانه بأن تقدّم على إمامه فسدت صلاته، كذلك إذا ترك الترتيب هاهنا أيضًا.

وإنما اختص الرجل بفساد صلاته، لأنه هو المخاطب بهذا الترتيب لما بينا من الخبر، ولأن الرجال هم القوامون بإقامة الجماعات وتسوية الصفوف،

= والنسائي في سننه: ٧٣/٢ في باب ذكر خير صفوف النساء وشر صفوف الرجال.
وابن ماجة في سننه: ٣١٩/١ في باب صفوف النساء.
والدارمي في سننه: ٢٩١/١.
والإمام أحمد في المسند: ٢٤٧/٢، ٢٣٦، ٢٤٠، ٣٦٧، ١٦/٣، ٢٩٣، ٣٣٣.

(١) رواه مسلم في صحيحه: ١٦٢/٥، ١٦٣ مع النووي، في باب جواز الجماعة في النافلة.
وأبو داود في سننه: ٤٠٧/١ مع المعالم، في باب الرجلين يؤم أحدهما صاحبه كيف يقومان.
والنسائي في سننه: ٦٧/٢، ٦٨ في باب موقف الإمام.
وابن ماجه في سننه: ٣١٢/١ في باب الاثنان جماعة.
والإمام أحمد في المسند: ٢١٥/١، ٢٥٢، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٧، ٣٤١، ٣٤٧، ٣٥٤، ٣٥٧، ٣٦٠، ٣٦٤، ٣٦٥، ٢٤٢/٣، ٢٥٨.

(٢) كلمة غير واضحة في المخطوط.

وإذا كان الخطاب للرجل دون النساء اختص الفساد بصلاة الرجل.

قالوا: وإنما اعتبر تقديم المؤتم على إمامه لتفسد صلاته، وفَسَدَ في مسألتنا بمجرد المحاذاة، لأن المواقف ثلاثة:

قدّام، وخلف، وحذاء، فقدّام موقف المتبوع، وخلف موقف التبع، وحذاء وسط بين موقف المتبوع وموقف التبع، فإذا كان مؤتمًا وقف بجنب الإمام وهو موقف متميل بين الجانبين، فرجحنا موقف الخلف على موقف القدّام في حقه بفعله المتابعة وهو فعل التتابع، ولم يكن في مسألتنا مثل هذا المرجح إذا وقف الرجل بجنب المرأة فاعتبرنا معنىً آخر، وهو معنى الاحتياط للعبادة فإن الأصل ألّا صلاة، وإنما توجد الصلاة لموقف بترتيبٍ ولم يوجد، فبطل أصل الصلاة.

قالوا: وليس يلزم صلاة الجنازة، لأنا إنما ادّعينا ثبوت هذا الترتيب في كل صلاة وَرَدَ للنساء فيها موقف بالشرع، وإنما ورد في الصلوات الخمسة.

فأما في صلاة الجنازة، فلا، لأن النبي ﷺ قال لنسوة وقد رآهن في جنازة: (ارجعن مأزورات غير مأجورات)[1]، فلم يأمرهن بالصلاة وأمرهن بالرجوع، دل أنه لا موقف لهن فيها.

واعتذر أبو زيد[2] عن صلاة الجنازة فقال: إن صلاة الجنازة تشبه الصلوات الخمسة من وجهٍ، لأنها صلاة في الجملة، وتشبه سجود التلاوة

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه: ٥٠٣/١ في باب ما جاء في اتباع النساء الجنائز، وفي إسناده دينار أبو عمر، أو ابن عمر.

(٢) ينظر: الأسرار: ٥٣/١/أ مراد ملا.




من وجهٍ، لأنها ركن واحد وهو القيام، مثل سجود التلاوة وهو ركن واحد وهو السجود، والمرأة تصلح إمامًا في سجود التلاوة، مثل ما لو قرأت فسجدت سَجَدَ القومُ السامعون معها، والتالي بمنزلة الإمام للسامعين، فلما أن صلاة الجنازة تشبه الصلوات الخمسة، قلنا: إنها لا تصلح إمامًا فيها، ولما أنها تشبه سجود التلاوة، قلنا: إذا وقفت المرأة بجنب الرجل لم تُفسد عليه صلاته فهذا منتهى ما قالوا في هذه المسألة.

۞ **الجواب:**

إن كلامهم ينبني على أن تأخير المرأة عن مقام الرجال في الصلاة واجب على الرجال، وهذا لا نسلمه، بل هو عندنا سُنّة؛ لأن الرجال إنما قُدّموا على النساء لفضلهم، والنساء إنما أُخّرن لنقصانهن، فليس في ترك هذا إلا ترك تأخير فاضل وتقديم ناقص أو تسوية بين فاضل وناقص في الموقف، وهذا غاية ما فيه الكراهة ولا يتعدى إلى التحريم والحظرية بدليل قوله ﷺ: (ليليني منكم ذوو الأحلام والنُّهى)[1].

وإنما قدّمهم لفضلهم، وأخر غيرهم لنقصانهم، ثم كان هذا أمرًا

---

(١) رواه مسلم في صحيحه: ١٥٤/٤، ١٥٥ مع النووي، في باب تسوية الصفوف.
وأبو داود في سننه: ٤٣٦/١ مع المعالم، في باب من يستحب أن يلي الإمام.
والترمذي في سننه: ٢٦/٢ مع العارضة، في باب ما جاء: ليليني منكم أولوا الأحلام...
والنسائي في سننه: ٦٨/٢ في باب مَنْ يلي الإمام ثم الذي يليه.
وابن ماجة في سننه: ٣١٢/١، ٣١٣ في باب من يستحب أن يلي الإمام.
والدارمي في سننه: ٢٩٠/١.
والإمام أحمد في المسند: ٤٥٧/١٥، ١٢٢/٤.

مستحبًا[1] لا حتمًا واجبًا، كذلك هاهنا.

وأما تقدم المأموم فإنما لم يجز، لأنه لم يقف موقف المأموم المتَّبِع.

وفي مسألتنا قد وَقَفَ كل واحدٍ منهما موقف المأموم المتَّبِع لإمامه فلا معنى لمنع الجواز.

وقولهم: «إن النساء تبع الرجال».

قلنا: هذا غير مستنكر، ولكن على معنى أنه لا يجوز إمامتُهن للرجال والمشروع إمامة الرجال لهن، وقد قمنا بهذا الواجب حيث قلنا إنه لا تجوز إمامتهن بحالٍ للرجال.

فأما في مسألتنا، فإن المرأة قامت مقام الاتباع؛ لأنها إن قامت بجنب واحد من المؤتمين فهذا لا يذهب تبعية المأموم للإمام وهو رجل، وإن قامت بجنب الإمام فهي متابعة للرجل بفعل الصلاة ولا تذهب تبعيتها أيضًا.

وأما كونهن أتباعًا للرجال الذين هم أتباع الإمام، والتَّبع لا تبع له إلا أنه كُرِهَ لهن الوقوف مع الرجال على المساواة لفضل الرجال ونقصان النساء فهذا لا يوجب فساد الصلاة لو تُرِكَ، بدليل ما ذكرنا من ذوي الأحلام والسَّفهاء والنُّهى.

أما قولهم: «أنه لا يجوز إمامتهن».

قلنا: هذا لا يدل على أنها إذا وقفت بجنب الرجل فسدت صلاته بدليل

(١) في المخطوط: «مستحيلًا» وهو خطأ.

أن [٣٠/أ] إمامة المرأة في صلاة الجنازة لا تجوز.

ولو وقفت بجنب رجل لا تفسد صلاته، ثم إنما لم تجز لأنها ناقصة الدين والصلاة ركن الدين، والجماعة لإحراز الثواب والفضيلة فلم يجز إحراز الثواب والفضيلة في الدين من ناقصة الدين، وبيان نقصان الدين بنص رسول الله صلى الله عليه.

وإن ألزموا العبد والصبي فلا نقصان دينٍ هناك، وهاهنا ثابت بالنص، ولابد من اعتقاد وجوده، عَقَلْنَا معناه أو لم نعقِل.

وأما عذرهم عن صلاة الجنازة ففي غاية الضعف، لأن النساء لهن من الحظ في صلاة الجنازة ما لهن ذلك في سائر الصلوات.

ألا ترى أنه يجوز لهن فعلها مع الرجال مثل ما يجوز في سائر الصلوات.

والخبر محمول على أنهن كن حضرن لا للصلاة، وعلى أنه إذا لم يكن لهن نصيبٍ في صلاة الجنازة، فيكون الفساد بالمحاذاة أولى منه إذا كان لهن نصيب.

وأما الذي قاله أبو زيد أنه يشبه كذا وكذا فهذا عذر عاجزٍ ملتزمٍ للمناقضة، لأنا نعلم قطعًا أنه لا إمامةَ ولا جماعةَ في سجود التلاوة. والله أعلم.



❊ (مَسْألة):

إذا صلى الرجل بقوم ثم أخبر أنه كان جُنبًا أو مُحدِثًا لزمته إعادة الصلاة[1].

وأما القوم فقد مضت صلاتهم على الصحة ولا إعادة عليهم عندنا.

وعندهم: عليهم الإعادة[2].

❊ لنا:

حديث ابن[3] أبي عروبة عن قتادة عن أنس قال: «دخل رسول الله ﷺ في صلاته وكبّر وكبّرنا معه ثم أشار إلى القوم: كما أنتم، فلم نزل قيامًا حتى أتى نبي الله ﷺ قد اغتسل ورأسه يقطر ماءً»[4].

---

(١) قال البغدادي في إشرافه: «أما صلاته في نفسه فإنها باطلة على كل وجه بلا خلاف».
الإشراف: ١/١٠١، وذكر الإجماع على ذلك النووي في المجموع: ٤/١٤٣، وإنما الخلاف في صلاة المأمومين الذين خلفه.
الأم: ١/١٤٨، المجموع: ٤/١٤٠، النكت ورقة ٤٩/أ.
وهو قول الحنابلة. المغني: ٢/٥٠٤.
أما عند المالكية فقال البغدادي: «إذا كان عامدًا فصلاتهم باطلة علموا أو لم يعلموا، وإن كان ناسيًا فصلاة مَنْ علم منهم باطلة، ومن لم يعلم به فصلاته ماضية». الإشراف: ١/١٠١.

(٢) قال الطحاوي: «ومَنْ صلى بالناس جُنُبًا أعاد، وأعادوا». اهـ.
مختصر الطحاوي ٣١، مختصر القدوري: ١/٨٠، رؤوس المسائل ص١٧٠.

(٣) سعيد بن أبي عروبة مهران اليشكري مولاهم، أبو النضر البصري، ثقة حافظ له تصانيف لكنه كثير التدليس، واختلط، وكان من أثبت الناس في قتادة، من السادسة، مات سنة ١٥٦هـ.
روى له الجماعة. التقريب، ١٢٤.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٦٢.

وروى[(١)] ثوبان عن أبي هريرة قريبًا من هذا وفيه: «ثم خرج ورأسه يقطر ماءً فصلّى بهم، فلما انصرف قال: (إني كنتُ جُنبًا فنسيتُ أن أغتسل)»[(٢)].

وروى جويبر[(٣)] عن الضحاك[(٤)] عن البراء بن عازب قال: «صلى بنا رسول الله ﷺ وليس هو على وضوءٍ فتمت للقوم وأعاد النبي عليه السلام»[(٥)].

وأما الذي يروون إن النبي عليه السلام صلّى بالناس وهو جُنُب فأعاد وأعادوا[(٦)].

فرواه أبو جابر البياضي[(٧)] عن سعيد بن المسيب أن النبي عليه السلام صلّى

---

(١) كذا في المخطوط، وفي سنن الدارقطني: «محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان».

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ١/٣٨٣ مع الفتح، في باب إذا ذكر في المسجد أنه جُنُب خرج... ولفظه: «قال: أقيمت الصلاة وعدلت الصفوف قيامًا، فخرج إلينا رسول الله ﷺ فلما قام في مصلاة ذكر أنه جنب فقال لنا: (مكانكم)، ثم رجع فاغتسل، ثم خرج إلينا ورأسه تقطر...». والدارقطني في سننه: ١/٣٦١. والنسائي في سننه: ٢/٦٤ في باب الإمام يذكر بعد قيامه في مصلاه أنه على غير طهارة.

(٣) جويبر بن سعيد ـ ويقال اسمه جابر وجويبر لقب ـ الأزدي، أبو القاسم البلخي نزيل الكوفة راوي التفسير، ضعيف جدًا، من الخامسة، مات بعد الأربعين، روى له ابن ماجة والبخاري في الأدب المفرد. التقريب: ٥٨.

(٤) الضحاك بن مزاحم الهلال أبو القاسم ـ أو أبو محمد ـ الخراساني، صدوق كثير الإرسال، من الخامسة، مات بعد المائة، روى له أصحاب السنن الأربعة. التقريب: ١٥٥.

(٥) رواه الدارقطني في نصب الراية: «الضحاك لم يلق البراء»: ٢/٦٠.

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٦٤، وعبد الرزاق في مصنفه: ٢/٣٥٠.

(٧) أبو جابر البياضي محمد بن عبد الرحمن المدني عن سعيد بن المسيب هو الذي يقول فيه الشافعي: مَنْ حدّث عن أبي جابر البياضي بيّض الله تعالى عينيه، وقال يحيى بن سعيد: سألت مالكًا عنه فلم يكن يرضاه، وقال أحمد: منكر الحديث جدًا. ينظر: لسان الميزان: ٥/٢٤٤، الكامل لابن عدي: ٦/٢١٨٩.

بالناس، وأبو جابر البياضي متروك[(١)]، ثم هو مرسل[(٢)].

قالوا: «رُوي عن عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه صلى بالقوم وهو جُنُب فأعاد ثم أمرهم فأعادوا»[(٣)].

قلنا: رواه عمرو[(٤)] بن خالد عن حبيب بن أبي ثابت عن عاصم[(٥)] ابن ضمرة عن[(٦)] عليّ.

وعمرو بن خالد أبو خالد الواسطي متروك الحديث، رماه[(٧)] أحمد ابن حنبل بالكذب[(٨)] وقد روى ابن[(٩)] المنكدر عن الشريد[(١٠)] الثقفي أن عمر صلى بالناس وهو جُنُب فأعاد، ولم يأمرهم أن يعيدوا[(١١)]، وكذلك روى الحرث[(١٢)] بن أبي ضرار عن عثمان ....

(١) قاله الدارقطني في سننه: ١/٣٦٤، المجموع للنووي: ٤/١٤١.
(٢) ينظر: حاشية (٥) (ص٣٧٢).
(٣) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٦٤، وعبد الرزاق في مصنفه: ٢/٣٥٠.
(٤) تقدمت ترجمته. وينظر: ٢٥٩ من التقريب.
(٥) عاصم بن ضمرة السلولي الكوفي، صدوق، من الثالثة، مات سنة ٧٤هـ، روى له الأربعة، التقريب: ١٥٩.
(٦) في المخطوط: «علي»، والتصويب من سنن الدارقطني.
(٧) في المخطوط: «رواه»، والتصويب من سنن الدارقطني.
(٨) نقله الدارقطني في سننه: ١/٣٦٤.
(٩) هو محمد بن المنكدر.
(١٠) في المخطوط «الشريف» والتصويب من سنن الدارقطني.
الشريد الثقفي صحابي شهد بيعة الرضوان، قيل كان اسمه مالكًا، روى له مسلم والبخاري في أفعال العباد، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه. التقريب: ١٤٥.
(١١) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٦٤، وعبد الرزاق في مصنفه: ٢/٣٤٨.
(١٢) كذا في المخطوط، وفي سنن الدارقطني: محمد بن عمرو بن الحارث بن أبي ضرار.




مثل هذا[1]، وعن ابن عمر مثل ذلك[2]. ومن حيث المعنى نقول: إن كل واحد من القوم مصلٍ[3] لنفسه مؤدٍ[4] فرضه مثل ما لو كان منفردًا، وصلاته غير متعلقة بصلاة الإمام في الجواز والفساد.

لأنّ الأصل أن الاثنين إذا اجتمعا على أداء فريضة لا يتعلق أداء أحدهما بأداء الآخر، بل إن جاز فَعَلَ كل واحد منهما بجواز فعله، وإن فَسَدَ ففساده بفعله، لأن الفرض عليه على الإنفراد، ولا يجوز أن يؤاخذ في فعله بفعل غيره.

وأما الاقتداء فهو مجرد قصد اتباع في الفعل لتجتمع الجماعة على أداء هذا الفرض، فيكون أقرب إلى الخشوع والخضوع، وأبعد من السهو والغفلة وأدنى من المغفرة والرحمة.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: نهاية ما في هذا الباب أنه يظهر أنه قصد اتباع مَنْ ليس في الصلاة في أفعال الصلاة، ومجرد القصد غير عاملٍ في إفساد الصلاة، كما لو قَصَدَ الكلام ولم يتكلم أو قَصَدَ فعلًا آخر ولم يفعله، فنجعل اقتداؤه به كَلَا اقتداء ويبقى فرضه مؤدّى بأفعاله المفروضة، وأركانها المعهودة، لكن يصير كأنه أدّى لا في جماعة لكن على الانفراد. وقد قال الأصحاب في هذه المسألة: إنه لا يمكن الوقوف على طهارة الإمام إلّا بعرضه للإمامة، فإن نهاية ما في الباب أن يتوضأ بمشهدٍ لكن مع هذا يجوز أنه غير

(١) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٦٤.
(٢) رواه الدارقطني في سننه: ١/٣٦٥، وعبد الرزاق في مصنفه: ٢/٣٤٨.
(٣) في المخطوط: مصلى.
(٤) في المخطوط: مؤدى.

متطهر حتى افتتح الصلاة بأن أحدث وأخفاه، وإذا تعذر الوقوف على طهارة الإمام إلا بهذا الوجه سَقَطَ ما وراءه.

وقال بعضهم: إن خبره عن[1] جنابته وحدثه غير مقبول؛ لأنه يحتمل الصدق والكذب، ولأنه متهم في خبره فيجوز أنه قَصَدَ به إفساد صلاة القوم.

وَكِلَا المعنيين [٣٠/ب] فاسد، لأن في كِلَا الطريقتين أن صحة صلاة القوم مبنية على صحة صلاة الإمام، وإنما لم نأمر القوم بإعادة الصلاة في مسألتنا، لأنا بينّا أن الإمام صلّى على طهارةٍ، والمؤتم قد اعتمد في معرفة طهارته بغاية ما يمكن الاعتماد عليه وسقط عنه ما وراء ذلك.

وفي الطريق الثاني: أنه لم يصدقه إن كان جُنُبًا أو على وضوءٍ. وحملنا الأمر على أنه قد صلّى بالطهارة.

وينبغي على مذهب الشافعي أن يسلك طريقةً تدل على أن الإمام وإن لم تصح صلاته يكون جُنُبًا أو محدثًا فإن صلاة القوم صحيحة، وأن هذا هو مذهبه وأصله، وليس يمكن ذلك إلا بالوجه الذي قلنا، فافهم هذا فإنه خَفِيَ على كبار الأصحاب.

وأما المخالفون قد زعموا أن صلاة المأموم مرتبطة بصلاة الإمام صحةً وفسادًا، وهذا يأتي في المسألة الثانية، وسنبين الكلام عليه.

وقد قاسوا على ما إذا ظَهَرَ أن الإمام كان كافرًا أو امرأة أو عَلِمَ أن الإمام جُنُب فإنه يجب على المأمومين أن يعيدوا الصلاة، ونقضوا قولنا أن كل إنسان

(١) في المخطوط: من.

من القوم مصلٍ[1] لنفسه بهذه المسائل، وقد قالوا لو كان الأمر على ما قلتم لم تبطل صلاة المؤتمين في هذه المسائل.

❁ **الجواب:**

أما إذا ظَهَرَ أن الإمام كان كافرًا أو امرأة أو عَلِمَ أن الإمام جُنُب فإنما بطلت صلاتهم[2] لتفريطهم وتقصيرهم، فإن الغالب أنه يكون للكافر علامة على الكفر، وللمرأة هيئة على أنوثتها فيعرفانِ بذلك حقيقة، فإذا لم يتعرف وصلّى كان لتقصيرٍ وُجِدَ من قِبله، حتى قالوا فيمن يعتقد الاستسرار[3] بكفره فَظَهَرَ ذلك من بعدُ: لا يبطل صلاة القوم.

فإن قلتم: قد يوجد الكافر ولا علامة له، وكذلك المرأة ولا علامة لها فهذا نادر ولا يُعتبر النادر.

وأما إذا علم أن الإمام جُنُب؛ فإنما بطلت صلاته لبطلان نيته للصلاة، فإنه إذا علم أن الإمام لاعب فاتباع اللاعب لعب حقيقة[4]، فبطلت نيته للصلاة بهذا الوجه، وفي مسألتنا قد ظن أن الإمام مصلٍ[5] حقيقة فلم تبطل نيته، وهو مصلٍ[5] لنفسه كما بينّا. والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) في المخطوط: مصلى.
(٢) النكت ورقة ٤٩/أ.
(٣) المقصود إخفاء الإيمان والتستر بالكفر. ينظر: المصباح مادة (س س ر).
(٤) النكت ورقة ٤٩/ب.
(٥) في المخطوط: مصلى.

※ (مَسْأَلَة):

يجوز اقتداء المفترض بالمتنفل[1] عندنا[2].

وعندهم: لا يجوز[3].

وكذلك إذا اختلف فرض الإمام والمؤتم بأن اقتدى مؤدِّي الظهر بمؤدِّي العصر[4].

❖ لنا:

«إن معاذًا رضي الله عنه كان يصلي مع النبي عليه السلام صلاة العشاء ثم يعود فيؤم

---

(١) قال ابن قدامة في المغني: «لا نعلم بين أهل العلم اختلافًا في صحة صلاة المتنفل وراء المفترض». المغني: ٦٨/٣. وإنما الخلاف في صلاة المفترض خلف المتنف.

(٢) حلية العلماء: ١٧٥/٢، ١٧٦، النكت ورقة ٤٩/ب، المهذب: ١٣٧/١، المجموع: ١٥٠/٤، شرح النووي على مسلم: ١٨١/٤.
وبه قال ابن المنذر وطاووس وعطاء، والأوزاعي، وأبو ثور، وداود وأحمد في رواية، قال ابن قدامة في المغني: «وهي أصح». المغني: ٦٧/٣، معالم السنن: ٤٠١/١.

(٣) الهداية مع فتح القدير: ٣٧١/١، مختصر القدوري: ٨٠/١، تأسيس النظر: ١٤٤، الأسرار ورقة ٤٩/١/أ مراد ملا، مختلف الرواية ورقة ٣١/ب.
وعند المالكية لا يجوز ائتمام المفترض بالمتنفل، ولا بمفترض غير فرضه، وهو رواية عن الإمام أحمد، الإشراف للبغدادي: ١١٠/١، المغني: ٦٧/٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢١٣/١.

(٤) عند الشافعية ورواية عند الحنابلة: يجوز.
الحلية: ١٧٦/٢، المهذب: ١٣٧/١، المجموع: ١٥٠/٤ وعند الحنفية ورواية عند الحنابلة وهو قول المالكية: لا يجوز.
مختصر القدوري: ٨٠/١، الأسرار ورقة ٤٩/١/ب، مراد ملا، المغني: ٦٨/٣، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢١٣/١.

قومه»(١)، والخبر ثابت، وهو برواية جابر.

وفي رواية «فيكون له تطوعًا ولهم مكتوبة»(٢).

فإن قالوا: ليس معناه أن النبي ﷺ علم بذلك وأقره عليه.

قلنا: مثل معاذ في فقهه وعلو منزلته في الدين لا يقدم على مثل هذا إلا بعلم من النبي ﷺ(٣).

وقد ثبت علم النبي ﷺ بذلك في الخبر المشهور، وهو افتتاحه سورة البقرة في العشاء الآخرة، وانفراد الأنصاري، ثم قول النبي ﷺ لمعاذ: «أفتّان أنت يا معاذ؟ أين أنت عن سورة كذا وسورة كذا؟»(٤)، ولا سؤال لهم على

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٢/٢٠٣ مع الفتح، في باب إذا صلى ثم أمّ قومًا.
ومسلم في صحيحه: ٤/١٨٢ ـ ١٨٣ مع النووي، في باب القراءة في العشاء.
وأبو داود في سننه: ١/٤٠٠، ٤٠١ مع المعالم، في باب إمامة مَنْ يصلي بقوم وقد صلّى تلك الصلاة والأم.
والإمام أحمد في المسند: ٣/٣٠٢.
والدارقطني في سننه: ١/٢٧٤، ٢٧٥.

(٢) رواها الدارقطني في سننه: ١/٢٧٤، ٢٧٥.
والشافعي في الأم: ١/١٥٣.
والبيهقي في سننه الصغرى: ١/٢٠٦.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٤٠٩.
قال ابن حجر في الفتح بعد ذكر هذه الرواية: «وهو حديث صحيح ورجاله رجال الصحيح، وقد صرح ابن جريج في رواية عبد الرزاق بسماعه منه فانتفت تهمة تدليسه». اهـ. فتح الباري: ٢/١٩٦.

(٣) معالم السنن للخطابي: ١/٥٠٠، النووي، في المجموع نقلًا عن الخطابي: ٤/١٥٣.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٢/٢٠٠ مع الفتح، في باب من شكا إمامه إذا طوّل. =

الخبر أصلًا.

وأما المعنى فنقول: كل واحد من المؤتمين يصلي لنفسه مؤدّي فرضه بفعله، وقد بيّنا أن فوات صلاة الإمام أصلًا لا يوجب فساد صلاة المؤتم، وذلك بأن كان جُنُبًا أو مُحدِثًا ففوات صفة صلاته من الفرضية لا يوجب فوات هذه الصفة من صلاة المقتدي أيضًا.

وهذا لأن كل واحد من القوم لما كان مصليًا لنفسه مؤدّيًا فرضه بفعله لم تتعلق صلاته بصلاة الإمام، فنقول: مَنْ لا تتعلق صلاته بصلاة غيره فنفلُ غيره لا يمنع أداء فرضه.

دليله: الإمام مع المؤتم.

وأما الدليل على عدم التعلق أن الوارد في الشرع هو فعل الجماعة، وفعل الجماعة يوجب الاجتماع على أداء الصلاة، واقتداء المؤتم يوجب متابعة الإمام في الأفعال الظاهرة، فإذا اجتمع القوم على فعل الصلاة ووجدت المتابعة من المؤتم في الأفعال الظاهرة فقد تمت الجماعة.

ثم الاقتداء والاتباع فعل كل واحد من القوم فيما وراء هذا كمنفرد بالصلاة فيؤدي على حسب ما يختاره وما ينويه وهو مثل الإمام فإنه متبوع في

= ومسلم في صحيحه: ٤/١٨١، ١٨٢ مع النووي، في باب القراءة في العشاء.
وأبو داود في سننه: ١/٥٠٠ مع المعالم، في باب تخفيف الصلاة.
والنسائي في سننه: ٢/٧٦، ٧٧، ٧٩، ١٣٠، ١٣٤.
وابن ماجة في سننه: ١/١٣٥ في باب من أمّ قومًا فليخفف.
والدارمي في سننه: ١/٢٩٧.
والإمام أحمد في مسنده: ٣/٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠٨، ٣٦٩.

الأفعال الظاهرة، فإذا تمت المتبوعية بوجود صورة الأفعال منه على ما يتبعه فيها المقتدي به كان فيما رواه ذلك بمنزلة منفرد بالصلاة يؤدي صلاة على حسب اختياره ونيته، كذلك هاهنا.

وقد حرر الأصحاب وقالوا: صلاتان اتفقتا في الأفعال الظاهرة فيجوز لِمَنْ يقيم أحدهما أن يقتدي [٣١/أ] بمن يقيم الأخرى.

دليله: المتنفل خلف المفترض.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: الاقتداء يوجب ابتناء صلاة المؤتم على صلاة الإمام حتى تصير الصلاتان كصلاة واحدةٍ جوازًا وفسادًا[١].

(والدليل عليه: قوله ﷺ: (الإمام ضامن)[٢] أي ضامن صلاته صلاة المؤتم، وضمانه صلاته بصلاته هو أن صلاته صارت في ضمن صلاته، ولأن الاتباع واجب وإنما يوجب الاتباع لتعلق صلاته بصلاته، وهو أن صلاته صارت في ضمن صلاته)[٣]، ولولا ذلك وإلا لم يجب الاتباع، وجاز للمؤتم أن ينفرد بصلاته عن صلاة الإمام متى شاء.

وحين أجمعنا على أنه لا يجوز أن ينفرد بصلاته عن صلاة الإمام،

---

(١) تأسيس النظر: ١٠٧، مختلف الرواية ورقة ٣١/ب.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ١/٤٢٥، ٤٢٦.
والترمذي في سننه: ٢/٨ مع عارضة الأحوذي، في باب ما جاء أن الإمام ضامن.

(٣) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ببعض التصرف: ١/٤٩/ب مراد ملا، مختلف الرواية ورقة ٣١/ب.

عرفنا أنه إنما لم يجز، لأنه ارتبط صلاته بصلاة الإمام جوازًا وفسادًا.

ويدل عليه: أن الواجبات على المنفرد تتغير بالاقتداء، بدليل أنه على أيِّ حال أدركه وجب عليه المتابعة، ولم يجز له أن يفعل ما يوجبه الإفراد أو ما هو واجب الصلاة في الأصل، ولو كان على ما زعمتم من قولكم إذا كان واحد مصلٍ[1] لنفسه وجب أن يفعل الصلاة على ما هو المشروع في الأصل، وأيضًا فإن الإمام إذا سها يجب على القوم أن يسجدوا لسهوه ولو لم يسجد الإمام سجد القوم عندكم، ولو سها المؤتم لم يجب عليه شيء.

وإذا ثبت الابتناء الذي ادّعيناه ثبت أن الصلاتين قد صارتا كصلاة واحدةٍ، فكل تحريمةٍ يجوز له أن يبتني عليها صلاته لنفسه يجوز أن يبتني غيره عليها تلك الصلاة، وكل تحريمةٍ لا يجوز له أن يبتني عليها صلاته لنفسه لا يجوز لغيره أيضًا أن يبنيها عليها، ومعلوم أن تحريمة النفل إذا وُجِدت من الإمام لا يجوز أن يبنى عليها صلاة الفرض لنفسه[2]، وكذلك للمؤتم أن يبنى عليها هذه الصلاة.

قالوا: وَيُخرّج على هذا المتنفل خلف المفترض[3]، لأن الإمام يجوز له أن يبنى صلاة النفل على تحريمة الفرض، فكذلك جاز من المؤتم ذلك.

وقد تعلق كثير منهم بالجمعة، وقالوا: أجمعنا على أن الإمام لو كان يؤدي النفل في الجمعة لم يجز اقتداء القوم به، فكذلك في غير الجمعة،

(١) في المخطوط: مصلى.

(٢) تأسيس النظر: ١٤٤.

(٣) مختلف الرواية ورقة ٣١/ب.

وهذا لأن نهاية ما في الباب أن الجماعة واجبة في الجمعة، وسُنّة في غيرها من الصلوات ولكن لا اختلاف في نفس الجماعة.

وقد بينتم أنها للاجتماع على فعل الصلاة والاقتداء في الأفعال الظاهرة.

وقد وُجِدَ هذا في مسألة الجمعة، وإن كان الإمام متنفلًا مثل ما وجد في مسألتنا ومع ذلك لا يجوز، وكذلك أوردوا الجمعة في المسألة الأولى فإنه لو ظَهَرَ أن الإمام جُنُب أو مُحدِث لم تجز الجمعة للقوم.

۞ الجواب:

دعواهم أن صلاة القوم تبتني على صلاة الإمام حتى تصير الصلاتان بمنزلة الصلاة الواحدة جوازًا وفسادًا.

لا نسلم ذلك على ما بيّنا من قبل.

وأما الخبر فمعناه أن الإمام ضامن إكمال صلاة القوم بحكم المتبوعية ولأجل هذا الضمان إذا أكمل فله الأجر لصلاته وصلاة القوم، وإذا نقص فعليه الوزر لصلاته وصلاة القوم.

وأما دخول صلاة المؤتم في ضمن صلاة الإمام فلا يُعرف.

وأما قولهم: «إنه وجب الاتباع».

قلنا: وجوب الاتباع بحكم نية الاقتداء أو لأنه إمام وهذا مؤتم، ومن قضية كونه مؤتمًا اتباعه إياه في أفعاله، وهذا هو المتابعة في الأفعال الظاهرة.

فأما الاقتداء أو الاتباع في النية فغير متصور، لأنه أمر في باطن القلب




فكيف يوجد فيه المتابعة؟ ثم الاتباع في الأفعال الظاهرة لتحصل الجماعة المشروعة ويتحقق الاقتداء والائتمام، وإذا حصل هذا ففيما وراء ذلك فكل مصلٍ[1] وشأنه وكل امرئٍ ونيته.

وقولهم: «إنه تتغير الواجبات بالاقتداء».

قلنا: أما أصل الواجبات فلا تتغير بالاقتداء منه شيء، وإنما وجب المتابعة في بعض أفعاله بسبب الاقتداء أو الائتمام مع بقاء الواجب عليه في أصل الصلاة على ما كان من قبل من غير أن يتغير منه شيء.

أما سجود السهو، قلنا: إذا سها الإمام وجب السجود على القوم بحكم المتابعة، وإن لم يسجد الإمام لم يجب على القوم، وإذا سها واحد من القوم لم يجز له أن يسجد، لأنه يؤدي إلى الخلاف في الأفعال الظاهرة.

ويمكن أن يقال: إن الجماعة لإحراز فضيلة الجماعة وعلى هذا نص النبي ﷺ فقال: (صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بسبع وعشرين درجة)[2]

---

(١) في المخطوط: مصلي.

(٢) رواه البخاري: ١٣١/٢ مع الفتح، في باب فضل صلاة الجماعة.
ومسلم في صحيحه: ١٥٢/٥ مع النووي، في باب فضل صلاة الجماعة.
والترمذي في سننه: ١٥/٢ مع عارضة الأحوذي، في باب ما جاء في فضل الجماعة.
والنسائي في سننه: ٨٠/٢ في باب فضل صلاة الجماعة.
وابن ماجة في سننه: ٢٥٩/١.
والدارمي في سننه: ٢٩٣/١.
والإمام مالك في الموطأ: ٢٨٨/١ مع المنتقى، في باب فضل صلاة الجماعة على صلاة الفذ.
والإمام أحمد في المسند: ٣٧٦/١، ٣٨٢، ٤٣٧، ٤٥٢، ٦٥/٢، ١٠٢، ١١٢، ٢٣٣،=

فإذا وجدت الجماعة في الظاهر حصلت فضيلة الجماعة وحصل المقصود [٣١/ب] والمطلوب فصار صلاتهما وإن اختلفتا في صفة الفرضية والنفلية كصلاتهما إذا اتفقتا في الفرضية والنفلية.

فأما في مسألة سهو القوم، فإنما يسقط عنهم سجود السهو لأنه مشروع لجبر النقصان الداخل في الصلاة، وقد انجبر النقصان بفضيلة الجماعة فصار كما لو سجدوا.

وأما مسألة الجمعة فقد مُنِعَتْ، وعلى التسليم وهي ظاهر المذهب نقول: إن الجماعة فرض الجمعة، وإنما صارت مفروضة لأجل الجمعة، وإذا كان الإمام متنفلًا فلا جماعةَ في الجمعة، وإنما الجماعة في أصل الصلاة، وشرط الجماعة لم يكن لأجل الصلاة، فصاروا بمنزلة المنفردين فيما شرعت الجماعة لأجلها فلم يجز، وهم يقولون: قد صاروا هاهنا أيضًا بمنزلة المنفردين في صلاة الظهر، والجماعة مسنونة فيها كما أن هناك مفروضة في الجمعة.

وربما يقولون: النية ركن الصلاة لا إمام له فيها فصار بمنزلة الركوع والسجود، وكذلك إذا صلى صلاة من الصلوات الخمس مقتديًا بمنْ يصلي صلاة الجنازة.

قلنا: كذلك نقول له في فضيلة الجماعة في أصل الصلاة، ولا فضيلة له في جماعة الظهر إلا أن فوات ذلك لا يبطل الصلاة، بخلاف الجمعة فإن

= ٢٥٢، ٢٦٤، ٣٢٨، ٣٩٦، ٤٥٤، ٤٧٣، ٤٧٥، ٤٨٦، ٥٠١، ٥٢٠، ٥٢٥، ٥٥/٣، ٤٩/٦، ٢٨٩.

فوات الجمعة مبطل لها، ونحن نقول: إنما يحرز فضيلة الجماعة في أصل الصلاة وصفتها إذا اتفقا في أصل الصلاة، واتفقا في صفتها، هذا غاية ما يمكن الجواب عن الجمعة وإن منعنا فقد وَقَعَ الخلاص.

وقولهم: «إنه لا إمام له في النية».

قلنا: وإذا كان الإمام مفترضًا والمؤتم متنفلًا فلا إمام له في النفل أيضًا، لأن النفل ضد الفرض ومع ذلك جاز.

وعلى أنّا بيّنا أن المعتبر وجود الإمام في الأفعال الظاهرة، وبما ذكرنا من الجواب يُجاب عن فصل الجمعة في المسألة الأولى. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألَة):

إذا صلى الكافر في جماعة لم يحكم بإسلامه عندنا[1].

وعندهم: يحكم بإسلامه[2].

---

(١) الأم: ١٤٨/١، المجموع: ١٣٣/٤، النكت ورقة ٥١/ب، حلية العلماء: ١٦٩/٢.
قال النووي في المجموع: «وهو القول الأوزاعي ومالك وأبو ثور، وداود» اهـ.
وهو قول الحنابلة، قال ابن قدامة: «الكافر لا تصح الصلاة خلفه بحال سواء عُلِم بكفره بعد فراغه من الصلاة أو قبل ذلك».
المغني: ٣٣/٣، الإفصاح: ١٥٥/١.

(٢) رؤوس المسائل: ١٦٤، مختلف الرواية ورقة ٣٦/ب تنوير الأبصار مع رد المحتار ٣٥٣/١، الأسرار ورقة ٧٥/ب مراد ملا.
ويشترط لهذه الصلاة أربعة شروط: «أن يصلي في الوقت مع جماعة مؤتمًا متممًا، قال ابن عابدين وزاد الطرسوسي في أنفع الوسائل: «كونها في مسجد» فتكون الشروط خمسة.=

❊ **لنا:**

إنه لم يأت بالإسلام فلا يصير مسلمًا، والدليل على أنه لم يأت بالإسلام أن الإسلام المأمور به هو كلمة الشهادتين بدليل خبر جبريل أنه سأل النبي عليه السلام عن الإسلام فقال: (أن تشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا رسول الله...)[1] الخبر.

وقال أيضًا عليه السلام: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله...»[2] الخبر.

= حاشية ابن عابدين: ١/٣٥٣.

(١) رواه مسلم في صحيحه: ١/١٥٧ مع النووي، في باب تعريف الإسلام والإيمان.
والنسائي في سننه: ٨/٨٨ في باب نعت الإسلام.

(٢) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح في عدة مواضع:
في باب فإن تابوا وأقاموا الصلاة.
وفي باب فضل استقبال القبلة: ١/٧٥، ٤٩٧.
ومسلم في صحيحه: ١/٢٠٦ مع النووي في باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا...
وأبو داود في سننه: ٢/١٩٨ مع المعالم في باب الزكاة.
والترمذي في سننه: ١/٦٨، ٦٩، ٧١، ٧٢، ١٢/٢٤٣ مع العارضة في عدة مواضع: في باب ما جاء أمرت أن أقاتل...
وفي باب ما جاء في قول النبي ﷺ أمرت...
وفي تفسير سورة الغاشية.
والنسائي في سننه في عدة مواضع:
في باب مانع الزكاة.
وفي باب وجوب الجهاد.
وفي باب تحريم الدم.
وفي باب على ما يقاتل الناس: ٥/١٠، ١١، ٦/٥، ٧، ٧١، ٨٣، ٨/٩٦. =

وقد قال الله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٌ﴾[1] أي شِرك.

وقال الله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَ﴾[2]، فدل أن هذا هو الإسلام المدعو إليه وهو لم يأت به، ويقال أيضًا: إن الإسلام هو الإقرار باللسان والاعتقاد بالقلب وتمامه بالأعمال ولم يوجد[3].

وقيل: إن الأصل هو الاعتقاد بالقلب، واللسان مترجم عنه، ولم يوجد الأصل ولا الترجمة، وإنما غاية ما في الباب أن فعله الصلاة بالجماعة يدل على أنه يعتقد الصلاة جماعة، ولو صرح بهذا الاعتقاد لم يكن مسلمًا فإذا جاء بما يدل عليه لم يكن مسلمًا أيضًا.

۞ وأما حجتهم:

تعلقوا بما روي أن النبي ﷺ قال: (مَنْ صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فله ما لنا وعليه ما علينا)[4].

= وابن ماجه في سننه: ١/٢٧، ٢/٢١٨ في باب الإيمان، وفي باب الكف عمن قال: لا إله إلا الله.

والدارمي في سننه: ٢/٢١٨.

والإمام أحمد في مسنده: ١/١١، ١٩، ٣٥، ٣٦، ٢/٣١٤، ٣٤٥، ٣٧٧، ٤٠٢، ٤٣٩، ٤٧٥، ٤٨٢، ٥٠٢، ٥٢٨، ٣/١٩٩، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٩٥، ٣٠٠، ٣٣٢، ٣٣٩، ٣٩٤، ٤/٨، ٩، ٥/٢٤٦.

(١) سورة البقرة، آية (١٩٣).

(٢) سورة الفتح، جزء من الآية (١٦).

(٣) هو معنى قولهم: الإيمان: «قول باللسان واعتقاد بالجنان وعمل بالجوارح».

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ١/٤٩٧ مع الفتح في باب فضل استقبال القبلة ولفظه: «من شهد أن لا إله إلا الله واستقبل قبلتنا، وصلى صلاتنا وأكل ذبيحتنا فهو المسلم، وعليه ما على المسلم». =

وروى بعضهم أنه قال ﷺ: (من صلى صلاتنا فهو منا)[1].

ولأنه أتى بما يدل على الإسلام فيصير مسلمًا.

دليله: إذا أتى بالشهادتين، والدليل على أنه دليل الإسلام ما روي في بعض الأخبار: «إذا رأيتم الرجل ملازمًا للجماعة فاشهدوا له بالإيمان»[2].

ولأن الصلاة بالجماعة شرع مختص بدين الإسلام[3] ففعله يدل، على قبول الإسلام كالشهادتين.

يبينه: أن الأصل هو الاعتقاد، وقول الشهادتين دليل عليه، فكذلك فعل الصلاة جماعة دليل عليه؛ ولأن الكفر يثبت بفعلٍ يدل عليه وهو إذا سجد بين يدي الصنم، فكذلك الإسلام يثبت بدليل يدل عليه[4].

قالوا: وأما إذا صلّى وحده فيجوز أن يقال: إنه يصير مسلمًا.

وربما رووا ذلك عن محمد بن الحسن، وعلى أنه ليس بشرع مختص بالإسلام؛ لأن كل أهل الأديان يصلون، وكذلك الصوم والاعتكاف.

وأما الحج فقد كان أهل الجاهلية يحجون، وَيَدّعون أن حجهم على

= ورواه الدارقطني بلفظ آخر: ٢٣٢/١.

(١) استدل به الدبوسي في الأسرار ورقة ٧٥/١/ب، مراد ملا.
ولم أقف على من خرّجه بهذا اللفظ.

(٢) رواه أحمد في المسند ٦٨/٣، والبيهقي ٦٦/٣، وابن خزيمة في صحيحه ٣٧٩/٢ رقم (١٥٠٢).

(٣) مختلف الرواية ورقة ٣٦/ب.

(٤) نقلًا بالمعنى من الأسرار ورقة ٧٥/١ ب، مراد ملا.

دين إبراهيم عليه السلام، وقد قال بعضهم: إنه لو حج على ما يحج أهلُ الإسلام يصير مسلمًا.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «إنه أتى بدليل الإسلام».

قلنا: لا نسلم؛ لأنه لم يوجد منها إلا فعل شرع في الإسلام، وفعل شرع في الإسلام لا يكون دليلًا على الإسلام بدليل سائر الشرائع، لأنه يحتمل قبول الإسلام من حيث الاستدلال، ويحتمل غيره، لأنه يجوز [٣٢/أ] أن فعله عابثًا أو حاكيًا، وما يشبه ذلك.

والجملة أنه لابد من الإتيان بشيءٍ لا يدل إلّا على الإسلام، وذلك بالشهادتين، فإنه لا يحتمل سوى الإسلام بدليل النص، ثم نقول إن الكافر مدعو إلى حقيقة فعل الإسلام فما لم يأت به حقيقة لا يحكم له بالإسلام، وقد بيّنا أن حقيقة الإسلام ماذا[١]؟.

ويمكن أن يقال أيضًا أن الإسلام يشتمل على الالتزام العام وذلك بالتزام الشرائع فلابد من وجود دليل على هذا الالتزام، وذلك بالشهادتين، ولأن الشهادة بقوله: «لا إله إلا الله» اعتراف بالصانع ووحدانيته، واعتراف بجميع صفاته من حيث الدليل، ودليل أيضًا على الاعتراف بتنزهه وتقدسه عن سمات الحَدَثَ والنقص.

وقوله: «محمد رسول الله» التزام للشرائع أجمع، ولا توجد كلمتان

(١) في المخطوط: ماذى.

تدلان على مثل ما تدل عليه هاتان الكلمتان.

فأما فعل صلاة الجماعة فنهاية ما في الباب أنه يدل على اعتقاده فضل الجماعة وأنها مشروعة مسنونة، ولو قال هذا لم يصر مسلمًا، كذلك إذا فعله.

ولأنه لا يدل على الالتزام[1] العام بحال والإسلام ما يدل على ذلك.

وأما تعلقهم بدليل الكفر من حيث الفعل.

قلنا: الكفر أسرع ثبوتًا من الإسلام، ولهذا لو جَحَدَ شرعًا واحدًا يكفر ولو التزم شرعًا واحدًا من الشرائع لم يصر مسلمًا، ولأن قبول الصلاة جماعة لا يدل على الالتزام العام الذي يحصل به الإسلام. والله أعلم.



※ (**مَسْألَة**):

عندنا الإيتار بركعة جائز[2]، وعندهم: لا يجوز[3]، وسموا هذه المسألة مسألة المبتورة[4].

لنا:

إنه قد ثبت الإيتار بركعة فعلًا عن رسول الله صلى الله عليه وقولًا بالأمر به.

---

(١) في المخطوط: «الالتزام»، والتصويب من المحقق.

(٢) النكت ورقة ٤٩/ب، المهذب: ١/١١٨، الأم: ١/١٢٣، ١٢٤، حلية العلماء: ٢/١١٥، شرح النووي على المسلم: ٦/١٩، المجموع: ٣/٤٧٧، ٤٧٨.
وهو قول مالك وأحمد، الأشراف للبغدادي: ١/١٠٧، المغني: ٢/٥٨٨.

(٣) مختصر الطحاوي: ٢٨، كشف الأسرار: ٣/٣٩٦، رؤوس المسائل: ١٧٢، مختلف الرواية ورقة ٢٨/ب، شرح معاني الآثار: ١/٢٩٣، الأسرار ورقة ٦٢/ب مراد ملا.

(٤) ينظر: الأسرار ورقة ٦٢/ب، قال: «فصل المبتورة».

أما الفعل فحديث أنس[1] بن سيرين عن ابن عمر قال: «كان رسول الله ﷺ يصلي بالليل مثنى مثنى ويوتر بركعة»، وهذا في الصحيحين[2].

وروت عائشة أيضًا أن النبي ﷺ أوتر بركعة[3].

ورواه أيضًا سعد بن أبي وقاص، قال قيس[4] بن أبي حازم: رأيت

(١) أنس بن سيرين الأنصاري أبو موسى ـ وقيل: أبو حمزة، وقيل أبو عبد الله البصري ـ أخو محمد بن سيرين ثقة من الثالثة، مات سنة ١١٨هـ. وقيل سنة ١٢٠هـ. روى له الجماعة. التقريب: ٣٩.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٤٨٦/٢ مع الفتح في باب ساعات الوتر.
ومسلم في صحيحه: ٣٣/٦ مع النووي في باب صلاة الليل مثنى مثنى والوتر ركعة في آخر الليل.
وابن ماجه في سننه: ٣٧١/١ في باب ما جاء في الوتر بركعة.
والترمذي في سننه: ٢٤٨/٢ في باب ما جاء في الوتر بركعة.
ورواه أبو داود، والترمذي، والنسائي، والدارمي، ومالك في الموطأ.
ومن رواية نافع وعبد الله بن دينار عن ابن عمر.
ينظر: سنن أبي داود: ٨٠/٢ مع المعالم، في باب صلاة الليل مثنى مثنى.
سنن الترمذي: ٢٢٦/٢ مع العارضة، في باب ما جاء في صلاة الليل مثنى مثنى.
سنن النسائي: ١٩١/٣، ١٩٢ في باب كيف الوتر بواحدة.
سنن الدارمي: ٣٧٢/١ في باب لِمَ الوتر؟.
الموطأ: ٢٢٠/١ مع المنتقى، في باب الأمر بالوتر.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ١٦/٦ مع النووي، في باب صلاة الليل والوتر.
وأبو داود في سننه: ٨٥/٢ مع المعالم، في باب صلاة الليل.
والترمذي في سننه: ٢٢٩/٢ مع العارضة، في باب ما جاء في وصف صلاة النبي ﷺ.
والنسائي في سننه: ١٩٢/٢ في باب كيف الوتر بواحدة.
والإمام مالك في الموطأ: ٢١٤/١ مع المنتقى، في باب صلاة النبي ﷺ في الوتر.

(٤) قيس بن أبي حازم البجلي أبو عبد الله الكوفي، ثقة من الثانية مخضرم، ويقال: له رؤية=




سعدًا أوتر بركعة فسألته عن ذلك فقال: رأيت النبي ﷺ يوتر بركعة[١].

وَرَوى فعل الوتر ركعة عن النبي ﷺ سوى هؤلاء: جابر[٢]، وابن عباس[٣]، والفضل بن عباس، وأبو أيوب[٤].

وأما القول، فالخبر الصحيح المقبول عند جميع الأئمة قوله صلى الله عليه بـرواية ابن عمر وغيره: «صلاة الليل مثنى مثنى فإذا خشيت الصبح فأوتر بركعة»[٥].

= وهو الذي يقال إنه اجتمع له أن يروي عن العشرة. مات بعد التسعين وقد جاوز المائة وتغير. روى له الجماعة. التقريب: ٢٨٣.

(١) رواها الدارقطني في سننه: ٢/٢٧، ٣٣.
ومالك في طريق ابن شهاب موقوفًا عليه من فعله. الموطأ: ١/٢٢٣ مع المنتقى.
ورواه في كشف الأستار عن زوائد البزار: ١/٣٥٥.
ثم قال: قال البزار: لا نعلمه عن سعد مرفوعاً إلا من حديث المغيرة، وهو كوفي مشهور حدّث عنه جماعة.

(٢) أخرج حديثه محمد بن نصر في قيام الليل. ينظر: تحفة الأحوذي: ١/٣٢٠.

(٣) أخرج حديثه محمد بن نصر في قيام الليل. ينظر: تحفة الأحوذي: ١/٣٢٠.

(٤) أخرج حديثه محمد بن نصر في قيام الليل. ينظر: تحفة الأحوذي: ١/٣٢٠.
قاله الترمذي في سننه: ١/٣٢٠ مع التحفة.
وأما حديث أبي أيوب فهو: «الوتر حق فمن أحب أن يوتر بخمس...» شرح السنة للبغوي: ٤/٨٢ وسيأتي تخريجه. ينظر: حاشية (٢) من ص ٣٥٣.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٢/٤٧٧ مع الفتح، باب ما جاء في الوتر.
ومسلم في صحيحه: ٦/٣٠ ـ ٣١ مع النووي، في باب صلاة الليل مثنى مثنى والوتر ركعة آخر الليل.
والترمذي في سننه: ٢/٢٢٦، ٢٢٧ مع العارضة، في باب ما جاء أن صلاة الليل مثنى مثنى.
والنسائي في سننه: ٣/١٨٦، ١٨٧ في باب كيف صلاة الليل.

وروى أيوب[1] أن النبي ﷺ قال: (مَنْ أحب أو يوتر بخمس فليفعل، ومَنْ أحب أن يوتر بثلاث فليفعل، ومَنْ أحب أن يوتر بواحدة فليفعل)[2]، ولا مزيد على القول والفعل من النبي ﷺ.

❁ **وأما حجتهم:**

رووا بطريق أُبيّ بن[3] كعب أن النبي ﷺ كان يوتر بثلاث[4].

قالوا: وكذلك رواه أبو إسحاق عن الحارث عن علي عن النبي ﷺ[5].

قالوا: ورواه أيضًا عمران بن حصين وعائشة وابن عباس[6].

---

(١) كذا في المخطوط والصواب «أبو أيوب» كما في سنن الدارقطني.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ٢/٢٢، ٢٣.
والنسائي في سننه: ٣/١٩٦، ١٩٧ مرفوعاً وموقوفًا.
وأبو داود في سننه: ٢/١٣٢ مع المعالم في باب كم الوتر.
وابن ماجة في سننه: ١/٣٧٦ في باب ما جاء في الوتر بثلاث وخمس.
قال الحافظ في التلخيص: «وصحح أبو حاتم والذهلي والدارقطني في العلل والبيهقي وغير واحد وقفه، وهو الصواب» اهـ.
التلخيص الحبير: ٢/١٣، سنن البيهقي: ٣/٢٣، ٢٤.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٢٩١ مرفوعاً وموقوفًا.

(٣) ليست في المخطوط وهي زيادة يقتضيها النص.

(٤) رواه النسائي في سننه: ٣/١٩٣.
وقال الترمذي: وفي الباب عن عبد الرحمن بن أبزي عن أبيّ عن أبيّ بن كعب.
سنن الترمذي مع العارضة: ٢/٢٤٧.
واستدل به في الأسرار ورقة ٦٣/أ مراد ملا.

(٥) رواه الترمذي في سننه: ٢/٢٤٧ مع العارضة، في باب ما جاء في الوتر بثلاث، واستدل به في الأسرار ورقة ٦٣/أ مراد ملا.

(٦) قاله الترمذي في سننه: ٢/٢٤٧ مع العارضة. =

ورووا أن النبي عليها لسلام نهى عن البتيراء، والبتيراء هي الوتر بركعة[1].

وروى ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: (وتر الليل ثلاث كوتر النهار صلاة المغرب)[2].

قالوا: «روى ابن عمر أن النبي ﷺ نهى عن السلام على الركعتين في الوتر»[3].

۞ الجواب:

إن أخبارنا أخبار صحيحة، وأما أخباركم أخبار معلولة.

= ينظر: سنن النسائي: ٣/١٩٤ فقد رواه عن ابن عباس مرفوعاً وموقوفًا.

(١) قال في نصب الراية: «رواه ابن عبد البر في كتاب التمهيد، وذكره عبد الحقّ في أحكامه» وقال: الغالب على حديث عثمان بن محمد ـ هذا ـ الوهم، وقال ابن القطان في كتابه: هذا حديث شاذ ولا يعرج على رواية: وذكره ابن الجوزي في التحقيق ثم قال: والمروزي عن ابن عمر أنه فسر البتيراء أن يصلي بركوع ناقصٍ وسجودٍ ناقصٍ» أ. هـ. نصب الراية: ٢/١٢٠.
وقال النووي في المجموع: «حديث البتيراء ضعيف ومرسل» ا. هـ: ٣/٤٧٨.
واستدل به في الأسرار ورقة ٦٣/أ مراد ملا.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ٢/٢٨ وقال: «يحيى بن زكريا هذا يقال له ابن أبي الحواجب، ضعيف ولم يروه عن الأعمش مرفوعاً غيره.
قال الحافظ في التلخيص: «قال البيهقي: الصحيح وقفه على ابن مسعود كذا رواه الثوري وغيره عن الأعمش، ورفعه ابن أبي الحواجب وهو ضعيف» ا. هـ.
التلخيص الحبير: ٢/١٥، سنن البيهقي: ٣/٣١، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٢٩٤ موقوفًا على ابن مسعود.

(٣) رواه الدارقطني عن عائشة في سننه: ٢/٣٢.
والحاكم في المستدرك: ١/٣٠٤ ولفظه: «لا يسلم في الركعتين الأوليين من الوتر».
والنسائي في سننه: ٣/١٩٣، كلهم رووه عن عائشة وليس عن ابن عمر.




فإنّ خبر أُبيّ بن كعب رواه ابن أبزي[١] عن أُبيّ بن كعب[٢]، ورواه ابن أبزي مرة عن النبي ﷺ مرسلًا من غير ذكر أُبيّ بن كعب[٣] وهذا يوجب ضعف الرواية.

وأما حديث عليّ[٤] رواه أبو إسحاق[٥] عن الحارث عن عليّ، وهذا الحارث هو الحارث الأعور، ورماه الشعبي بالكذب وغيره.

وأما الذي رووا عن النبي ﷺ نهى عن البتيراء، فرواه محمد[٦] ابن كعب القرظي عن النبي ﷺ فيكون مرسلًا[٧].

---

(١) عبد الرحمن بن أبزي ـ بفتح الهمزة وسكون الموحدة بعدها زاي ـ مقصور الخزاعي مولاهم، صحابي صغير، وكان في عهد عمر رجلًا، وكان على خراسان لعلي، روى له الجماعة.
ينظر: التقريب: ١٩٨.

(٢) قاله الترمذي في سننه: ٢/٢٤٧ مع العارضة.
رواه الدارقطني في سننه: ٢/٣٣١ مرفوعاً.

(٣) قال الترمذي في سننه: ٢/٢٤٧ مع العارضة.
رواه الإمام أحمد في مسنده من غير ذكر أبيّ بن كعب: ٣/٤٠٦، ٤٠٧.

(٤) سبق تخريجه عند ذكر حجج المخالفين.

(٥) أبو إسحاق السبيعي: عمرو بن عبد الله الهمداني أبو إسحاق السبيعي مكثر، ثقة عابد من الثالثة، اختلط بآخره، مات سنة ١٢٩هـ، وقيل قبل ذلك، روى له الجماعة. التقريب: ٢٦٠ ـ ٢٦١.

(٦) محمد بن كعب بن سليم بن أسد أبو حمزة القرظي المدني وكان قد نزل الكوفة مدة، ثقة عالم، من الثالثة، ولد سنة أربعين على الصحيح، ووهم من قال: ولد في عهد النبي ﷺ، فقد قال البخاري ـ رحمه الله ـ: إن أباه كان ممن لم ينبت من سبي قريظة، مات محمد سنة ١٢٠هـ، وقيل قبل ذلك.
روى له الجماعة. التقريب: ٣١٦ ـ ٣١٧.

(٧) ذكره النووي في المجموع استدلالًا لأبي حنيفة: ٣/٤٧٨، وقال: «إنه ضعيف ومرسل» ا.هـ.




وقد روي عن ابن عمر أنّه قال: البتيراء أن تصلي بركوعٍ وسجودٍ ناقصٍ[(١)].

وأما الذي رووا عن ابن مسعود فمداره في رفعه على ابن أبي الحواجب ـ يحيى بن زكريا[(٢)] ـ، وهو ضعيف. ذكره الدارقطني[(٣)].

وقد روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: (لا توتروا بثلاث، أوتروا بسبع أو خمس ولا تشبهوا بصلاة المغرب)[(٤)].

وأما الذي رووا أنه نهى ﷺ في الركعتين فلا يعرف، وكيف يصح برواية ابن عمر هذا؟ وقد ثبت أنّ ابن عمر كان يُسلّم على الركعتين، حتى روى أنه كان يأمر ببعض حاجته ثم يصلي ركعة[(٥)].

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ٣/٢٦.

(٢) يحيى بن زكريا بن أبي الحواجب عن الأعمش.
قال الدارقطني: ضعيف. سنن الدارقطني: ٢/٢٨، سنن البيهقي: ٣/٣١.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٢/٢٥، ٢٦، ٢٧ قال: واللفظ لموهب بن يزيد، كلهم ثقات.
والحاكم في المستدرك: ١/٣٠٤ وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.
ورواه البيهقي في سننه: ٣/٣١.
سنن الدارقطني: ٢/٢٨، سنن البيهقي: ٣/٣١.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ٢/٢٥، ٢٦، ٢٧ قال: واللفظ لموهب بن يزيد، كلهم ثقات.
والحاكم في المستدرك: ١/٣٠٤، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.
ورواه البيهقي في سننه: ٣/٣١، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٢٩٢.

(٥) رواه البيهقي في سننه: ٣٣/٢٦، ومالك في الموطأ: ١/٢٢٣ مع المنتقى في باب الأمر في الوتر.

وعلى أن الإيتار بثلاث إنْ ثبت عن النبي عليه السلام فيحتمل أنه عليه السلام كان يسلم على الركعتين بدليل ما [٣٢/ب] بيّنا قولًا وفعلًا أنّه صلى الله عليه وسلم أوتر بركعة وأمر به، فلا يستقيم الجمع بين الأخبار إلا إذا حملنا على هذا الوجه.

فإن رووا أنه عليه السلام: (كان يوتر بثلاث لا يُسلم إلا في آخرهن)(١).

فهذه زيادة لا تعرف، وإنما المنقول أنه كان يوتر بثلاث مطلقًا(٢) ويحتمل ما قلناه، وقد رووا عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: ما أجزأت ركعة قط(٣).

قلنا: قد ثبت عن جماعة كثيرة من الصحابة أنهم كانوا يوترون بركعة منهم: عثمان، وسعد بن أبي وقاص، وابن عمر، وابن عباس، ومعاوية، وغيرهم.

فقول ابن مسعود لا يقدح في هذه الأقوال.

---

(١) رواها النسائي في سننه: ١٩٤/٣ من حديث أبيّ بن كعب.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٢٩٤/١.
والحاكم في المستدرك: ٣٠٤/١ وقال: «إنه صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه ولفظه: قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث لا يُسلّم إلا في آخرهن».
ورواه الإمام أحمد في مسنده ولفظه: «كان يوتر بخمس لا يجلس إلا في آخرهن»: ٢٠٥/٦.
وفي لفظ آخر لأحمد «يوتر بسبع أو خمس لا يفصل بينهن بكلام ولا تسليم»، المسند: ٢٩٠/٦، ٣١٠، ٣٢١.
ورواه البيهقي في سننه: ٢٨/٣ عن عائشة ولفظه «قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث لا يعقد إلا في آخرهن» ا. هـ.

(٢) رواه محمد بن الحسن في الحجة ١٩٧/١.

(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده عن ابن عباس: ٣٠٥/١، ٣١٦، ٣٧٢، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٢٧٩/١.




وعلى أنه قيل: إنما قال هذا ردًا على ابن عباس حيث قال: إن صلاة الصبح في السفر تعود إلى ركعة[١]، والمسألة خبرية.

وقد قال المخالفون سلوكًا لطريق المعنى:

إن التنفل بركعة لا يجوز، دل أنها ليست بصلاة، ولأن الصبح بالسفر لا يرد إلى الشَّطر مع أنّ السفر مُشَطِّر، وإنما لم يُرَد لأن الركعة لا تكون صلاة، فلو ردّ إلى الشَّطر لكان إعدامًا والسفر ليس بمعدمٍ للصلاة[٢].

وقالوا أيضًا: إن الركعة الواحدة لو كانت صلاة لوَرَدَ الشرعُ بينها وبين الركعة الثانية بجلسةٍ ذات تشهد ـ مثل الركعتين ـ والركعتين، ليقع الفصل بين ما هو أصل الصلاة وبين ما هو زيادة عليها[٣].

❁ **والجواب:**

إن هذه كلمات ضعيفة، ونحن قد اعتمدنا على السُّنة، ولا حاجة بالسُّنة إلى علاوة من التمسك بقياسٍ ضعيفٍ أو معنىً غير مخيل.

وإن تكلمنا في المعنى فكلامنا يكون أظهر، لأن الركعة الواحدة اشتملت على جميع أفعال الصلاة، والصلاة إنما صارت صلاة بمجموع أفعالٍ يؤتى بها على شرائط مخصوصة، فما يشتمل على تلك الأفعال يكون صلاة صحيحة، والركعة الواحدة قد اشتملت عليها.

---

(١) ذكر ذلك عنهم النووي في المجموع: ٤٧٨/٣، والبيهقي في السنن الكبرى: ٢٤/٣ ـ ٢٧.
(٢) ذكر ذلك النووي في المجموع: ٤٧٩/٣.
(٣) ينظر: الأسرار ورقة ٦٣/أ.

وأما الثانية إعادة لها فلم تقف صحتها على إعادتها ، كما لا تقف على إعادتها بثالثةٍ ورابعةٍ ، وهذا معنى في نهاية الحسن.

وأما قولهم: «إنّ التنفل بركعةٍ لا يجوز».

قلنا: يجوز.

فإن قالوا: لم يرد الفرض بركعة.

قلنا: ولم إذا لم يرد الفرض بركعةٍ ما يدل على أن الركعة لا تكون صلاة ، وهذا لأن التنفل باختيار العبد ، والفرض بإيجاب الشرع ، والأصل أن ما يختاره العبد فقدره متعلق باختياره ، وأما ما أوجبه الشرع فقدره بحسب ما وَرَدَ به الشرعُ.

وقد قالوا: إن التنفل بثمان ركعات وزيادة يجوز بتسليمة واحدة ولم يرد الشرعُ بمثل هذا بحالٍ.

أما قولهم: «إن صلاة الصبح لا تتشطّر بالسفر».

قلنا: هذا بناء على ما ذكرنا ، وهو أنْ الفرض لم يرد بركعةٍ واحدةٍ بحال ، والسفر يعمل في تشطير الفرض فلم يعمل في الرد إلى ما لم يرد المفروض بمثله بحالٍ.

وقد ذكرنا الفرق بين الفرض والنفل ، وعلى أن عندهم أنّ الفرض كان في الأصل ركعتين فزيد في الحضر وأُقر في السفر على ما كان في الأصل على ما يذكرونه في المسألة الثانية ، فكيف يستقيم على هذا الأصل التشطير ؟.

وأما قولهم: «إن الشرع لم يرد بالفصل بين الركعة والركعة بجلسة».

قلنا: وقد وَرَدَ بين الركعتين والركعة في المغرب، فهذا يدل إذًا على أن الركعة صلاة صحيحة، فدل أن ما قالوه تعلق باطل. والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

القصر عندنا: رخصة[1].

وعندهم: عزيمة[2].

وقالوا: لا يجوز الإتمام بحالٍ، ولو أتم يكون فرضه ركعتان، والباقي نافلة.

❖ **لنا**: قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي ٱلْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُواْ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾[3].

ورفع الجناح عبارة عن الإباحة، والمباح ما يتخير الإنسان بين تركه وفعله، فإن قالوا: أليس أن الله تعالى قال في السعي: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن

---

(١) الأم: ١/١٥٩، النكت ورقة ٥٥/أ، المجموع: ٤/١٩٨، ١٩٩، حلية العلماء: ٢/١٩٤. وهو قول أحمد والمذهب عند المالكية. الإشراف للبغدادي: ١/١١٧، الإفصاح: ١/١٥٦، الكافي في فقه أهل المدينة: ١/٢٤٤، المغني: ٣/١٢٢.

(٢) رؤوس المسائل: ١٧٣، مختلف الرواية ورقة ٣٢/ب، الأسرار ورقة ٦٢ /أ مراد ملا، مختصر الطحاوي: ٣٣، بدائع الصنائع: ١/٢٨٣، مختصر القدوري: ١/١٠٩، ١١٠، وشرح معاني الآثار: ١/٤٢٤، وهو رواية أشهب عن مالك المنتقى شرح الموطأ: ١/٢٦٠.

(٣) سورة النساء، آية (١٠١).

يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾[1] ، ومع ذلك هو واجب.

قلنا: ظاهر قوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ﴾ يقتضي ما قلنا، إلا أن الدليل قام هناك على وجوب السعي، وكونه ركنًا بخلاف مسألتنا.

وقد قيل: إن السبب إن الصفا والمروة كان موضع الصنمين في الجاهلية يقال لأحدهما إساف والآخر نائلة، فلما جاء الله تعالى بالإسلام تحرج المسلمون من الطواف بين الصفا والمروة لمكان الصنمين فأنزل الله تعالى هذه الآية[2].

ومن جهة السُّنة حديث يعلى[3] بن أمية أنه قال لعمر رضي الله عنه ما بالنا نقصر وقد أمنّا، فقال: تعجبتُ مما تعجبت منه فسألت النبي عليه السلام فقال: (صدقة تصدّق الله تعالى بها عليكم فاقبلوا صدقته)[4].

---

(١) سورة البقرة، آية (١٥٨).

(٢) ذكر ذلك ابن جرير الطبري في تفسيره: ٢/ ٤٦.

(٣) يعلى بن أمية بن أبي عبيدة بن همام التميمي حليف قريش وهو يعلى بن منية ـ وهي أمه ـ صحابي مشهور، مات سنة بضع وأربعين، روى له الجماعة.
التقريب: ٣٨٧.

(٤) رواه مسلم في صحيحه: ٥/ ١٩٦، مع النووي في باب صلاة المسافرين وقصرها.
وأبو داود في سننه: ٢/ ٧ مع المعالم، في باب صلاة المسافر.
والترمذي في سننه: ١١/ ١٦٣ مع العارضة، في باب سورة النساء.
والنسائي في سننه: ٣/ ٩٥ في باب تقصير الصلاة في السفر.
وابن ماجة في سننه: ١/ ٣٣٩ في باب تقصير الصلاة في السفر.
والدارمي في سننه: ١/ ٣٥٤.
والإمام أحمد في المسند: ١/ ٢٥، ٣٦.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/ ٤١٥.

فسمى القصر صدقة، والرخصة والصدقة يتقارب معناهما.

وأما الاستدلال من حيث المعنى: فظاهر جدًا، وذلك لأن القصر ثابت بنص الكتاب، وطلب المعنى واجب إذا أمكن فلا يُعرف معنىً في إطلاق القصر إلا [٣٣/أ] التخفيف فإن السفر حال مشقة والمشقة سبب للتخفيف لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[١] والتخفيف بإطلاق القصر، وقد حصل كمال التخفيف بإباحته ولا معنى للإيجاب والتحتيم، وهو مثل إباحة الفطر سواء فنقول: تخفيف رُبِطَ بالسفر فلا يكون حتمًا.

دليله: الفطر.

ومما يستدل الأصحاب بمسألة على أصولهم وهو أنه لو اقتدى مسافر بمقيمٍ يلزمه الإتمام[٢]، فلو كان فرضه ركعتان لم يتغير بالاقتداء، وهذا في نهاية الإشكال عليهم، لأن الاقتداء لم يوضع لتغير الفرائض.

يبينه: أنه لو كان المقتدي مقيمًا بمسافر لا يعود فرضه إلى ركعتين، فكذلك إذا كان الاقتداء من مسافرٍ بمقيمٍ وَجَبَ أن لا يصير فرضه إلى الأربع، فإن الزيادة على الفرض المحدود مثل النقصان فيه، فإذا لم يجز أحدهما لم يجز الآخر، وليس لهم على هذا سؤال سوى أنهم يقولون: اجتمع في هذه الصلاة حكم السفر وحكم الإقامة.

وبيان ذلك: أنّا بيّنا أن صلاة المقتدي منوطة بصلاة الإمام وقد جعلت الصلاتان كصلاة واحدة على ما سبق.

(١) سورة البقرة، آية (١٨٥).

(٢) مختصر القدوري: ١/١١١، وهو قول الشافعية وعامة العلماء. المجموع: ٤/٢١٢، ٢١٣.

وإذا اجتمع فيها حكم السفر وحكم الإقامة غلب حكم الإقامة، وهذا ليس بشيء، لأن الأصل الذي ادّعوه قد أجبنا عنه وبينا بطلانه.

ولأنه إذا اختلف الفرضان لا يمكن جعل الصلاتين كصلاةٍ واحدةٍ فينبغي أن يفسد الاقتداء على أصلهم، وأيضًا فإنهم يُطَالَبُون بإقامة الدليل على تغليب فرض الإقامة على فرض السفر وعلى هذا ينقطع كلامهم.

وأما حجتهم:

تعلقوا بحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «فُرِضتِ الصلاة في الأصل ركعتين ركعتين فأُقرت في السفر وزيدت في الحضر»[1].

وبحديث ابن عباس قال: «فرض الله تعالى الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربعًا وفي السفر ركعتين وفي الخوف ركعة»[2].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٢/٥٦٩ مع الفتح في باب يقصر إذا خرج من موضعه ولفظه: «قالت: الصلاة أول ما فرضت ركعتين، فأقرت صلاة السفر، وأتمت صلاة الحضر».
ومسلم في صحيحه: ٥/١٩٤ مع النووي، في باب صلاة المسافرين.
وأبو داود في سننه: ٢/٥ مع المعالم، في باب صلاة المسافر.
ومالك في الموطأ: ١/٢٦٠ مع المنتقى، في باب قصر الصلاة في السفر.
واستدل بهذا الحديث الدبوسي في أسراره ورقة ٦٢/أ مراد ملا.

(٢) رواه مسلم في صحيحه: ٥/١٩٦، ١٩٧ مع النووي، في باب صلاة المسافرين.
والنسائي في سننه: ٣/٩٧ في كتاب تقصير الصلاة في السفر.
وابن ماجة في سننه: ١/٣٣٩ في باب تقصير الصلاة في السفر بدون قوله: «وفي الخوف ركعة».
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٤٢١ مثل لفظ ابن ماجه. واستدل به الدبوسي في أسراره ورقة ٦٢/أ مراد ملا.

وبحديث عمر رضي الله عنه قال: «صلاة الصبح ركعتان، وصلاة الجمعة ركعتان، وصلاة السفر ركعتان، تمام غير قصرٍ على لسان نبيكم صلى الله عليه»[1].

والأخبار نصوص.

وأما المعنى قالوا: ما زاد على الركعتين صلاة يجوز تركها على الإطلاق فلا تكون واجبة كالنوافل. وهذا لأن الواجب ما لا يسع تركه، وإذا جاز ترك الركعتين الأخراوين على الإطلاق دل أنهما ليستا بواجبتين.

قالوا: ونعني بالإطلاق أنه يجوز تركها لا إلى بدل.

وحرفهم أن السفر سبب لسقوط الركعتين بدليل ما بينا من جواز الترك وإذا سقط لم يبق شيء منه وصار كالدَّيْن الساقط.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن سقوطهما معلّق باختيار العبد، لأن هذا يؤدي إلى تفويض الشرع إلى رأي العباد، وهذا لا يجوز، فيقال: إنه إذا رأى يجب كذا وإذا لم ير لم يجب.

يبينه: أن الشرائع مصالح وتفويض المصالح إلى رأي العباد غير جائز، لأنهم لا يعرفون ما يصلحهم.

قالوا: ولأن القبول إنما يعتبر في التمليكات، فأما ما كان يوجب الإسقاط فلا معنى لاعتبار القبول فيه بدليل الطلاق والعتاق.

---

(١) رواه النسائي في سننه: ٣/٩٧ في كتاب تقصير الصلاة في السفر.
وابن ماجة في سننه: ١/٣٣٨ في باب تقصير الصلاة في السفر.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ١/٤٢١.
واستدل به الدبوسي في أسراره ورقة ٦٢/أ.

وخرّجوا الإفطار في الصوم على هذا الأصل، لأنه ليس بإسقاط بل هو تأجيل وتأخير.

وأما لفظ الصدقة المذكورة في الخبر فهو عبارة عن الإسقاط، ويجوز أن يسمى الإسقاط صدقة كما لو قال لمديونه: تصدّقتُ بديني عليك، يكون إسقاطًا.

الجواب:

أما الخبر الأول:

قلنا: قد عرف أعداد الركعات على ما نصليها بالإجماع والدلائل القطعية، فإثباتها في الأصل ركعتين ركعتين ثم الزيادة من بعد لابد فيه من نقل تواتر، والخبر واحد، كيف وقد دل الكتاب على تأصيل الأربع، فإن قوله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا۟ مِنَ ٱلصَّلَوٰةِ﴾[1]. ومعناه من الصلاة المعهودة وهي الأربع، فدلت الآية على أنها الأصل، وأيضًا فإن «من» للتبعيض، وقد قال: «من الصلاة» فدل أن المفعول بعض الصلاة، ولأنا إذا قلنا على ما رويتم لا يتحقق معنى القصر، لأن القصر عبارة عن الحَطّ فلا تكون صلاة السفر مقصورة بل تكون صلاة الإقامة مُزادةً، ثم يجوز أن يكون المراد من الخبر إباحة القصر، ويكون قوله «فأُقرت» يعني فأقرت في السفر إذا اختاره العبد.

وكذلك قوله في الخبر الثاني: «فرض الله تعالى صلاة الحَضَر أربعًا

(١) سورة النساء، آية (١٠١).

وصلاة السفر ركعتين» يعني إذا اختاره العبد[1]، وقد قلنا ما قلناه على وجه النقل والتوقي من الكلام في الأخبار على الوجه الاعتراضي.

والذي يوهم الرد وترك القبول [٣٣/ب] واجب، والتأويل المذكور محتمل.

ويؤيده ما ثبت عن عائشة رضي الله عنها «أنها أتمت في السفر».

وهذا يدل على أنه كان المراد ما بيّنّاه.

وأما الحديث الثالث وهو حديث عمر.

قلنا: معنى قوله: «تمام غير قصر» أي تمام في الثواب[2]، وكذلك نقول بل نزعم أن السُّنّة هو القصر في الأسفار، كما أن السُّنّة هو المسح على الخفين بل هذا آكد، لأن النبي عليه السلام لم يتم في شيءٍ من أسفاره وكذا أبو بكر وعمر.

وقد روى الأصحاب أخبارًا في إتمام النبي عليه السلام، ولم نر الاعتماد عليها لضعف أسانيدها.

وأما المعنى، قولهم: «يجوز له ترك ما زاد على الركعتين».

قلنا: نعم، ولكن قبولًا لا رُخصة، مثل ما يجوز ترك غسل الرجلين بالمسح قبولًا للرخصة، وهذا لا يدل على أنه لو كان أتم لا يكون فاعلًا للواجب مثل مسح الخف سواء، فإنه لو تَرَكَه وغسل الرجلين يكون فاعلًا

(١) النكت ورقة ٥٤/أ.

(٢) النكت ورقة ٥٤/ب.

للواجب مثل مسح الخف سواء ولم يدل جواز تركه على سقوطه أصلًا.

أما قولهم: «إن السفر سبب لسقوط الركعتين».

قلنا: لا، بل هو سبب للرخصة.

يبينه: أن النبي ﷺ سمى القصر صدقة فنجعل العدد الأربع من الركعات كأربعة دراهم وجبت لإنسانٍ على إنسانٍ فتصدق باثنين من ذلك عليه. فإن قيل سقطتا عنه، وإن لم يقبل وجب عليه قضاء الأربع فكان قضاؤه إياهن على أن جميع ذلك واجب عليه.

وقولهم: «إن ذلك ليس بتمليكٍ».

قلنا: ولكنه صدقة بنص الشارع فكان حكمها ما بيّنا، ويمكن تنزله على ما ذكرنا فنزل ذلك منزلة مسح الخفين وغسل الرجل.

وقولهم: إن هذا تفويض إلى رأي العباد.

قلنا: قد وَرَدَ مثل هذا في تفاصيل العبادات والجزئيات منها، وإن لم يرد في الكليات، ألا ترى أن الله تعالى ذكر ثلاث أشياء في كفارة اليمين وجعل تعيينهاإلى رأي العبد، وأيضًا فإن مَنْ أتى بالركوع بأدنى ما ينطلق عليه الاسم قد فَعَلَ الواجب على أصولهم، ولو أطال كان الكل واجبًا.

وكذلك قالوا في قيام الصلاة: إذا قام بقدر آية أو ثلاث آيات يكون هو الواجب عندهم، وإذا قام وقرأ الفاتحة يكون جميعه واجبًا، وهذا أيضًا تفويض بقدر الواجب إلى رأي العبد. والله أعلم.

※ (مَسْأَلَة):

العاصي[1] بسفره لا يترخص برخص المسافرين عندنا[2].

وعندهم: يترخص[3].

❖ **لنا:** قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾[4].

وقال تعالى في موضع آخر: ﴿غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ﴾[5]، والعاصي بسفره باغٍ[6] وعادٍ[7] ومتجانف لإثم ولا يطلق له الضرورة ما أطلق للمضطر، ولأن السفر عذر مبيح للقصر والفطر فإذا كان معصية لم يكن عذرًا.

دليله: السكران فإنه لما كان زوال العقل عذرًا في سقوط الخطاب فإذا كان بمعصيةٍ لم يكن عذرًا. كذلك هاهنا.

يبينه: أن المعنى المخيل في ثبوت العذر بالسفر هو المشقة، والمشقة

(١) مثل السفر لقطع الطريق أو المرأة إذا نشزت عن زوجها أو للتجارة في الخمر والمخدرات والمحرمات.

(٢) الأم: ١/١٦٣، روضة الطالبين: ١/٣٨٨، النكت ورقة ٥٣٣/ب، حلية العلماء: ٢/١٩١، المهذب: ١/١٤٣، المجموع: ٤/٢٠٢، وهو قول أحمد، ومالك في المشهور عنه، الكافي في فقه أهل المدينة: ١/٢٤٤، الأشراف للبغدادي: ١/١١٦، المغني: ٣٣/١١٥، المنتقى للباجي: ١/٢٦١، الإفصاح: ١/١٥٧.

(٣) مختصر القدوري: ١/١١٣، بدائع: ١/٢٨٧، الأسرار لأبي زيد ورقة ٦٣/أ.
وهو رواية زياد بن عبد الرحمن عن مالك، المنتقى للباجي: ١/٢٦٠، وقال: كأكل الميتة.

(٤) سورة البقرة، آية (١٧٣).

(٥) سورة المائدة، آية (٣): ﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.

(٦) في المخطوط: باغي.

(٧) في المخطوط: عادي.

مشعرة بالتخفيف، والمعصية لا تكون سببًا للتخفيف بحال؛ لأن المعاصي أسباب للتشديد فلا توجب ضدها من التخفيف.

والحرف الوجيز: إن المعصية واجب تركها فلم تصلح عذرًا لسقوط واجب عليه، لأن ما كان واجبًا تركه لا يصلح عذرًا لترك واجب آخر.

لأنه لو أطلق ترك واجب لكان الأولى أن يطلق فعل نفسه.

وإذا لم يكن فعل نفسه مطلقًا، فكيف يطلق ترك غيره أو فعل غيره؟ وقد قالوا: إن هذا التخفيف الثابت بالسفر إعانة على السفر فإذا كان السفر معصية وَجَبَ تركه، لم يجز إثبات الإعانة عليه؛ لأن الإعانة على المعصية معصية، فهذه كلمات قوية في غاية الإخالة.

۞ وأما حجتهم:

تعلقوا بظاهر قوله: ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾[1]، فقد جعل مطلق السفر عذرًا، فَمَنْ زاد عليه صفة الإباحة فقد قيد مطلقًا بزيادة عليه، والزيادة على المطلق تقييد، والتقييد نسخ على ما عُرِف[2] في مواضع كثيرة.

وأما المعنى قالوا: لا معصية في نفس السفر فجاز أن يكون مقيدًا للرخصة المتعلقة به.

دليله: إذا كان السفر مباحًا، وإنما قلنا: لا معصية في نفس السفر، لأن

---

(١) سورة البقرة، آية (١٨٤).

(٢) الأسرار لأبي زيد ورقة ٦٢/أ، وقد استدل بالآية المذكورة.




حقيقة السفر قصده بالسير إلى مكان بعينه بينه وبينه مسيرة محدودة، وهذا لا معصية فيه، وإنما المعصية في نية الإغارة وقطع الطريق، وهذا معنى وراء السفر فصار هو عاصيًا في سفره لا عاصيًا بسفره، فلم يمنع تعلق الرخص بسفره[1].

وصار هذا كما لو لبس خُفًّا مغصوبًا يطلق له المسح على الخف، لأنه لا معصية في حقيقة اللبس، لأن حقيقته ستر موضع الغَسل من القدم ولا معصية في الفعل من حيث الستر، وكذلك مَنْ صلى في الأرض [٣٤/أ] المغصوبة صحت صلاته؛ لأنه لا معصية في الفعل من حيث الصلاة فجازت صلاته، كذلك هاهنا لا معصية في الفعل من حيث السفر فأفاد الرخص.

قالوا: وأما السكران فنفس الشرب معصية فإذا زال عقله لم يصر عذرًا في سقوط الخطاب، فتوجّه الخطاب عليه مثل ما يتوجّه على غير السكران[2].

ولهم مسائل إلزامية في هذه المسألة سوى هاتين المسألتين غير أن هاتين المسألتين أقواها، والخروج عن المسائل الباقية سهل على ما ذكرناها في التعليق فاختصرنا على هاتين المسألتين، ولابد من الاعتناء في الجواب عنهما هذا جملة تحقيقهم.

۞ الجواب:

إنّا قد بينا أنه عاصٍ[3] بسفره، لأنه قصد المكان الذي عَيّنه لقطع الطريق

(١) نقلًا من الأسرار (ببعض التصرف) ورقة ٦٢/ب مراد ملا.
(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار مع (بعض التصرف) ورقة ٦٢/ب مراد ملا.
(٣) في المخطوط: عاصي.

أو للتجارة في الخمر، والسفر يصير سفرًا بقصده، فإذا قصد بسفره المعصية صار السفر معصية، وهم يقولون: نقل الخُطى ليس بمعصية في نفسها ونفس الخُطى بقصده مكانًا بعينه صار سفرًا والمعصية أمر وراء هذا[1].

قلنا: القصد لغرض إلى المكان الذي عيّنه شرط ليكون المفعول سفرًا، والغرض معصية، فصار السفر سفرًا بما هو معصية.

والدليل على أنه لابد من الخروج إلى المكان الذي عينه لغرضٍ أنه لو خرج إلى ذلك المكان لا لغرض، نقول: لا يترخص برخص المسافرين وينزل منزلة الهائم الذي لا يدري أين يتوجّه في سفره، ولا يمكن تمشية المسألة إلا بهذا، وهذا كلام في نهاية القوة، ويتبين به أن المعصية في نفس السفر قد وُجد، والحرف هو ما ذكرنا أن ما به صار السفر سفرًا معصية، وخرج على هذا الصلاة في الأرض المغصوبة؛ لأن ما به صار فعله صلاة ليس بمعصية؛ إنما المعصية في شغله أرض الغير، ولم يصر الفعل صلاة بهذا.

وقد أجاب بعض مَنْ يدّعي التحقيق من المتأخرين عن هذه المسألة وقال: القياس أن لا تجوز صلاته لكنا جوّزنا بالإجماع.

وهذا مردود لا يلتفت إليه عالم، وكيف يُدَعى الإجماع؟ وقد ذهب جماعة كثيرة من علماء الأمة إلى إفساد هذه الصلاة وليس تتأتى مسالك الفقه لكل واحد ولا ينبغي أن يُغتر بطنطنة الناس وتزخرفهم في عباراتهم، فإن مع أكثرهم دعاوي عريضة وعجز ظاهر، وتهالك على الألفاظ المزوقة من غير طائل. والله العاصم بمنه.

---

(١) ينظر: الأسرار لأبي زيد ورقة ٦٢/ب مراد ملا.

وأما مسألة لبس الخف المغصوبة فلا نسلمها على ما ذكرها ابن القاص[١]، وهو الأصح[٢]. وأما تعلقهم بالآية فهي محمولة على السفر المباح ودعواهم النسخ بإثبات قيد المطلق كلام تكلمنا عليه مرارًا في المسائل. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألَة):

تارك الصلاة يُقتل عندنا[٣].

(١) ابن القاص: هو أحمد بن أبي أحمد أبو العباس الطبري الشافعي المعروف بابن القاص، له كتاب التلخيص، وأدب القاضي.
الأنساب للسمعاني: ١٠/٣٠٣، سير أعلام النبلاء: ٥/٣٧١، شذرات الذهب في أخبار من ذهب: ٢/٣٣٩.

(٢) ذكره في النكت ورقة ٥٤/أ.

(٣) مختصر المزني مع الأم: ١/١٦٧، المجموع: ٣/١٥، ١٧، المهذب: ١/٧٧، حلية العلماء: ٢/١٠، النكت: ٦٩/أ، ب، شرح النووي على مسلم: ٢/٧٠.
وهو قول مالك وأحمد. المغني: ٣/٣٥١ ـ ٣٥٥، الكافي في فقه أهل المدينة: ٢/١٠٩٢.
وعندهم يستتاب ويمهل، فإن تاب وإلا قُتِلَ حدًا.
قال الخطابي في المعالم: «التروك على ضروب: منها ترك جحد للصلاة وهو كفر بالإجماع، ومنها ترك نسيان، وصاحبه لا يكفر بإجماع الأمة، ومنها ترك عمد من غير جحد فهذا قد اختلف الناس فيه:
فذهب إبراهيم النخعي وابن المبارك، وأحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه إلى أن تارك الصلاة عمدًا من غير عذر حتى يخرج وقتها كافر.
وقال أحمد: لا نُكفِّر أحدًا من المسلمين بذنب إلا تارك الصلاة.
وقال مكحول والشافعي: تارك الصلاة يُقتل كما يُقتل الكافر ولا يخرج بذلك عن الملة، ويُدفن في مقابر المسلمين، ويرثه أهله، إلا أن بعض أصحاب الشافعي قال: «لا يصلي عليه إذا مات»... =

وعندهم: لا يُقتل لكن يعزّر ويؤدّب[1].

❋ **لنا:**

الحديث الصحيح وهو قوله ﷺ: (العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمَنْ تركها متعمدًا فقد كفر)[2]، وروى مطلقًا: (مَنْ ترك الصلاة متعمدًا فقد كفر).

فالخبر قد تضمن إلزام الكفر وإلزام القتل، وقد قام الدليل أنه لا يكفر

= وقال أبو حنيفة وأصحابه: تارك الصلاة لا يُكفر ولا يُقتل، ولكن يحبس ويُضرب حتى يصلي» أ. هـ. المعالم: ٥/٥٨.

(١) الأسرار لأبي زيد ورقة ٧٥/أ مراد ملا، مختلف الرواية ورقة ٣٢/أ.
رؤوس المسائل: ١٨٩، تنوير الأبصار مع حاشية ابن عابدين: ١/٣٥٢، ٣٥٣، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ١/١٨٣.

(٢) هذا الحديث مكون من حديثين:
الجزء الأول منه: «العهد الذي بيننا وبينهم الصلاة فمن تركها فقد كفر» رواه مسلم في صحيحه: ٢/٧١ مع النووي في باب إطلاق اسم الكفر على من ترك الصلاة.
وأبو داود في سننه: ٥/٥٨ مع المعالم، في باب رد الإرجاء.
والترمذي في سننه: ١٠/٨٩ مع عارضة الأحوذي في باب ما جاء في ترك الصلاة.
وابن ماجة في سننه: ١/٣٤٢ في باب ما جاء في من ترك الصلاة.
والدارمي في سننه: ١/٢٨٠.
والإمام أحمد في مسنده: ٣/٣٧٠، ٣٨٩.
الجزء الثاني: وهو قوله: «فمن تركها متعمداً فقد كفر».
قال الحافظ في التلخيص: «حديث من ترك الصلاة متعمداً فقد كفر» رواه البزار من حديث أبي الدرداء بهذا اللفظ، ساقه من الوجه الذي أخرجه منه ابن ماجه باللفظ السابق: ٢/١٣٣٩، وله شاهد من حديث الربيع بن أنس عن أنس عن النبي ﷺ قال: «من ترك الصلاة متعمداً فقد كفر جهاراً».
سئل الدارقطني في العلل عنه، فقال: «رواه أبو النضر عن أبي جعفر عن الربيع موصولًا، وخالفه عليّ بن الجعد فرواه عن أبي جعفر عن الربيع مرسلًا وهو أشبه» اهـ: ٢/١٤٨.

فبقي القتل لازمًا، وهذا استدلال ضعيف؛ لأن الخبر لم يتضمن إلا الكفر نصًا.

فأما القتل فوجوبه في ضمنه حكمًا له، فإذا لم يلزم الكفر سقط ما في ضمنه.

يبينه: أن القتل إن وجب بالخبر فيكون وجوبه على أنه واجب الكفر، ولا يستقيم إيجاب واجب الكفر بلا كفر.

وقال بعضهم في وجه الاستدلال بالخبر: إن تعطيل الخبر لا سبيل إليه ولابد من العمل به من وجه، وقد اتفقنا نحن وأنتم على أنه لا يكفر فلم يبق إلا التشبيه بالكفر في إلزام خاصيته فيكون في التقدير: من ترك الصلاة متعمدًا فقد كفر أي ضاهى الكفار وأشبههم في المضاهاة في التزام عقوبة الكفر لا في نفس الكفر، وعلى هذا لا نقول إن الواجب عقوبة الكفر لكنه عقوبة ترك الصلاة لكنه عقوبة مثل عقوبة الكفر، وهذا كلام لا بأس به، وإن تضمن ترك ظاهر الخبر، وما يدل عليه من حديث النص.

وقد تعلق المخالفون من حيث السنة بقوله عليه السلام: (لا يحل دم امرئٍ مسلم إلا بإحدى ثلاث...)[1] الخبر.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٢٠١/١٢ مع الفتح في باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾.
ومسلم في صحيحه: ١٦٤/١١ مع النووي في باب ما يباح به دم المسلم.
وأبو داود في سننه: ٥٢٢/٤ مع المعالم في باب الحكم فيمن ارتد.
والترمذي في سننه: ٢/٩ مع عارضة الأحوذي في باب ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم.
والنسائي في سننه: ٨٤/٧، ٩٣، ٩٤، ٩٥ في باب ذكر ما يحل به دم المسلم. =

قالوا: ولم يوجد من تارك الصلاة واحد من الثلاث فلم يقتل. ونحن نقول: قد وجد ترك الإيمان من وجه، فإن الصلاة إيمان بنص الكتاب، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَـٰنَكُمْ﴾[1].

وقد أجمع أهل التفسير أن المراد به الصلاة[2] فعلى هذا وجد ترك الإيمان بترك الصلاة، وعلى أن الحقن بالعدد الثلاث لا يمنع إلحاق رابع [٣٤/ب] بها عند قيام الدليل عليه، وقد كانت الواجبات في زمن النبي عليه السلام بعرض للزيادة والنقصان، وليس في الخبر الذي رووه دليل على منع وجوب القتل بترك الصلاة، وقد أوجبوا القتل على الردأ في قطع الطريق ولم يوجد منه واحد من الثلاث[3]، ويباح دم القاصد إلى مال الغير ونفسه إذا لم يمكن دفعه إلا بالقتل ولم يوجد منه أيضًا واحد من الثلاث.

ونعتمد في المسألة على نوع من الاستدلال فنقول الشرع قسمان: أمر، ونهي، والخلاف داخل في كل واحد من القسمين، إلا أن في قسم الأمر يكون الخلاف بالترك، وفي قسم النهي يكون الخلاف بالفعل، والعقوبات مشروعة في الجنايات زواجر عن الجنايات، فكلما كانت الجناية أغلظ تكون العقوبة أبلغ، وإذا كانت الجناية أخف فتكون العقوبة أخف، وقد وُجِدَ في الجناية في أحد قسمي الشرع وهو النهي ما يعاقب عليه بالقتل وهو الزنا

= وابن ماجة في سننه: ٢/٨٤٧.
والدارمي في سننه: ٢/٢١٨.
والإمام أحمد في مسنده: ١/٦١، ٦٣، ٦٥، ٧٠، ١٦٣، ٣٨٢، ٦/١٨١، ٢١٤.

(١) سورة البقرة، آية (١٤٣).

(٢) تفسير ابن جرير الطبري: ٢/١٦، ١٧.

(٣) رؤوس المسائل، ص ٥٠١، المبسوط: ٩/١٩٨، بدائع الصنائع: ٩/٤٢٨٣.

وسفك الدم، فوجب أن توجد في القسم الآخر ما تكون الجناية بالخلاف فيه موجبًا لعقوبة القتل وليس ذلك إلا ترك الصلاة.

وهذا لأن الجناية المتناهية موجبة للعقوبة المتناهية، والزنا وسفك الدم جناية متناهية، لأنه لا جناية فوقهما في قسم ارتكاب النهي إلّا الكفر، كذلك إذا ترك الصلاة فقد وجد جناية متناهية، لأنه لا جناية فوق ترك الصلاة في هذا القسم، وهو ترك الأمر فإذا تناهت الجناية تناهت العقوبة، والعقوبة المتناهية بالقتل المعدم للحياة أصلًا فجرى وجوبه في الطرفين ليستحق الشرع على التعديل والتسوية ولا يحكم بتناقض واختلاف، وتصير المعاني المؤثرة في الأحكام مطردة مستمرة، ثم الدليل على تناهي الجناية بترك الصلاة، أن الصلاة امتازت من بين سائر العبادات بنوع شرفٍ وخطرٍ لا يوجد لغيرها.

ويمكن أن يقال بغلبة اشتباه أصل الإيمان عليه، والدليل على امتيازه بهذا الخطر والحرمة الاسم الشرعي والمعنى، أما الاسم فهو أن الله تعالى سمّاها إيمانًا ولم يرد هذا الاسم لشيء من العبادات سواها، ولأن النبي ﷺ سماها عماد الدين، وعماد الشيء ما يكون بقاؤه به ولم يوجد هذا لغيرها.

وقال أيضًا صلى الله عليه: (نُهيتُ عن قتل المصلين)[1]، كما قال: (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله).

ومن جهة المعنى: لأنها وظيفة دارّة على درور الليل والنهار وكرورها مثل الإيمان وظيفة مستمرة على دوام الليل والنهار وقرارهما، ولأنه لا تدخلها

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٢/٥٥.
وأبو داود في سننه: ٥/٢٢٤ مع المعالم في باب في الحكم في المخنثين.

النيابة بنفسٍ ولا مالٍ مثل الإيمان سواء، بخلاف الزكاة والحج والصوم على أحد القولين، وأيضًا لا تسقط بعذر عجز ومشقة بعد أن أمكن الإتيان به بوجهٍ ما كالإيمان سواء، فثبت ما قدمنا، وتأصّل الأصل واستمر واستقر.

وأما حجتهم:

تعلقوا بسائر العبادات.

وقالوا: عبادة من فروع الإيمان فتركها لا يوجب القتل كسائرها.

والجواب:

ما سبق.

وقد قال أبو زيد(١): ترك الصلاة محض كَفٍّ عن الفعل فلم يكن معصية بنفسه، وإنما كان معصية بغيره، وهو أنه ترك مأمورًا به وما صار معصية بمعنىً في غيره لم يوجب العقوبة، وهو مثل تناول مال الغير لما لم يكن معصية لعينه، وإنما صار معصية لتعلق حق الغير بالمحل لم يكن موجبًا للعقوبة.

وهذا ليس بشيء، لأن الكف من الفعل معصية بنفسه إذا اتصل الأمر بالفعل المكفوف عنه كالكف عن الفعل طاعة بنفسه إذا اتصل الأمر به وذلك في الصوم.

وهذا لأن هذه جناية من حيث ترك الأمر، والجناية من حيث ترك الأمر لا يتصور إلا على هذا الوجه وهو الكفّ عن الفعل المأمور به، وإنما صار جناية من حيث الأمر لا من حيث نفس الكفّ كالفعل من الزنا والقتل صار

(١) ينظر: الأسرار ورقة ٧٥/أ، ب. مراد ملا.

جناية من حيث النهي، لا من حيث نفس الفعل فمتى تناهى الأمر في المبالغة تناهت الجناية عند الترك، كما إذا تناهى النهي في المبالغة تناهت الجناية عند الفعل.

وقد قيل: إنه لا يتصور جناية لمعنىً راجع إلى نفس الفعل، لأنه لو كانت الجناية لنفس الفعل لم يتصور إباحته بحال، والشرعيات قد أبيح فيها أجناس المنهيات مثل: قَتَلَ وقُتِلَ، وَوطِئَ، وَوُطِئ، وَأَخَذَ، وَأُخِذَ، ولو نهى عن الشيء لعينه لم يتصور ورود الإباحة في نفسه بحال، فثبت أن المعتبر وجود الجناية من حيث ارتكاب النهي أو ترك الأمر، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْألَة):

[٣٥/أ] **يجوز للمرأة أن تغسل زوجها إذا[1] مات ويجوز أيضًا للزوج أن يغسل امرأته إذا ماتت[2].**

وعندهم: يجوز في الأول، ولا يجوز في الثاني[3].

❊ لنا:

إن عليًا ﷺ غسّل فاطمة - ﷺ - حين توفيت[4].

---

(١) قال النووي: نقل ابن المنذر في كتابيه الإجماع والإشراف، والعبدري وآخرون: «إجماع المسلمين أن للمرأة غسل زوجها».
المجموع: ١١٨/٥، وقال ابن قدامة في المغني: قال أحمد: «ليس فيه اختلاف بين الناس» ٤٦١/٣، الإجماع لابن المنذر: ٤٦، وأما الخلاف ففي المسألة هل يغسل الزوج امرأته؟

(٢) مختصر المزني: ١٧٢/١، حلية العلماء: ٢٨٠/٢، ٢٨١، المجموع: ١١٨/٥، شرح السنة: ٣٠٩/٥.
وهو قول مالك، الأشراف للبغدادي: ١٤٧/١، الأم:
وهو المشهور عن الإمام أحمد وهو قول علقمة وعبد الرحمن بن يزيد بن الأسود، وجابر ابن زيد، وسليمان بن يسار، وأبي سلمة بن عبد الرحمن وقتادة وحماد ومالك والأوزاعي، وإسحاق» ا. هـ. المغني: ٤٦١/٣.

(٣) مختصر الطحاوي: ٤١، البدائع: ٧٦١/٢.
رؤوس المسائل: ١٩٢، مختلف الرواية ورقة ٣٤/أ.
وهو الرواية الثانية عن الإمام أحمد. المغني: ٤٦١/٣.

(٤) رواه البغوي في شرح السنة من طريق الشافعي عن إبراهيم بن محمد عن عمارة بن المهاجر: ٣٠٩/٥، وذكره المزني في مختصره مع الأم: ١٧٢/١.
وقال الحافظ في التلخيص: «رواه الدارقطني من طريق عبد الله بن نافع عن محمد بن موسى عن عون بن محمد عن أمه عن أسماء». التلخيص: ١٤٣/٢.
وقال أبو نعيم في الحلية: ٤٣/٢، في ترجمة فاطمة: حدثنا إبراهيم، ثنا أبو العباس السراج،=

وهذا بحضرة من الصحابة وعلمهم، ولم ينكر عليه أحد فصار إجماعًا منهم[1].

قالوا: ويجوز أن يكون معنى قوله: «غسّلها» أي أعان على غسلها وعلى أن فاطمة رضي الله عنها كانت زوجة لعلي رضي الله عنه في الدنيا والآخرة[2].

فإنما غسّلها مع بقاء الزوجية، وهذا لا يوجد في غيرهما.

قالوا: وعلى أنه روى أن فاطمة عليها السلام اغتسلت ثم تمددت وتوفيت[3] واكتفوا بغسلها ذلك كرامة لها، وكانت معرفتها بوقت وفاتها واكتفائها بغسلها بإخبار النبي صلى الله عليه.

❁ **الجواب:**

إن كل ما قالوه ضعيف.

= ثنا قتيبة، ثنا محمد بن موسى، ثنا المخزومي به، وسمى أم عون أم جعفر بنت محمد بن جعفر.

ورواه البيهقي في وجه آخر عن أسماء بنت عميس، وإسناده حسن: ٣/٣٩٦، التلخيص الحبير: ٢/١٤٣.

وذكر البيهقي في سننه آثاراً عن بعض الصحابة والتابعين: ٣٣/٣٩٧.

(١) المغني: ٣/٤٦١، المجموع: ٥/١١٨، الإشراف للبغدادي: ١/١٤٧.

(٢) ذكره الكاساني في بدائعه: ٢/٧٦٥.

(٣) روى أبو نعيم في الحلية عن عبد الله بن محمد بن عقيل: «أن فاطمة رضي الله عنها لما حضرتها الوفاة أمرت عليًا فوضع لها غُسلًا فاغتسلت وتطهّرت ودعت بثياب أكفانها، فأتيت بثياب غلاظ خشن فلبستها ومست من الحنوط، ثم أمرت عليًا أن لا تُكشف إذا قبضت وأن تدرج كما هي في ثيابها». الحلية: ٢/٤٣.

أما الأول: فنقول: إن المروي أنه غسّلها، والإعانة على الغسل لا تكون غسلًا.

وأما الثاني: قلنا: نحن نقطع بانقطاع الزوجية بالموت؛ لأن الزوجية من أحكام الدنيا، فأما القول ببقاء عقد النكاح بعد الموت والانتقال إلى الآخرة فمقال محال، والآخرة لا تكون دار الأنكحة، وما عُهِدَ في الجنة والنار تزويج ولا بقاء تزويج.

وأما الثالث: فهو من نقل الروافض...[1] فلا نعرف ذلك، وإنما نهاية الرواية أن النبي عليه السلام قال لها: (أنتِ أوّل أهلي لحاقًا بي)[2].

فأما ما يقال أنه أخبرها بوقت وفاتها وأمرها بالاغتسال قبل الموت، والاكتفاء بذلك فلا يُعرف، وما رأينا تعجيل غسل الميت قبل الموت وهذا لأن الواجب غسل الميت فلابد من وجوده في ميتٍ وهذا الأثر معتمد.

وأما المعنى: نقول الغسل حق الميت ولابد من قائمٍ به، ثم الزوج إذا مات قامت المرأة بغسله قضاء لحقّه، فكذلك إذا ماتت المرأة يقوم الزوج بغسلها قضاء لحقها؛ لأنّ حقّ النكاح ثابت من الجانبين، فإذا بقي هذا الحقّ عليها له بعد موته فليبق لها عليه بعد موتها.

ونقول في التحرير: حق ثبت لأحد الزوجين قبل صاحبه فثبت للآخر قبله.

---

(١) بياض في المخطوط.

(٢) رواه أبو نعيم في الحلية: ٢/٤٠، من طريق أبي مسلم الكشى عن ابن عباس.

دليله: سائر الحقوق ونعيّن الوطء في القياس عليه، والتعليل للمس غسلًا.

ونقول أيضًا بطريق المفاقهة: إن الميت محل اللمس حلًّا وحرمة.

ألا ترى أنه يحل للرجل غسل الرجل ولمسه، ولا يحل للمرأة، وكذلك المرأة مع المرأة، وإذا كان محل الحِلّ والحرمة في حق اللمس عمل عقد النكاح في إباحته وعمل التجانب في تحريمه كاللمس والوطء في حال الحياة، وهذا لأن النكاح عامل في إثبات كل حِلّ يقبل الثبوت كالتجانب عامل في كل حرمة تقبل الإثبات.

وأما حجتهم:

قالوا: حِلّ اللمس مستفاد بالنكاح فيزول بزواله.

دليله: حِلّ الوطء.

يبينه: إن حِلّ الغسل لابد فيه من سببٍ، ولا سببَ هاهنا، لأن السبب كان هو النكاح وقد ارتفع، وصار كالعدم، وإنما قلنا ذلك لأن النكاح إنما بقي في محل النكاح والميت ليس بمحل النكاح لأنه جماد؛ ولأنه أدنى من البهيمة فيستحيل أن يكون محلًا للنكاح، لأن النكاح ملك فلا يبقى الملك إلا في محل الحياة كملك اليمين، ولا يُتصور بقاؤه في الميت.

ويدل عليه: أنه يجوز له نكاح أختها وأربع سواها، ولولا أن النكاح ارتفع لم يحل لأنه يصير جامعًا بين أختين نكاحًا أو بين خمس نسوة نكاحًا.

قالوا: ونصور فيما لو ماتت المرأة وتزوج هو بأختها في الحال، ثم إنه غسّلها يجوز عندكم، وهو يؤدي إلى الجمع بين الأختين استحلالاً في اللمس، وليس كما لو مات الزوج؛ لأن النكاح هناك قائم لقيام العدة، وهذا لأن العدة حق النكاح، وإن أشكل هذا في عدة الطلاق فلا إشكال في عدة الوفاة، لأنه تجب سواء وُجِدَ الماء أو لم يوجد.

والنكاح مجموع حقوق: فإذا بقي حق له حُكِمَ ببقاء النكاح في ذلك الحق، وأما موته فلا يمنع بقاء النكاح من هذا الوجه؛ لأنه مالك، والمالك يجوز أن يبقى له الملك بعد موته، بدليل ما لو كان على إنسانٍ دَيْن ومات تبقى تركته على ملكه لحقه، ولأنا نجعل ملكه لوارثه على طريق الخلافة، (وفي جعل الملك للوارث على طريق الخلافة)[1]، إبقاء الملك للميت من وجهٍ هذا يستقيم في ملك اليمين لأنه يقبل الخلافة فيه.

وأما ملك النكاح لا يقبل الخلافة فبقي للزوج وظهر عمله فيما يمكن إظهار عمله إلا أنه يبقى ما بقيت العدة، فإذا ذهبت العدة وحكم بانقطاع فراش النَّسب، وحلّت للأزواج لم يتصور بقاء النكاح.

قالوا: [٣٥/ب] وأما قولهم إن الميت محل الحل والحرمة في اللمس. فليس كذلك، وقد خرج بالموت عن محلية مثل هذه الأشياء، وإنما حل الغسل لضرورة ولولا الضرورة، لم يحل، والنكاح عقد استحلال فإذا لم يكن الميت محلاً للحِلّ بحال لم يُتصور بقاء النكاح المعقود للحِلّ.

(١) ما بين القوسين مكرر لما قبله، ولعله وقع سهوًا من الناسخ.

❁ **الجواب:**

إن قولهم: «إن النكاح ارتفع بموتها».

قلنا: وقد ارتفع بموته فكما ينافي محلية النكاح منكوحًا ينافي محلية النكاح ناكحًا ولا يُتصور، ولا يعقل ميت ناكح فلم يعقل أيضًا بقاء النكاح له بعد موته.

وأما العدة فتعبد شرعي وجب لإظهار حُرمة نكاح سبق عقده مثل الشهادة تعبد شرعي وجب لإظهار حُرمة نكاحٍ عَقَده.

فإن قالوا: أبحنا الغسل لنفس العدة، وهي عُلقة عظيمة، ولأنها وجبت بالنكاح السابق ولم توجد هذه العُلْقة إذا ماتت.

قلنا: إذا طلقها ثلاثًا في المرض وماتت عقيبه وهي في العدة لا يطلق لها الغسل والعدة موجودة.

يبينه: أن العِدة عندهم حق النكاح، سواء كانت واجبة من طلاقٍ أو وفاةٍ، والتمسك بجانب الزوج في نهاية القوة.

وأما المعنى الذي بيناه فهو صحيح أيضًا يمكن الاعتماد عليه.

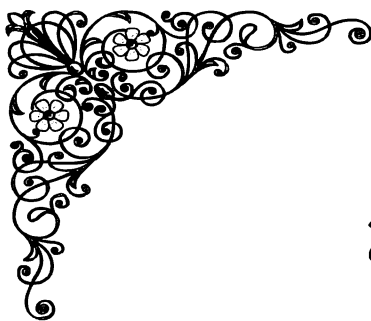
قولهم: «إنه ليس بمحل الحِلّ».

قلنا: قد بيّنا المحليّة.

وقولهم: «إنه جاز للضرورة».

قلنا: شرع الغسل لا يقال له ضرورة، إنما يقال: بقاء حِلّ لإقامة شرعٍ، وبقاء الحِلّ لإقامة الشرع لا يسمى ضرورة مثل الحِلّ في حال النكاح لا يقال ضرورة لأجل الوطء، وعلى هذا نقول: إن النكاح إما أن يُحكم ببقائه حكمًا في هذا الحكم الخاص بدليلٍ قام عليه، أو يقال: إن النكاح قد ارتفع ولكن عَمِلَ في إثبات هذا الحكم بعد الموت لأنه لا يوجد إلا بعد الموت، كما عَمِلَ في إثبات الإرث بعد الموت، لأنه لا يوجد إلا بعد الموت وهذا كلام معتمد فليعمل به. والله تعالى أعلم بالصواب.






كتابُ الزكاة

※ (مَسْألَة):

إذا زادت الإبل على مائة وعشرين استقر الواجب على الحِقَاق[1] وبنات اللبون[2]، واستقرت النُّصُب على الخمسينات[3] والأربعينات[4].

وهذا مذهب أكثر أهل العلم[5]، غير أن الشافعي رضي الله عنه قال: إذا زادت الإبل على مائة وعشرين واحدة تجب ثلاث بنات لبون[6] ثم الأمر من بعد

---

(١) **الحِقّ** ـ بالكسر ـ من الإبل: ما طَعَنَ في السنة الرابعة، والجمع: حِقَاق، والأنثى حِقَّة، وجمعها: حِقَق، مثل سدرة، وسدر. ينظر: المصباح، مادة (حِقَق).

(٢) **ابن اللبون**: ولد الناقة يدخل في السنة الثالثة، والأنثى بنت لبون، سمى بذلك لأن أمه ولدت غيره فصار لها لبن. المصباح المنير، مادة (لبن).

(٣) أي: في كل خمسين حِقَّة.

(٤) أي: في كل أربعين بنت لبون.

(٥) أجمع أهل العلم على أن الواجب في أنصبة الإبل حتى تبلغ عشرين ومائة حِقَّتان، ذكر ذلك ابن قدامة في المغني ٤/١٦، والسرخسي في المبسوط ٢/١٥١، والنووي في المجموع ٥/٣٤٣، وأبو عبيد في الأموال ص ٣٩٧: إنما الخلاف فيما زاد على مائة وعشرين، وهي المسألة التي سيتكلم عليها المؤلف.

(٦) النكت، ورقة ٧٣/ب، المهذب ١/١٩٧، ١٩٨، المجموع ٥/٣٤٣. وهي إحدى الروايتين عن أحمد، وهو مذهب الأوزاعي، وإسحاق. المغني ٤/٢٠، الإفصاح ١/١٩٧، معالم السنن للخطابي ٢/٢١٦. وعند أحمد رواية أخرى أنه لا يتغير الفرض إلى ثلاثين فيكون فيها حِقَّة وبنتا لبون، وهذا مذهب محمد بن إسحاق بن يسار، وأبي عبيد. المغني ٤/٢٠، الإفصاح: ١/١٩٧. =

على ما بيَّنّا.

وعندهم: يستأنف[1] الواجب بعد المائة والعشرين وتجب الأغنام[2] وبنت المخاض[3].

❁ لنا:

الأخبار الثابتة برواية أنس بن مالك عن أبي بكر الصِدِّيق رضي الله عنه[4]، وبرواية الزهري عن سالم، عن أبيه أن النبي ﷺ ذكر في كتاب الصدقة الذي

= وهي رواية عن الإمام مالك، الإشراف ١/١٥٨، ١٥٩، المجموع ٥/٣٤٣، والرواية الأخرى عن الإمام مالك: أن المصدق بالخيار إن شاء أخذ ثلاث بنات لبون، وإن شاء أخذ حِقَّتين إلى أن تبلغ ثلاثين ومائة فيكون فيها حِقَّة وابنتا لبون.

وقال ابن القاسم من أصحابه: «يتحتم أخذ ثلاث بنات لبون من غير اختيار إلى أن تبلغ ثلاثين ومائة ففيها حِقَّة وابنتا لبون».

الإشراف ١/١٩٨، بداية المجتهد ١/٢٥٩.

(١) **معنى الاستئناف**: أن لا يجب على ما زاد على مائة وعشرين حتى تبلغ خمسًا، فإذا بلغت خمسًا تستأنف بشاة مع الحِقَّتين إلى مائة وثلاثين ففيها حِقَّتان وشاتان، وفي مائة وخمس وثلاثين حِقَّتان وثلاث شياه، وفي مائة وأربعين حِقَّتان وأربع شياه، وفي مائة وخمسين وأربعين حِقَّتان وبنت مخاض إلى مائة وخمسين، ففيها ثلاث حِقَاق، ثم تستأنف الفريضة، فيجب في مائة وخمس وخمسين ثلاث حِقَاق وشاة.

المبسوط ١/١٥١، رؤوس المسائل ص ١٩٩، مختصر الطحاوي ص٤٣، بدائع الصنائع ٢/٨٦٤، معاني الآثار ٤/٣٧٧، الأسرار ١/١٠٩ ـ أ (مراد ملا).

(٢) كما بيَّنا بعد العشرين والمائة في كل خمس شاة إلى ثلاثين ومائة.

(٣) **بنت المخاض**: «هي التي أتى عليها حَول ودخلت في السنة الثانية وحملت أمها فصارت من المخاض، وهي الحوامل، والمخاض اسم جماعة للنوق الحوامل»، قاله الخطابي في المعالم ٢/٢١٨.

(٤) سنن أبي داود ٢/٢١٩ مع المعالم في باب «زكاة السائمة».

كتبه: «فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حِقَّة، وفي كل أربعين بنت لبون»، والكتاب يشتمل على أشياء كثيرة من باب الزكاة، ذكره بتمامه أبو داود(١) وغيره(٢)، غير أن الاستدلال في هذه المسألة بهذا القدر وكان ﷺ خَتَمَ عليه(٣)، وقَرَنَه بقراب سيفه(٤).

وعمل بذلك بعده أبو بكر وعمر(٥) رضي الله عنهما.

وروى ابن المبارك(٦) ....

---

(١) ينظر: سنن أبي داود ٢/٢٢٥ مع المعالم في باب «زكاة السائمة».

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٣/٣١٧ مع الفتح في باب «زكاة الغنم»، والبيهقي في السنن ٤/٩٣ في باب «كيف فرض الصدقة»، وابن أبي شيبة في مصنفه ٣/١٢٤، وأحمد في المسند ٢/١٥، وأبو داود في سننه ٢/٢١٩، ٢٢٥ مع المعالم في باب «زكاة السائمة»، وابن ماجه في سننه ١/٥٧٣، ٥٧٤، والدارقطني في سننه ٢/١١٥، ١١٦، ١١٧، والترمذي في سننه ٣/١٠٦ ـ ١١١ مع العارضة، وقال: «حديث ابن عمر حديث حسن والعمل على هذا الحديث عند عامة الفقهاء، وقد روى يونس بن يزيد وغير واحدٍ عن الزهري عن سالم بهذا الحديث، ولم يرفعوه، وإنما رفعه سفيان بن حسين» أهـ.

وقال الزيلعي في نصب الراية: قال المنذري: وسفيان بن حسين أخرج له مسلم واستشهد به البخاري إلا أن حديثه عن الزهري فيه مقال، وقد تابع سفيان بن حسين على رفعه سليمان بن كثير، وهو مِمَّنْ اتفق البخاري ومسلم على الاحتجاج بحديثه، وقال الترمذي في كتاب «العلل»: «سألتُ محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث، فقال: أرجو أن يكون محفوظًا، وسفيان بن حسين صدوق»، انتهى من منصب الراية ٢/٣٣٨، وهذا مرسل كما أشار إليه الترمذي.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٣/٣١٧ مع الفتح باب زكاة الغنم، وأبو داود في سننه ٢/٢١٤ مع المعالم، والبيهقي في سننه ٤/٨٧.

(٤) ينظر: سنن أبي داود مع المعالم ٢/٢٢٥. ورواه البيهقي في سننه ٤/٨٨، وابن أبي شيبة في مصنفه ٣/١٢٤، ١٣٦.

(٥) ينظر: سنن أبي داود ٢/٢١٩، ٢٢٥ مع المعالم. سنن الترمذي ٣/١٠٦ ـ ١١١ مع العارضة، مصنف أبي شيبة ٣/١٢٤، سنن البيهقي ٤/٨٨.

(٦) أي: عبد الله بن المبارك المروزي مولى بني حنظلة، ثقة، ثبت، فقيه، عالم، جواد، مجاهد،=

عن يونس[1] عن الزهري أن سالم بن عبد الله ابن عمر قرأ الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لأبي بكر في الصدقات وفيه: (فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون)[2].

ولا يتجه لهم تأويل لهذه الأخبار أصلًا.

وقد تكلَّفوا أشياء بعيدة أعرضنا عنها لبُعدها، فإن صوّروا في موضع يجب في كل خمسين حِقَّة، وفي الأربعين بنت لبون، وذلك في مائة وتسعين.

قالوا: وقد قلنا بالخبر في هذا الموضع.

يقال لهم: أنتم لا تقولون بهذا الخبر بحال، لأن عندكم لا تجب الحِقّة في الخمسين بحال، ولا بنت اللبون في الأربعين، فإنكم تقولون إن الحِقَّة في ستة وأربعين وبنت لبون في ست وثلاثين على حسب ما كان في الابتداء، فقد تركوا القول بهذه الأخبار جملة من غير دليل.

وأما هم تعلَّقوا من جهة الخبر بما روى أنه كان في صحيفة عمرو بن حزم الذي كتبها له رسول الله ﷺ في فرائض الزكاة: (وما زاد في الإبل على

= جمعت فيه خصال الخير، من الثامنة، مات سنة ١٨١هـ، وله ثلاث وستون سنة، روى له الجماعة. التقريب ص١٨٧.

(١) يونس بن يزيد بن أبي النجاد الأيلي أبو يزيد مولى آل أبي سفيان ثقة إلا أن في روايته عن الزهري وهمًا قليلًا، وفي غير الزهري خطأ، من كبار السابعة، مات سنة ١٥٩هـ، على الصحيح، روى له الجماعة، التقريب ص٣٩١.

(٢) روى هذه الرواية أبو داود في سننه ٢/٢٢٦ مع المعالم، والدارقطني في سننه ٢/١١٦، ١١٧، والبيهقي في سننه ٤/٩٠ ـ ٩١، وهو حديث مرسل كما أشار إليه الترمذي فيما سبق.

مائة وعشرين ففي كل خمسين حِقّة، وفي كل أربعين بنت لبون، فما فضل بعد ذلك يُعاد إلى أول فريضة الإبل فما كان [٣٦/أ] أقل من خمس وعشرين ففيها الغنم في كل خمس شاة)[١].

ورووا بطريق عاصم بن ضمرة عن عليٍّ عليه السلام: أنه قال: «إذا زادت الإبل على مائة وعشرين استؤنفت الفريضة»[٢].

وعن ابن مسعود كذلك[٣]، وهذا لا يقال قياسًا، دلّ أنهما قالا ذلك عن النبي عليه السلام.

والجواب:

أما الخبر الأول فقد رواه حماد[٤] بن سلمة عن قيس[٥] بن سعد، عن صحيفة عند أبي بكر[٦] ....

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٣٧٥/٤.
واستدل به في الأسرار ٩٠١/١ ـ أ (مراد ملا).

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ١٢٥/٣.
وروى عن إبراهيم النخعي مثله ١٢٥/٣.
ورواه بلفظ قريبًا من هذا السياق البيهقي في سننه ٩٢/٤، ٩٣.
وأبو عبيد في كتابه الأموال ص ٣٩٧.

(٣) ذكره في المبسوط ١٥٢/٢، وذكره الشيرازي في النكت: ورقة ٧٢/أ.

(٤) حماد بن سلمة بن دينار البصري، أبو سلمة: ثقة عابد أثبت الناس في ثابت، وتغير حفظه بآخره، من كبار الثامنة، مات سنة ٢٦٧هـ، روى له البخاري تعليقًا، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب ص٨٢.

(٥) قيس بن سعد، قال البيهقي في سننه ٩٤/٤ نقلًا عن يحيى القطان قوله: «قيس بن سعد ليس بذاك» أهـ.

(٦) أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري البخاري المدني القاضي، اسمه وكنيته واحد،=

ابن عبد الله[1] بن عمرو بن حزم[2] فيكون مرسلًا[3]، والمرسل ليس بحُجَّة.

وعلى أن فيه ما يؤيد مذهبنا؛ لأنه قال: «فإذا زادت الإبل على مائة وعشرين في كل خمسين حِقَّة، وفي كل أربعين بنت لبون»[4].

وأما حديث عاصم بن ضمرة، فقد قال ابن المنذر: لا يثبت حديث عاصم بن ضمرة عن عليٍّ رضي الله عنه[5].

وقد روى عن عليّ رضي الله عنه مثل ما ذهبنا إليه[6].

وعلى الجملة... لا يثبت ذكر الغنم وبنت المخاض بعد المائة والعشرين عن رسول الله ﷺ ولا عن أحد من الصحابة[7]، وإنما الصحيح ما رويناه فلا يعدل عنه.

= وقيل إنه يكنى أبا محمد، ثقة عابد، من الخامسة، مات سنة ١٢٠هـ. روى له الجماعة. ينظر: التقريب ص٣٩٦.

(١) كذا في المخطوط، وفي سنن البيهقي: «ابن محمد» وهو الأصوب.

(٢) رواه البيهقي في سننه ٤/٩٤ عن أبي داود في مراسيله.

قال البيهقي: «وهو منقطع بين أبي بكر بن حزم إلى النبي ﷺ وقيس بن سعد أخذه عن كتاب لا عن سماع، وكذلك حماد بن سلمة أخذه عن كتاب لا عن سماع، وقيس بن سعد وحماد بن سلمة ـ وإن كانا من الثقات ـ فروايتهما هذه بخلاف رواية الحفاظ عن كتاب عمرو بن حزم وغيره» أ. هـ.

(٣) ينظر: الحاشية السابقة لمعرفة وجه الإرسال.

(٤) تقدم تخريجه في ص٣٥٨.

(٥) نقل ذلك الخطابي في معالم السنن ٢/٢١٦.

(٦) نقل ذلك الشيرازي في النكت: ورقة ٧٢/أ.

ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤/١٢٥.

(٧) قاله أبو عبيد في الأموال، ص ٣٩٩.

وإن التفتنا إلى المعنى بعد أن لا حاجة إليه، فهو أيضًا يؤيد ما قلنا. وذلك لأن الأصل الموصل في الشرع أو الواجب في كل جنس من جنسه، لأن الواجب جزء من النصاب، لأن الزكاة واجبة للمواساة مع الفقراء بجزء من النصاب على مالٍ نام، والجزء من الشيء جنسه، وهم يعترفون بهذا الأصل فلا يحتاج إلى كثير دليل، إلا أنه عدل عن هذا الأصل عند قِلَّة الإبل؛ لأنها لا تحتمل المواسات من جنسها، فإذا كثرت احتملت فعدنا إلى الأصل.

فإن قالوا: «لِمَ لا ينتظر إلى أن تبلغ حدًا يحتمل الوجوب من جنسه مثل البقر»؟.

قلنا: لأن الخمس من الإبل مال كثير القيمة كثير المنفعة قليل المؤونة، فلم يستجز الشرع إخلاء مثل هذا عن حق الفقراء، وعلى أن هذا الذي قالوا اعتراض على الشرع، وعلينا أن نتلقى الشرع بالقبول ثم نطلب له معنى يُخرِّج ذلك الشرع عليه. وقد فعلنا.

وأما البقر فقد كان غالب أموال العرب الإبل، وقد كانت الزكاة طُهرة لِمَالِهم فلم يرض بإخلائه عن الواجب بعد أن يبلغ الحد الذي قلناه من كثرة المنفعة والقيمة، وقلة المؤونة، وأما البقر فقد كان قليلًا فيهم، فإبقاؤها على الأصل المعهود وهو ترك الإيجاب حتى يحتمل الواجب من جنسه هذا في الأغنام، وأما سقوط بنت مخاض فهو يخرج على أصل آخر:

وذلك لأن ما بعد المائة والعشرين حال تقرير النُّصُب والواجبات وما قبل المائة والعشرين، قد كان حال اضطرابها واختلافها، فمن الواجب أن

يكون الاستقرار على النمط الأعدل. والنمط الأعدل في الأوقاص[1] طرح وقص الأربع، والأربعة عشر أعلى الذي وَرَدَ، الأغنام، وبنت المخاض والجذعة وبنتي اللبون والحِقَّتين قبل المائة والعشرين[2]، وتقرير الوقص على التسع لأنها الوسطى، وطريقة العدل في الوسط، وطرح ما يخرج عنه من الجانبين، كذلك في الواجبات اخترنا النمط الأعدل الأوسط وهو تقرير الواجب على الحِقَاق وبنات اللبون، وطرحنا ما خرج عنها من الجذعة[3] وبنت المخاض؛ ليكون ذلك لزومًا لجادة العدل، والطريقة الوسطى بين طرفي الترقي والنزول الذي أحدهما يؤدي إلى نوع إجحاف بأرباب الأموال والآخر يؤدي إلى ترك نظر الفقراء، ونزل القرآن على هذا واستمر عليه الشرع.

وأما الذي ذهبوا إليه من إيجاب الغنم والعود إليها مع كثرة الإبل وتقرير وجوب بنت المخاض مع خروجه عن النمط الأوسط ومع طرح قرينته من الجانب الآخر وهو الجذعة فلم يدل عليه نص ولا اهتدى إليه قياس، فكان متروكًا مطروحًا غير مأخوذ به بحال.

---

(١) **الأوقاص**: جمع وقص، وهو ما بين الفريضتين من نُصب الزكاة مما لا شيء فيه. المصباح المنير، مادة (وقص).

(٢) توضيح هذه العبارة: «إن بين وجوب أربع شياه في عشرين من الإبل وبين وجوب ابنة مخاض في خمس وعشرين أربعة من الإبل فيعتبر وقص معفو عنه، وما بين إحدى وستين التي تجب فيها الجذعة وبين ست وسبعين التي تجب فيها بنتا لبون أربعة عشر من الإبل فيعتبر وقصًا معفوًا عنه، وكذلك ما بين ست وسبعين وإحدى وتسعين أربعة عشر من الإبل فيعتبر وقصًا معفوًا عنه». والله أعلم.

(٣) **الجذعة**: هي التي تمت لها أربع سنين ودخلت في الخامسة ـ قاله الخطابي في المعالم. ينظر: معالم السنن ٢/٢١٩.

وفي المسألة وراء هذه إلزامات كثيرة عليهم في إبطال الاستئناف على مذهبهم.

* من التزامهم القول بالموالاة بين الوقصين، وهذا لا يجوز في الشرع.

* ومن عدولهم من بنت المخاض إلى الحِقَّة في الخمسين الثالثة من غير إيجاب بنت لبون في الوسط.

* ومن إلزام جعل نصاب الحِقَّة ثلاثين إذا قالوا بالاستئناف بعد المائة والعشرين وأوجبوا في مائة وخمسين ثلاث حِقَاق، وقد أعرضنا عن شرح هذا كله، لأن فيما قلناه غُنية عن الكل، هذا كلامنا.

۞ وأمّا حُجَّتهم من حيث المعنى:

فقد قال مشايخهم: إن إيجاب ثلاث بنات لبون في مائة وإحدى وعشرين يؤدي إلى مخالفة الرسول أو مخالفة الأصول وواحد منهما لا يجوز.

أمّا مخالفة الرسول فإذا أوجبتم في كل أربعين وثلث.

ومخالفة الأصول إذا أوجبتم في كل أربعين، وذلك لأن الواحدة [٣٦/ب] لم تجعلوا لها قسطًا من الواجب وغيرتم بها الواجب(١)، وما لا يأخذ قسطًا من الواجب لا يغيّر الواجب هذا هو الأصل المعهود في الشرع، وقد خالفتم.

قالوا: وليس كما لو ماتت المرأة عن أبوين وأخوين حيث يغيّر الأخوان فريضة الأم، ولا يرثان، لأنهما بمحل الميراث، وإنما حُجِبا في هذه الصورة

(١) ذكره الشيرازي في نكته استدلالًا للحنفية، ورقة ٢٢٧/أ.

بالأب، وههنا ليست الواحدة بمحل الوجوب بحال، فنظير هذا في مسألة الميراث أن يكون الأخوان عبدين أو كافرين، وقالوا أيضًا: في إيجاب ثلاث بنات لبون إسقاط الحِقَّتين، وقد أوجبنا بدليل مقطوع به فلا يسقط بخبر الواحد.

واستدلوا في تصحيح مذهبهم، والحكم بعود الغنم وبنت المخاض، أن الحِقَاق وبنت اللبون ينبنى وجوبها على الغنم، وبنت المخاض في قضية وجوبها، وربما يقولون: الغنم وبنت المخاض أصل في واجبات الإبل فلا بد من عودها، وقولهم: «إن الغنم ليس من جنس الإبل».

بلى، ولكن لما وجبت وبنى عليها سائر ما أوجب صار أصلًا، وخرج على هذا الجذعة، لأنها غير مبنية على الحِقَاق وبنات اللبون فلا يقتضي وجوب الحِقَاق وبنات اللبون وجوبها.

وأما الحِقَاق وبنات اللبون يبتني وجوبها على وجوب الغنم وبنت المخاض فلابد من عودها إذا عادت.

قالوا: وأما قولهم: «إن ما بعد المائة والعشرين زمان الاستقرار».

قلنا: بلى، وقد استقر الواجب على الحِقَّة وبنت اللبون، ولكن بشرط أن يعود ما هو الأصل مثل المسنة استقر عليها الواجب بشرط عود التبعية[1].

❁ **الجواب:**

إن كل ما قالوه ضعيف.

---

(١) الأسرار: ورقة ١٩٥/أ (شهيد علي).

أما الأول فنحن نختار أنه يجب في كل أربعين وثلث أو يوجب في كل مائة وإحدى وعشرين من غير تعرض للتقسيم، وهذا بالخبر الذي رويناه في هذا نصًا.

ومثاله:

إيجاب الحِقَّتين في إحدى وتسعين في الابتداء، ويكون هذا إيجاب كل حِقَّة في خمس وأربعين ونصف إلا أنه بالخبر، أو يوجب مطلقًا من غير تعرض للتقسيم، ويمكن أن يقال: قد وُجِدَ نصاب ثلاث بنات لبون إلا أن فيه أنه انتهاء وقص فلا يمكن إيجابها من غير وجود زيادة، فإذا وُجِدَت زيادة ظهر الآن وجوب بنات لبون لوجود نصابها والترقي من انتهاء الوقص إلى زيادة، وهذا الكلام إذا قلنا إن الواجب في كل أربعين، والزيادة ليس لها عمل إلا في التغير فحسب.

وأما الكلام الثاني الذي قالوه..

قلنا: نعم، وجبت الحِقَّتان في المائة والعشرين بدليل مقطوع به، ولكن حين زادت واحدة فات محل وجوب الحِقَّتين، وانقطع الإجماع فصلح التعرض لما يدل عليه الخبر الواحد فنوجب ما أوجبه، ولهذا لم يجز الاجتهاد لإيجاب شيء آخر في المائة والعشرين، وصح الاجتهاد لإيجاب ثلاث بنات لبون عند وجود الزيادة.

وأمّا الكلام الثالث..

وهو الذي قالوا: إن وجوب الحِقَاق وبنات اللبون يبتنى على وجوب

الغنم وبنت المخاض.

قلنا: إن زعمتم أن المراد بالابتناء أنها وجبت بعد وجوبهما فهذا مسلَّم.

وإن زعمتم أن معناه أن ذلك يصير أصلًا وهذا يصير فرعًا له فلا نسلِّم.

والدليل عليه: أن في الخمسين الثانية للمائة الأولى قد عادت الحِقَّة وثلاث بنات لبون، لم تعد الغنم ولا بنت المخاض، ولو صار ذلك أصلًا وهذا فرع له لم يجز إلا أن يعود الأصل ثم يعود الفرع، وعلى أَنَّ قد دللَّنا أن وجوب الغنم ضرورة، والضرورة تلزم موضعها.

وأمّا بنت المخاض فقد بيَّنّا أنها خارجة عن النمط الأعدل والطريقة الوسطى مثل الجذعة فلم يستقم عودها، والله أعلم بالصواب.



❋ (مَسْألَة):

الزكاة تتعلق بالنصاب والوقص عندنا(١).

وهو قول محمد بن الحسن من أصحابهم(٢). وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه وأبي يوسف تتعلق بالنصاب دون الوقص(٣)، ....

(١) المهذب ١/١٩٨، المجموع ٥/٣٣٥، ٣٣٧، النكت: ورقة ٧٤/ب، قال النووي في المجموع: «قال في البويطي ـ من كتبه الجديدة: يتعلق بالجميع» أهـ.
وهو رواية عن الإمام مالك. الإشراف للبغدادي ١/١٦٠.

(٢) المبسوط ٢/١٧٦، البدائع ٢/٨٦٧.

(٣) المبسوط ٢/١٧٦، البداع ٢/٨٦٧، رؤوس المسائل ص ٢٠٠ ـ ٢٠١.
وهو قول أحمد؛ وهي رواية عن الإمام مالك، وقال البغدادي في إشرافه: «وهو الظاهر=

وهو قول للشافعي[1] رضي الله عنه.

❁ لنا:

إنه قد ثبت أن النبي عليه السلام قال: (في خمس وعشرين من الإبل بنت مخاض إلى خمس وثلاثين، فإذا زادت واحدة ففيها بنت لبون إلى خمس وأربعين)[2].

وقوله: «إلى الحد الواجب»، دلّ أنه متعلق بالنصاب والوقص، ولأن جميع المال محل للواجب، والرجل من أهل وجوب الزكاة عليه، وليس تعليق الواجب ببعض المال أولى من البعض فتعلق بالكل الواجب، وهذا كما لو سرق مالًا بقدر نُصبُ كثيرة فإنه يتعلق القطع بالكل للمعنى الذي بيّنا كذلك ههنا، وكذلك إذا أوضح[3] جميع رأسه فإنه يتعلق الأرش بجميع الموضحة، لأنه ليس إيجابه في البعض أولى من إيجابه في البعض فتعلق الواجب بالكل.

والحرف لنا: أن تقدير النصاب [٣٧/أ] لمنع تعليق الواجب بما دونه لا يمنع تعليقه بما زاد عليه مثل النصاب في السرقة، والقدر الذي ينطلق عليه

= من المذهب».
المغني ٤/٢٩، الإفصاح ١/٢٠٠، الإشراف ١/١٦٠.

(١) النكت: ورقة ٧٤/ب، المجموع ٥/٣٣٥، ٣٣٧، المهذب: ١/١٩٨، قال النووي في المجموع: «وهو أصحهما عند الأصحاب، وهذا نصه في القديم وأكثر كتبه الجديدة» أ. هـ.

(٢) روى هذه الرواية أبو داود في سننه ٢/٢٢٥ مع المعالم في باب «زكاة السائمة»، والدارقطني في سننه ٢/١١٥، ١١٦، ١١٧، وقال: «إسناد صحيح، وكلهم ثقات».

(٣) **الموضحة**: يقال أوضحتُه، وأوضحت الشُجة الرأس، كشفت العظم فهي موضحة. المصباح المنير، مادة (وضح).

اسم الموضحة فإنه لمنع تعليق الواجب بما دونه لا يمنع تعليقه بما زاد عليه، وهذا لأن المال إذا كان محل الواجب، والرجل من أهل وجوب الزكاة عليه فلا يمكن إخلاؤه من الوجوب.

۞ **وأما حُجَّتهم:**

قالوا: الزيادة لها حكم نفسها بدليل أنها إذا بلغت قَدْرًا معلومًا تعلَّق بها واجب جديد فتخلو من الواجب حتى تبلغ ذلك المقدار، وهذا كالنصاب الأول فإنه لا يتعلق به شيء حتى يبلغ الحد المعلوم، وبهذا فارق السرقة ومسألة الموضحة، لأن الزيادة ليس لها حكم نفسها بدليل أنها لو زادت زيادة كثيرة لا يتعلق بها واجب آخر بحال فكانت الزيادة بمنزلة الأصل في تعلق الواجب بالكل.

قالوا: ولأن الزيادة لو هلكت لم يسقط شيء من الواجب، وصوّروا إذا هلك قبل التمكن من الأداء ليكون في محل الإجماع فلو كان تعلق بها شيء من الواجب لسقط من الزكاة بقدر الهالك، كما لو هلك النصاب.

۞ **الجواب:**

أما قولهم: «إن الزيادة لها حكم نفسها».

قلنا: ليس لهذا معنى سوى أنه إذا بلغ حدًّا معلومًا يتعلق به واجب آخر وهذا أولًا تدخل عليه الزيادة على إحدى وتسعين إلى مائة وعشرين، فإنه لا يتعلق بهذه الزيادة واجب آخر، لأنه عندهم يستأنف الحكم بعده، ومع ذلك لم يتعلق الواجب الأول بهذه الزيادة على أصلهم.

فإن قالوا: يتعلق، فقد التزموا المناقضة.

فإن قالوا: يتعلق واجب آخر إذا بلغت الإبل مائة وخمسين فإنه تجب حِقَّة ثالثة في الخمسين الثالثة.

قلنا: فإذًا لا استئناف، وقد قلتم بالاستئناف، وعلى أن هذا إن استقام فيما بعد المائة فلا يستقيم في التسع الزائدة من إحدى وتسعين إلى تمام المائة فإنه لا يتعلق بها واجب آخر بحال، ومع هذا يتعلق بها الواجب الأول، ثم نقول: للزيادة حكم نفسها إذا بلغت قدرًا معلومًا. والكلام فيما إذا لم تبلغ ذلك القدر فهو وما زاد عليه واحدة، والجميع بمنزلة شيء واحد ومال واحد، وقد بيَّنّا أنه ليس تعليق الزكاة ببعض المال أولى من بعض فتعلق بالكل، ثم إذا بلغت الزيادة نصابًا آخر حينئذ يتعلق به واجب آخر.

فإن قالوا: إذا كان تعلق به الواجب الأول كيف يتعلق به واجب ثان؟.

قلنا: هذا غلط، لأنه إن كانت الزيادة بعد حؤول[1] الحول فالواجب الأول لا يسري إليها، وإن كانت الزيادة قبل حؤول الحول فعندنا لا يضم النصاب بل يعتبر لها حول جديد من وقت الاستفادة فلم يتصور اشتغال الزيادة بالواجب ثم خلوها عن الواجب، واستقام ما قلنا إن الزيادة لها حكم نفسها إذا بلغت قدرًا يتعلق بها واجب آخر، فأما إذا لم تبلغ من قبل فلا.

وأمّا قولهم: «ينبغي أن ينتظر».

قلنا: لا معنى للانتظار، وقد وجدنا مال الزكاة وقد مَلَكه مَنْ هو من

(١) قال في اللسان في مادة (حول): «حال عليه الحول حولًا وحؤولًا: أتى».

أهل الزكاة.

وأما في الابتداء فلأنه لم تبلغ نصابًا والزكاة لا تجب فيما دون النصاب، وههنا قد بلغ نصابًا وقد زاد، وقد ذكرنا وجه تعلق الواجب بالكل.

وأما قولهم: «إذا هلكت الزيادة قبل التمكن من أداء الزكاة».

قلنا: قد قال بعض أصحابنا: إنه يسقط من الواجب بقدره وإن سلَّمنا أنه لا يسقط فلأن الزيادة جعلت وقاية لما هو الأصل فانصرف الهلاك إليها حكمًا، وصار النصاب بمنزلة القائم جميعه من غير أن يهلك منه شيء. وهذا مثل ما لو هَلَكَ بعض مال القِراض وقد ظهر فيه الربح فإنه ينصرف الهلاك إلى الربح، وجعل الربح وقاية لرأس المال، وصار رأس المال كأنه لم يهلك منه شيء كذلك ههنا. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة):

إذا هَلَكَ مال الزكاة بعد حؤول الحول ووجود التمكن من أدائها لم تسقط الزكاة عَمَنْ عليه بهلاكه عندنا[١].

وعندهم: تسقط[٢].

❉ لنا:

إن المال سبب الوجوب لأداء فعل الوجوب فإذا حصل الوجوب

(١) النكت: ورقة ٧٥/أ، المجموع ٥/٣٢٢، وهو قول المالكية والحنابلة. بداية المجتهد ١/٢٤٩، الإفصاح ١/٢١١.

(٢) الأسرار ١/١١٩ ـ أ (مراد ملا)، مختلف الرواية، ورقة ٤٧/أ، الهداية مع فتح القدير ٢/٢٠١، بدائع الصنائع ٢/٨٥٣.

واستقر فقد عمل السبب عمله، والسبب إذا تم عمله فبعد ذلك شرط وجوده لغوٌ لا معنى له كسائر الأسباب إذا تمت، وأقواها صَدَقة الفِطر فإنها لم تسقط عنه بهلاك المال لما بيَّنّا.

وهذا لأن الوجوب محله الذمة فإذا وجب الشيء فقد حصل في محله الذي له فاستغنى عن تعلقه بمحل آخر، لأن الذمم مستقلة بحمل الواجبات مستغنية في وجوبها عن ضم محل آخر إليها، بل لا يُتصوّر الوجوب إلا في الذمة فإن معنى الوجوب في الذِّمة تكليف المكلَّف فعلًا على صفة مخصوصة، فيقال: وجب عليه كذا. وكلف [٣٧/ب] كذا، ثم إنما يكون أداؤه بآلة:

فإما أن تكون الآلة هو البدن مثل العبادات البدنية، وإمّا المال مثل اللوازم المالية، فإن كان بدنيًا فلا التفات فيه إلى المال، وإن كان ماليًا فلا يتعيَّن له مال دون مال، لأن جميع الأموال في تصور الأداء به واحد فلا معنى لتعين محل واحد له، اللَّهم إلا أن يكون التعيين لمعنىً لغرض مطلوب يطلبه الشرع من توثقة مؤدية إلى اختصاص باستيفاء وخلاص من مزاحمة لولاها لم يحصل به ذلك مثل الرهن فتعيَّن له ذلك المال من وجه لا من وجه على ما عُرِف في كتاب الرهن. وإذا لم يتعيَّن له محل فهلاك مال بعينه لا يوجب سقوطه بل يؤمر بالتوصل إلى الأداء بمال آخر، فإن وجد ولم يفعل لم يعذره الشرع، فإن لم يجد عذره الشرع رحمةً وتخفيفًا لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[1].

فأمّا تعلق الوجوب بأعيان الأموال فلا مطمع لأحد في تحقيقه

---

(١) سورة البقرة، من الآية (٢٨٦).

وتصويره، ولئن قاله قائل فهو مجازف مباهت ولا كلام مع مثل هذا.

واستدل الأصحاب في أن الواجب لا يلاقي المال أنه لو أدَّى الزكاة من مال آخر يجوز ولو تعلَّق بالعين لم يجز، ولتعين هذا المال له على التحتم واللزوم، وما ذكرناه من القاعدة مستغنية عن هذا الحكم، وسنذكر كلامهم عليه.

وقد سلك كثير من مشايخنا[1] طريقة أخرى وهي:

أنه بالتأخير بعد التمكن آثم جانٍ متعدٍ فيضمن إذا هَلَكَ، كما لو مَنَعَه من الساعي ثم يهلك، والدليل على أنه جانٍ وجوب إخراج الزكاة على الفور[2]؛ لأنها وظائف موظفة على السنين لدفع حوائج تتجدد للفقراء على مرور الأوقات والأزمان عليهم فإطلاق التأخير ليؤديها مَنْ عليه متى اختاره لا يجوز؛ لأن الحوائج إذا تعجلت والوظائف إذا تأخرت بطلت الأغراض ويموت المحاويج، وما أوجب لسد الحاجة فلا يوجب على وجه لا ينسد به الحاجة.

يبيِّنه: أنه إذا جاز التأخير، والمنايا طوارق على الرجال، والنوائب على الأموال غوادى وروائح، وكل واحد منهم مسقط للزكاة لم يبق للوجوب أثر، فدلّ على أن الوجوب على الفور، وأنه جانٍ متعدٍ بالتأخير فيلحقه وَبَالَ جنايته ليبقى الحق عليه، وإن هَلَكَ محل أدائه ليؤديه من محل آخر، ويجعل المال في حقه كالقائم فيلزمه الغرامة، مثل ما لو استهلك المال، وهذه طريقة جيدة

(١) منهم الشيرازي في النكت: ورقة ٧٥/أ.
(٢) النكت: ورقة ٧٥/أ.

يمكن تمشيتها، غير أن الاعتماد على الطريقة الأولى، والتحقيق فيها، وسنذكر كلامهم على الطريقة الثانية، ووجه الجواب عنه.

وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: الواجب جزء من المال فإذا هَلَكَ المال فلم يبق محل ليجب جزء منه فسقط الواجب لفوات المحل[1].

وربما يقولون: حق تعلّق بعين المال فيسقط بهلاكه.

دليله: العبد الجاني إذا هَلَكَ[2]، والدليل على أن الواجب جزء من المال النصوص من الكتاب والسُنَّة مثل قوله تعالى[3]: ﴿فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ﴾[4]، ونظائر ذلك، وكذلك: (في خمس من الإبل شاة)[5]، (وفي أربعين من الغنم شاة)[6].

وكلمة «في» دليل على المحلية وأن الواجب جزء منه.

واستدل أبو زيد[7] على هذا الأصل بمسائل منها:

أنه لو باع المالك مال الزكاة لا يجوز، وأراد به مذهبنا.

---

(١) مختلف الرواية: ورقة ٤٦/ب، الأسرار ١/١١٩ ـ أ (مراد ملا).

(٢) الأسرار ١/١١٩ ـ ب (مراد ملا).

(٣) في المخطوط: وفي، وهو خطأ.

(٤) سورة المعارج، من الآية (٢٤).

(٥) رواه أبو داود في سننه ٢/٢٢٥ مع المعالم، في باب «زكاة السائمة»، وابن ماجه في سننه ٢/٥٧٣ في باب «صدقة الإبل».

(٦) رواه أبو داود في سننه ٢/٢٢٥ مع المعالم، في باب «زكاة السائمة».

(٧) ينظر: الأسرار ١/١١٩ ـ أ (مراد ملا).

قال: «ولو تصدَّق بجميع النصاب على فقير نفلًا سقطت عنه الزكاة، ولو لم يتعلق بالمحل لم يسقط، ولأن تقدير الواجب بالعُشر أو رُبع العُشر دليل على أن الواجب جزء منه».

قال: «والواجب عليه فعل في المحل بالإخراج، وشَبّه هذا بِمَنْ قال لغيره: ادفع وديعتي إلى فلان، فلم يدفع حتى هَلَكَ سقط الأمر منه، وكذلك المودع إذا قبل الحوالة ليقضى دَيْن المودع من الوديعة فهلكت الوديعة بطلت الحوالة»[1].

وأمثال هذا ليس له كلام معنوي يدل على هذا الأصل الذي يدَّعيه بعد زعمه تدقيق النظر وإكثار الرواية، وادَّعى بعضهم على صحة هذا الأصل من أصل الشافعي أن الزكاة عنده تمنع الزكاة، مع قوله: «إن الدَّيْن لا يمنع الزكاة»، وليس ذلك إلا لأن الواجب جزء من المال.

قالوا: وأما إذا أدّى الزكاة من موضع آخر إنما جاز لأصل ذكره في مسألة القيم.

وحرفهم في هذا أنه إنما جاز ذلك بطريق أن حق الله في إخراج جزء من المال المعيَّن، وحق الفقير في المال المطلق فملك أن يؤدى عين المستحق كأنه أدّاه برضا صاحب الحق وهو الله تعالى، ووجود رضاه بأمره يصرفه إلى الفقير الذي حقه في مال مطلق.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه جانٍ بالتأخير حتى هلك المال فقد قال

(١) ينظر: الأسرار ١/١١٩ ـ أ (مراد ملا).

بعضهم: لا جناية أصلًا.

وقال أبو زيد(١): لم يوجد منه من التعدي ما يصلح عِلَّة لضمان [٣٨/أ] العين لأنه لا جناية على نفس الحق، لأن وقت الأداء قائم، ولئن عُدّ جانبًا على نفس الحق يكون بالتفويت ولا تفويت، لأنه وإن أخَّر مدة طويلة ثم أدى يكون مؤديًا وهو مثل تأخير الصلاة عن أول الوقت إلى آخره.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه جانٍ على محل الحق، لأن الجناية عليه تكون بالإتلاف أو الغصب الذي عندنا حدَّه: إزالة اليد ولم يوجد، لأن العين قائمة ولا يد لأحد حتى تُزال وسُلّم الإثم إلا أنه قال: مجرد الإثم لا يدل على الضمان كالممسك وغيره.

قالوا: والأصح أنه وإن طالبه الساعي بإخراج الزكاة فامتنع حتى هلك لا ضمان(٢).

وأما إذا استهلك المال فقد جنى على محل الحق بالإتلاف فضمن وصار كالمولى إذا قتل العبد الجاني يضمن، بخلاف ما لو هلك بنفسه.

قالوا: وأما صَدَقة الفِطر فالواجب ليس بجزء من المال بل هو واجب في ذمته بسبب رقبته، ورقبته شخص يلي عليه على صفة مخصوصة.

وأما مِلْك المال عندنا إنما اعتبر ليصير غنيًا فيكون أهلًا لوجوب الصدقة عليه ونظير هلاك المال في الزكاة هلاك الرقبة في صَدَقة الفِطر.

---

(١) الأسرار: ورقة ٢١٣/ب (شهيد علي).
(٢) ينظر: المبسوط ١٧٥/٢، بدائع الصنائع ٨٥٥/٢، الأسرار: ورقة ٢١٣/ب (شهيد علي).

قالوا: وأما الحج فخارجٌ على ما قدَّمنا ؛ لأن الفوات يتحقق بتأخيره عن وقته فصار جانيًا عليه بالتأخير. وأما إدراكه في السنة الثانية فهو على التوهم على ما يذكرونه في كتاب الحج. وستأتي ـ إن شاء الله تعالى ـ هذه الطريقة إذا انتهيت إلى هذا الموضع.

وقد ذكروا في الأمالي طريقة أخرى:

وهو أن وجوب الزكاة كان بصفة فلا يبقى إلا على ذلك الوصف حتى لا يبقى غير ما وجب، والوصف المشار إليه وصف اليسر، وهذا لأن المكنة غير كافية ؛ لأنه يملك عشرة وعشرين توجد المكنة من إخراج خمسة دراهم لكن لا على سبيل اليُسر، فإذا بلغ نصابًا تيَّسر، وصفة اليُسر إنما تبقى ببقاء المال، فإذا هلك المال فات اليُسر، لأن صفة اليُسر بإخراجه من المال النامي ليكون النماء في مقابلة ما يخرجه فتيَّسر عليه فإذا هلك وألزمناه الأداء من كيسه كان غرامة وزال الوصف الذي ذكرناه.

قال: وليس كما لو كان عنده مائتا درهم وحال عليها الحَول وهلكت مائة حيث يبقى عليه درهمان ونصف، لأن إخراج هذا القَدْر من مائة درهم مثل إخراج خمسة من مائتين وكلاهما بوصف اليُسر إلا أن اعتبار ملك المائتين في الابتداء شرط ليصير أهل وجوب الصَدَقة عليه، ثم تلك الأهلية تعتبر عند الوجوب فإذا تحقق فحينئذ تسقط بقَدْر الهالك وتبقى بقَدْر الباقي، وتعلَّقوا بهلاك المال قبل التمكن من الأداء.

وقالوا: شرط التمكن لتجب الزكاة بعيد جدًا، ولو استهلك المال قبل التمكن من أدائها غرم الزكاة ولو لم تجب لم يغرم، كما لو استهلك قبل حؤول

الحول، ولأن التمكن لا يعتبر في الواجب إنما يعتبر تحقق السبب بدليل النائم والمغمى عليه في جميع وقت الصلاة تجب عليهما الصلاة ولا تمكن.

وقد قال مشايخهم: إن قَدْر الزكاة في يده أمانة لحصوله بغير فعله مثل الثوب هَبَّ به الريح وألقته في حجره، فإذا كان أمانة وهَلَكَ من غير فعله لا ضمان كما في الوديعة.

الجواب:

أما الطريقة الأولى فلم أعثر فيها إلا على مجرد الدعوى. ومسألة البيع ممنوعة، وعلى أحد القولين وإن أبطلنا البيع فهو كبيع المرهون فإن المال وثيقة به، ومسألة التصدق بجميع المال على أصلهم.

ومسألة منع الزكاة وجوب الزكاة في الحَول الثاني على أصولهم أيضًا.

وإيجاب العُشر في الزروع لتقدير الواجب بقَدْر معلوم لا لأن الواجب على ما زعموا، وقد طال تعجبي من هذه الدعوى العريضة التي بَنَى عليها مسائل كثيرة من غير أن يُحَكِّم هذا الأصل بمعنى وإن قَلَّ، وكيف يجوز أن يترك الأصل الذي يعرفه كل أهل العلم وهو أن الوجوب لا يُتصوّر إلا في الذِّمة بمثل هذه الأشياء؟.

وأما الكتاب والسُّنَّة اللذان وَرَدَا في كذا وكذا لتحقيق السُّنِّية وليس كما زعموا.

يبيِّنه: أنه قال ﷺ: (في خمس من الإبل شاة)[1]، والشاة لا تكون

(١) تقدم تخريجه في ص٢٥٨.

جزءًا من الإبل، ولهم على هذا حرف يذكرونه في مسألة القِيَم وسيرد.

وقولهم: «إن الواجب فعل الإخراج».

قلنا: فعل الإخراج أداء الواجب الذي استقر في الذمة مثل فعل الإخراج في سائر الواجبات.

وأما مسألة العبد الجاني، فنحن نقول: إن الرقبة للعبد بمنزلة الذِّمة للأحرار، ومعنى التعلق بالرقبة وجوب بيعه في الجناية.

وعلى أنَّ نقول: وإن هلك العبد الواجب باقي عليه في الآخرة غير أن السيد لا يؤاخذ بهذا الواجب، لأنه لا فعل منه، [٣٨/ب] يعني الجناية، والواجب واجب الفعل.

وأمّا ههنا فهذا واجب مبتدأ بسبب يكون في الذمة على ما سبق.

وأمّا الجواب عن هذه الطريقة على الطريقة الثانية فسهل، لأن نهاية ما في الباب أن يُسلَّم لهم ما ادَّعوه لكن هو متعد بالتأخير فيضمن كما لو منع الوديعة من المودع.

وقولهم: «لم توجد الجناية على نفس الحق».

قلنا: ليس معنى هذا إلّا أنه يكون مؤديًا متى أخرج الزكاة، ويبطل هذا بالمودع إذا منع الوديعة حتى هلكت ضمنها، ولو منع ثم أدَّى يكون مؤديًا على الحد الذي لو سلَّمها قبل المنع.

والحرف أن المضمن حظرية التأخير وإذا حَرُم التأخير وأخِّر وهو حق

الآدمي على ما سنبيِّن دخل في ضمانه، وعندي أن الاعتماد على الطريقة الأولى أولى؛ لأنها محض التحقيق، وخلاصة الفقه، والتضمين مجرد التأثيم فيه خطر عظيم.

وأمّا طريقتهم الثانية قولهم: «وجبت الزكاة بصفة اليُسر».

قلنا: بلى، الوجوب معلوم، فأمّا ضم هذا الوصف إليه فليس عليه دليل اللهم إلا أن يكون المراد به إيجاب قليل من كثير وغَيض من فَيض فهذا مسلَّم، وقد وفيّنا الواجب هذه الصفة حيث لم يوجب إلا على هذا الوجه.

وقولهم: «وجب أن يبقى على وصف ما وجب».

قلنا: هو ذلك الواجب لم يتغيَّر وبقاؤه بعد هلاك المال من قضية كونه في الذِّمة وكون المال آلة الأداء، وهذه الآلة وإن هلكت لم يعوز آلة أخرى. وهذا لأن بهلاك المال لا يصير وصفنا الواجب بكونه قليلًا من كثير فائتًا بل هو على ما كان.

الجواب على الطريقة الثانية ممكن أيضًا، لأنه وإن وجب على هذا الوصف لكن تعديه أدخله في ضمانه، كما لو استهلك المال.

وأما فصل هلاك المال قبل التمكن من الأداء فسقوط الزكاة إن سلَّمنا وجوبها كان لعدم استقرارها، ودليل عدم الاستقرار عجزه عن فعل الإخراج وسقوطه عنه مع تصوّره منه محسوسًا، بخلاف النائم والمغمى عليه وسقوط غير المستقر غير مستبعَد، لأنه يكون واجبًا من وجهٍ لا من وجهٍ، وهذا الحرف إذا أصابه الفقيه مشى الكلام فليتأمل فيه.

وأمّا قولهم: «إن قَدْر الزكاة أمانة».

قلنا: ليس كأمانة أموال الناس عند الناس، إنما معنى الأمانة أن الشرع جعل الإخراج إليه مثل الصلاة والصوم وغيره، وفوَّض إليه، وجُعِلَ أمينًا عليه، وهذا لا يمنع وجوب الضمان عند قيام الدليل عليه، وقد قام الدليل عليه على ما سبق، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة):

المستفَاد في خلال الحَوْل لا يُضَم إلى النصاب الذي عنده في الحَوْل، بل يستأنف له الحَوْل عندنا[١].

وعندهم: إذا كان من جنس النصاب يُضم إليه ويُزكَّى بحَوْله[٢].

✣ لنا:

ما رواه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه، عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: (مَنْ استفاد مالًا فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحَوْل)[٣].

---

(١) النكت: ورقة ٧٥/ب، المجموع ٣١٩/٥، حلية العلماء ٢٢/٣. وهو قول الحنابلة. الإفصاح ٢١٣/١.
وقال المالكية: «إذا استفاد ماشية بشراء أو ميراث أو غير لك وعنده نصاب من جنسها ضمها إلى ما عنده وزكّى الفائدة لحول النصاب الذي عنده». ينظر: الإشراف للبغدادي ١٦٤/١، بداية المجتهد ٢٧١/١.

(٢) رؤوس المسائل ص ٢٠٣، الهداية مع فتح القدير ١٩٥/٢.

(٣) رواه الترمذي في سننه ١٢٥/٣ مع العارضة في باب «ما جاء لا زكاة على المال المستفاد»، والدارقطني في سننه ٩٠/٢ في باب «وجوب الزكاة بالحَوْل»، والبيهقي في سننه الكبرى=




ورواه أيضًا عبد الوهاب الثقفي عن أيوب عن نافع، عن ابن عمر، عن النبي ﷺ[1]، ذكر هذين الخبرين أبو عيسى الترمذي في جامعه[2]، وروى عن ابن عمر نفسه أيضًا أن المستفَاد يُستأنف له الحَوْل[3].

قال: وهو قول مالك والشافعي وأحمد وإسحاق، ثم حَكَى الضم عن سفيان الثوري وأهل الكوفة[4].

فإن قالوا: راوي خبركم عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف[5] كثير الغلط، كذا ذكره أحمد وعليّ بن المديني[6].

قلنا: قد قوَّاهُ مَنْ روى عنه، وعلى أنَّا قد روينا بطريق آخر.

وأمّا الكلام من حيث القياس:

= ٤/١٠٤، في باب «لا يعد عليهم بما استفادوه من غير نتاجها حتى يحول عليه الحول».

(١) رواه الترمذي في سننه ٣/١٢٥ مع العارضة.
والدارقطني في سننه ٢/٩٢ في باب «وجوب الزكاة في الحَوْل».
والبيهقي في السنن الكبرى ٤/١٠٣ في باب «لا يعد عليهم بما استفادوه من غير نتاجها حتى يحول عليه الحَوْل».

(٢) ينظر: سنن الترمذي ٣/١٢٥ مع العارضة.

(٣) ينظر: سنن الترمذي ٣/١٢٥ مع العارضة، وقال: وهذا أصح من حديث عبد الرحمن بن زيد بن اسلم، ا. هـ.
ورواه البيهقي في السنن الكبرى ٤/١٠٣.

(٤) سنن الترمذي ٣/١٢٦ مع العارضة.

(٥) ينظر ترجمته في التقريب ص٣٠٣، الكامل لابن عدي ٤/٥٨١، تهذيب التهذيب ٦/١٧٨.

(٦) ذكر ذلك الترمذي في سننه، ينظر: سننه ٣/١٢٦ مع العارضة.
وذكر قولهما أيضًا ابن عدي في الكامل ٤/١٥٨١.

نقول: المستفاد مال مملوك أصلًا بنفسه لا على طريق التبع لغيره فيعتبر له حَوْل نفسه لوجوب الزكاة فيه.

دليله: إذا كان من غير جنس النصاب.

ودليل قولنا: «أنه ليس بتبع لما عنده من النصاب»، لأنه مملوك بسبب مثل السبب الذي مَلَكَ به النصاب فلم يصلح أن يكون تبعًا له، لأن مثل الشيء لا يكون تبعًا له بحال.

يدل عليه: أن تبع الشيء ما يكون قيامه به بوجه ما، وَمَنْ مَلَكَ خمسًا من الإبل ثم مَلَكَ خمسًا من الإبل فلا قيام للثاني بالأول بوجهٍ ما، فكيف يُتصوّر إثبات تبعية له؟ فدل أنه أصل بنفسه مثل الأول، والحَوْل شرط الزكاة فما لم يوجد لم يجب، ولم يوجد ففات الوجوب مثل ما إذا لم يوجد في النصاب الذي عنده، فإنه يفوت الوجوب كذلك ههنا.

والحرف الوجيز لنا: هو فوات الحَوْل في المستفاد حسًّا، وعدم قيام الدليل على كون الحَوْل المنعقد للأصل حَوْلًا له، لأنه لو كان هو التبعية، وقد ذكرنا أنه لا تبعية، وإذا ثبت فوات الحَوْل لم يجز إيجاب الزكاة بلا حَوْل.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: مستفاد من جنس النصاب في حَوْل لم يزك [٣٩/أ] أصله فيُضَم إليه ويُزكَّى بحَوْله.

دليله: الأولاد والأرباح.

وأمّا الفقه لهم: قالوا: أجمعنا على أن الضم في الحَوْل مشروع في الجملة بدليل الأولاد والأرباح، ولا بُدّ له من عِلَّة وأصح عِلَّة له الجنسية حكمًا وحقيقةً.

أمّا الحكم فلأن الأولاد والأرباح يُضَم إلى النصاب في حكم الحَوْل فليس هو بعِلَّة التفرع والتوَّلد، لأن التوَّلد إن كان عِلَّة فهذا عِلَّة إسراء الحكم من الأصل إلى الفرع، ولو كان يوجب إسراء حكم الحَوْل الذي هو شرط الوجوب لكان يوجب إسراء حقيقة الوجوب إذا حدثت الأولاد بعد حَوْل الحَوْل، وحين لا يكون عِلَّة الإسراء حقيقة الوجوب بعد الحول فلأن لا تكون عِلَّة إسراء شرط الوجوب أولى، ولأن الأولاد تأخذ محلية الزكاة بعد الانفصال وزالت التبعية بعد الانفصال بل صارت أصولًا مثل أصولها، ولأن الأولاد تغير حكم الأصل من الواجب فإنه ربما ينتقل الواجب من سِنّ إلى سِنّ بحدوث الأولاد والتولد توجب أخذ الأولاد حكم الأصول، فأما أن يوجب تغيير حكم الأصل فلا.

فدلَّ أنه لا يجوز أن يكون الضم معلولة بِعِلَّة التفرع والتولد، فدلّ أنه بعِلَّة الجنسية، وقد وُجِدت في مسألتنا فثبت الضم.

وأمّا من حيث الحقيقة فلأن الجنس إذا اتحد صار الجميع في حكم الشيء الواحد لاتفاق الكل في المعنى، وإذا صار الجميع كالشيء الواحد يجوز أن يجعل كأنه مَلَكَ الكل في وقت واحد فيكون بعضه مضمومًا إلى البعض ضرورة.

وقد قالوا: إن المستفاد تبع النصاب الذي عنده في الحكم، بدليل أن

المالك لنصابٍ واحدٍ لو أخرج زكاة أنصبة يجوز، لأنه عجّل بعد وجود السبب، وتعجيل الزكاة بعد وجود سببها يجوز فصار النصاب الذي عنده سببًا لمِلْكِ المستفاد فصح التعجيل بهذا الوجه؛ ولأن المستفاد زيادة على الأصل، والزيادة على أصل تبع الأصل، وهو في المعنى نظير شجرة تنمو وعبد يكبر وغير هذا من الأمثلة، وإذا صار له تبعًا له من هذا الوجه وجب الضم مثل ما يجب الضم في الأولاد والأرباح لما كانت أتباعًا لما عنده، فهذا معتمدهم وأحسن التمسك كلامهم بالأولاد على ما سبق تقريره.

وقد قال بعضهم: إن الحَوْل صار ساقط العبرة في المستفاد لأجل الحَرَج، وهذا لأن وجوه الفوائد كثيرة، وإذا كثرت وجوه الفوائد كثرت الفوائد، فيشق حفظ الحَوْل لكل فائدة، ويلحق المالك إذا أوجبناه عليه حَرَج شديد فسقط عنه بعِلَّة الحَرَج وهو مثل الأولاد والأرباح لا يعتبر حول جديد لكل ربحٍ ولكل ولدٍ، لأنه يكثر في العادة فتكليف المالك حفظ الحَوْل لكل فائدة يؤدي إلى حَرَج شديد فسقط لعِلَّة الحَرَج كذلك ههنا.

قالوا: وأمّا ثمن السائمة الزكاة، وصورته إذا كان عنده نصاب من السائمة، ونصاب من الدراهم فسبق مضى حَوْل السائمة وأدّى زكاتها ثم إنه باعها بنصاب من الدراهم أو دونه لا يضم إلى حول الدراهم التي عنده لأنَّا احترزنا عن هذا في العبارة بقولنا: «لم يُزَكَّ أصله».

وأما من حيث المعنى..

قالوا: الجنسية عِلَّة الضم على ما ذكرنا، وقد وُجِدَت في هذه المسألة إلا أنّا لم نضم لأنه قام دليل مانع من الضم وهو تحريم الثنى في الصدقة




والضم يؤدي إلى الثنى في الصدقة.

وقد قال النبي ﷺ: (لا ثَنَا في الصدقة)[1]، وإنما قلنا إنه يؤدي إلى الثِنَى؛ لأن الزكاة حق المال، والثمن بدلٌ من مُبْدَل قد أدى زكاته والمالية في البدل والمبدَّل واحد، ولهذا لا ينقطع حَوْل التجارة بالمبادلة فإذا أوجبنا الضم في هذه الصورة التي ذكرتم وزكيَّناه عند حَوْل النصاب الذي عنده بثِنَى الصدقة فلأجل هذا امتنع الضم، ويجوز أن يمتنع عمل العِلَّة بمانعٍ من العمل، هذا من جملة ذلك، وليس كما لو أدَّى صَدَقة الفِطر عن عبده ثم باعه حيث يضم ثمنه إلى النصاب الذي عنده، لأن صَدَقَة الفِطر ليس بحق المال، إنما هو حق الرقبة، بدليل وجوبها في رقبة الحر.

وإنما مِلْكُ المالِ شرطُ الوجوب فلم يؤدِ الضم إلى الثِنَى في الزكاة، وليس كما لو أدَّى عُشر الزرع ثم باع الزرع بدراهم حيث يضمها إلى ما عنده من النصاب، لأن العُشر ليس بحق الزرع، إنما هو حق الأرض النامية مثل الخراج على ما نذكر من بعد فلم يؤد الضم إلى الثِنَى في الصدقة بخلاف ما نحن فيه على ما سبق بيانه، وقد احتج بعضهم بفصل القدر.

وقالوا: المستفاد يُضَم إلى ما عنده في القدر فيُضَم إلى ما عنده في الحول، [٤٠/ب] بل الحَوْل أولى بالضم، لأن القدر أصلٌ والحول وصف، فإذا ضم المستفاد إلى ما عنده فيما هو الأصل فلأن يُضم في الوصف أولى.

وبيان الضم في القدر عدم اعتبار القدر في المستفاد لا تفسير له سوى

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٥/٢١٨ في باب «مَنْ قال لا تؤخذ الصدقة في السنة إلا مرة واحدة»، ومعنى قوله: «لا ثِنَى» أي: لا تؤخذ الزكاة مرتين في السنة، والثِنى بالكسر والقصر. ينظر: النهاية في غريب الحديث ١/٢٢٤.

هذا، وذلك إذا كان عنده مائتا درهم فمَلَكَ زيادة عليها لم يُعتبر النصاب فيها أصلًا.

أما عندكم يجب في الزيادة بحساب ما سبق قلَّ أو كثر.

وعندنا يجب إذا مَلَكَ أربعين درهمًا[(١)]، ولم يعتبر مِلْك المائتين، وكذلك مَنْ عنده ثلاثون من البقر، ثم مَلَكَ عشرة، وحال عليها الحَوْل يجب فيها رُبع مسنَّة.

وكذلك قلتم مَنْ كان عنده خمس وثلاثون من الإبل ثم[(٢)] مَلَكَ بعيرًا، وحال عليه الحَوْل يجب عليه جزء من ستة وثلاثين جزءًا من بنت لبون، وأمثال هذا يكثر، وأصل الإيجاب في هذه المواضع ليس إلا باعتبار الضم في القدر.

قال أبو زيد في آخر المسألة[(٣)]:

(ووجه آخر عن الاستدلال بالنص الحديث المشهور في باب الزكاة في حديث ابن عمر وعمرو بن حزم: (ليس في أقل من خمس من الإبل السائمة صدقة، فإذا كانت خمسًا ففيها شاة، ثم ليس في الزيادة شيء حتى يكون عشرًا، فإذا كانت عشرًا ففيها شاتان...) إلى آخره.

ونحن نعلم قطعًا أن الزيادة خمسًا على خمس لا يكون كما حال الحَوْل على الأصل، ولا تقع جملة فلما أوجب الشرع شاتين بوجود الحَوْل عُلِمَ أن

(١) الأسرار: ورقة ١٩٧/ب (شهيد علي).
(٢) زيادة يقتضيها النص.
(٣) ينظر: الأسرار: ورقة ١٨٩/أ (شهيد علي).

الضم واجب، وكذلك بنت مخاض بزيادة خمس بعد العشرين)[1].

❁ **الجواب:**

أما التحرير فليس في صورته دليل على الحكم؛ لأن الخلاف في مستفاد بهذه الصورة وقع فلابد من بيان المعنى.

وأما قولهم: «إن الجنسية عِلَّة الضم».

قلنا: التعليل بالجنسية فاسد، لأن الضم في الحَوْل إثبات تبعية المستفاد للنصاب الذي عنده، لأنه إذا لم يكن تبعًا لم يُتصوّر القول بالضم، لأنه لا يكون ضم المستفاد إلى النصاب أولى من ضمه إلى المستفاد، فدل أن القول بالضم مبني على إثبات التبعية، ولا دليل على التبعية، لأن المجانسة لا تدل على التبعية، ويجوز أن يوجد أصلان من جنسٍ واحدٍ، والدنيا ملأى من هذا.

وإنّما حدّ التبع ما ذكرنا، وهو أن يكون قيامه به بوجهٍ ما، ولا يوجد هذا في مسألتنا على ما سبق.

ويخرج فصل الأولاد على هذا، لأن قيامها كانت بالأمهات، والآن صار أصلًا بذواتها فيجوز أن يقال إنها أتباع، وكذلك الأرباح والذي ذكر من الكلام على عِلَّة التفرع فلا يسمع لا ادعينا[2] التبعية محسوسًا وَعَنَينا قبل الانفصال.

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ١٨٩/أ (شهيد علي).

(٢) كذا في المخطوط، ولعله: لإدعائنا.

وقولهم: «إنها صارت أصولًا».

قلنا: انفصلت على التبعية إلى أن صارت أصولًا بعد تمام الانفصال، وإنما لم يسر الوجوب بعد الحَوْل، لأن الوجوب يكون في الذِّمة، فكيف يسري معنى الذِّمة في الأولاد؟

وأمّا تغير حكم النصاب كان لأن الأولاد قد صارت أصولًا بعد الانفصال، والحرف أنها انفصلت حين انفصلت اتباعًا فسرى إليها حكم الحَوْل المنعقد على الأصول ولما صارت أصولًا بعد الانفصال جاز تغير حكمها على ما نص عليه الشارع، هذا تمشية مع جواب الأصحاب، وقد استدل الأصحاب على تصحيح عِلَّة التفرع بمسألة نصَّوا عليها في الجامع الكبير، وهي أنه إذا كان عنده نصابان مختلفان في الحَوْل من جنس واحد فاستفاد مالًا يُضَم إلى أقربهما إلى الحَوْل، ولو كان من ربح أحدهما أو نتاجه يُضم إلى أصله، وإن كان أبعدهما من الحَوْل بعِلَّة التفرع، ولهم على هذا عذر ذكرتُه في التعليق، والجواب سهل.

ويمكن أن يُجاب بجواب أولى من هذا، وهو أن اعتبار الحَوْل في الأولاد سقط بالحَرَج، لأن الأولاد يكثر حصولها، وتتفاوت أوقاتها، وأزمانها تفاوتًا فاحشًا، وإذا أوجبنا اعتبار حَوْل كل ولد يحصل من زمان الحصول، وكذا كل ربح يحصل من زمان التجارة، وزمان الحصول مع كثرة البياعات واشتغال التجار بها في جميع أوقاتهم، وكثرة الأولاد لكثر السوائم أدى إلى حَرَج في نهاية العِظَم فسقط لاعتبار هذا الحَرَج.

وهذا لا يوجد في الفوائد من وجوه الإرث والهبات والشراء وغير ذلكٍ،

لأنه لا يكثر، واستفاد صاحب السائمة زيادة على السائمة بهذه الوجوه يندر، ويقل فلا يؤدي إلى الحَرَج، وإن ادَّعوا وجود الحَرَج على ما ذكروا يكون مجرد دعوى زيادة بلا برهان، وهذا الجواب أولى من الأول، وعليه الاعتماد.

وأما سائر ما قالوه في إثبات التبعية فليس بشيء، ومسألة التعجيل على أصولهم، وقولهم: «إن الزيادة على أصل يكون وصفًا له ويكون كشجرة تطول، وصغير يكبر»، فَهَوَسٌ، وَمَنْ مَلَكَ خمسًا [٤٠/أ] من الإبل ثم بعد شهرين يملك خمسًا من الإبل، كيف تكون الخمسة الثانية وصفًا للخمسة الأولى؟

وأما قولهم: «إن الكل في المعنى واحد».

قلنا: ولا يجوز أن يكون الغرض والمطلوب من شيئين معنىً واحدًا ولا يكون أحدهما تبعًا للآخر، أليس في المرأتين والعبدين، والجاريتين والدابتين يتفق الغرض في كل شيئين من هذه الأشياء، ومع ذلك لا يكون أحدهما تبعًا للآخر؟.

وأمّا تعلقهم بضم القدر فهو مندفع بجدال جيد قريب المأخذ سهل المتناول، وذلك لأن الواجب في الصورة التي قالوها يبتني على قدر المستفاد حتى وجب فيه بقدره، ولم يجب بقدر الأصل، فكذلك الواجب في مسألتنا وجب أن يبتنى على حَوْل المستفاد حتى يجب فيه بحوله ولا يجب بحَوْل الأصل.

يبيِّنه: أن القدر الذي عنده لم يجعل كأن المستفاد مشتمل عليه بالحَوْل

المنعقد على ما عنده وجب أن يجعل كأنه حائل على المستفاد.

ثم الجواب معنىً:

إن المال قد كثر بالمستفاد فإذا كثر قدرًا يكثر الواجب، ثم يكون الواجب في الأصل بقدره، وفي الزيادة بقدرها.

فإن قالوا: «لِمَ لا يُعتبر وجود قدر كأصل في المستفاد يعني النصاب؟».

قلنا: أمّا في الدراهم والدنانير سقط بالنص، فإن النبي ﷺ قال: (وفيما زاد فبحسابه)[1].

وأمّا السوائم فلأن النصاب المعهود اعتبر في السوائم ليصير غنيًا بالغنى الشرعي، ويصير محلًا لوجوب الزكاة عليه، ثم توجب الزكاة عليه إذا كمل نصاب بالزيادة مثل الصورتين اللتين قالوهما في أمثال ذلك.

لأن إخلاءهما عن الواجب لا يمكن وقد كمل بها نصابٌ شرعًا غير أنَّا أوجبنا بقدرها، ولم يثبت الضم الذي ظنوه، ولم يوجب في الزيادة إذا لم يكمل بها النصاب، لأنها في الشرع وقص، والوقص حقيقة ما خلا من الوجوب الزائدة، فهذا وجهُ الجواب معنىً.

وقد أعيا كثيرًا من الفحول فليتمسك به وليقارع عليه، وقد أورد بعضهم على الضم قدرًا فصل الجمعة، ولست أرى الاعتماد عليها لوجوه ذكرتُها في التعليق، وأما الخبر الذي تعلّقوا به فالخبر صحيح.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه ٢/٩٢.

ووجه تعلقهم به في هذه المسألة ضعيف، لأن الخبر وارد لبيان مقادير الواجبات في مقادر النُصُب على الإطلاق من غير تعرض لمحال التفاصيل، فإذا جاءت التفاصيل فيُطلب الدليل من موضع آخر وقد ذكرنا. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

صغار الغنم تجب فيها الزكاة عندنا(١).

وعندهم: لا تجب(٢).

وقول أبي يوسف مثل قولنا(٣).

❖ لنا:

إن الزكاة على التوقيف ولم يرد التوقيف فيها إلا بذكر عدد من جنس مخصوص مثل خمس من الإبل، وأربعين من الغنم، وثلاثين من البقر، ثم وَرَدَ بناء الواجب عليه، واسم الجنس يشتمل على الصغار والكبار والعدد المسمى يؤخذ في الكل فوجب إثبات الواجب على كل حال.

---

(١) حلية العلماء ٣/٢٤، المهذب ١/٢٠٣.
وبه قال أحمد ومالك. المغني ٤/٤٦ ـ ٤٨، الإشراف للبغدادي ١/١٦١.

(٢) الأسرار: ورقة ١٨٤/ب (شهيد علي)، مختصر الطحاوي ص ٤٥.
وقال زفر: تجب فيها الزكاة. بدائع الصنائع ٢/٨٧٣.

(٣) وبه أخذ الطحاوي. الأسرار: ورقة ١٨٤/ب (شهيد علي).
مختصر الطحاوي ص٤٥، بدائع الصنائع ٢/٧٨٣.

يبيِّنه: أن السنّ صفة مثل صفة المرض والصحة والهزال والسِّمن، ثم رأينا أن هذه الصفات غير معتبرة، بل إذا وُجِدَ العدد المذكور من الجنس المذكور وجبت الزكاة على أيّ صفة كان الجنس، كذلك صفة السن تلحق بسائر الصفات، ولا ينظر إلى أيّ سن كان الجنس الموجود.

وقد استدل الأصحاب بالكبار والصغار والمختلط بعضها ببعض فإنه تجب فيها الزكاة بالإجماع، وقالوا: كل نوعين يجب الزكاة فيهما عند اختلاط أحدهما بالآخر يجب في كل واحد منهما على الانفراد وتمام العدد منه.

دليله: الضاينة والمعز(١) والجواميس والبقر(٢).

❁ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: نقصان السن نقص يمنع وجوب السّن المنصوص عليه فيمنع وجوب الزكاة أصلًا.

دليله: نقصان العدد.

يبيّنه: أن الفرض تارة يتغير بالسّن وتارة يتغير بالعدد بدليل فرائض الإبل والبقر لما كان النقصان من حيث العدد مانعًا من وجوب الزكاة في الجملة فيكون النقصان من حيث السن كذلك أيضًا.

---

(١) أي: فتضم الضأن إلى المعز، ذكر ابن المنذر الإجماع على ذلك.
ينظر: كتاب الإجماع ص ٤٧، وذكره أيضًا ابن قدامة في المغني ٤/٥٠.

(٢) أي: فتضم الجواميس إلى البقر، لأنها نوع من أنواع البقر.
ذكر الإجماع على ذلك ابن قدامة في المغني ٤/٣٤، ٣٥، المحلى ٥/٤١٦.

ومعتمدهم: هو أن الزكاة على التوقيف وقد وَرَدَ التوقيف بوجوبه على ترتيب مخصوص، ومعنى هذا أن في الإبل يبتدئون بالغنم ثم تجب بنت مخاض، ثم يتنقل من بنت المخاض إلى بنت اللبون ثم إلى الحِقَّة ثم إلى الجذعة على ما عُرِف.

وأمّا البقر فيجب التبيع(١)، ثم المسنة(٢)، ثم تستقر الأوقاص على عدد معلوم، والواجب على...(٣) سن معلوم ففي كل موضع أمكن الإيجاب على هذا الوجه أوجبنا وإلا لم نوجب أصلًا، لأن الأصل عدم الوجوب.

يدل عليه: أن عندكم(٤) يجب في خمس وعشرين من الفصلان فصيل ثم بعد [٤٠/ب] ذلك لا يجب حتى يبلغ العدد ستًا وثلاثين، فيجب حينئذ فصيلان، ثم بعد ذلك إلى مائة وإحدى وعشرين فتجب ثلاث من الفصلان.

فنقول: الشرع وَرَدَ بزيادة واجب على واجب إذا وجد زيادة نصاب على نصاب ونعني بذلك وجوب بنت لبون وحِقَّة وجذعة عند وجود ستة وثلاثين، وستة وأربعين، وإحدى وستين، ففي الفصلان زيادة النصاب لا عمل لها في زيادة الواجب حتى إنه يجب في ستة وثلاثين من الفصلان مثل ما يجب في خمس وعشرين، وكذلك في ستة وأربعين وإحدى وستين، فنقول: كل ما لا

---

(١) **التبيع**: الذي له سنة، ودخل في الثانية. ينظر: المغني ٣٢/٤.

(٢) المسنة التي لها سنتان، وهي الثنية. ينظر: المغني ٣٣/٤.

(٣) في المخطوط بياض.

(٤) أي: عند الشافعية. ينظر: المجموع ٣٧٢/٥، قال النووي: «فيأخذ من ست وثلاثين فصيلًا فوق الفصيل المأخوذ في خمس وعشرين، وفي ستة وأربعين فصيلًا فوق المأخوذ في ستة وثلاثين، وعلى هذا القياس» اهـ.
احترازًا من التسوية بين القليل والكثير.

تعمل زيادة النصاب فيه في زيادة الواجب لا يعمل النصاب فيه في أصل الواجب، وإن شئت استدللت عكسًا فقلت: لو كان أصل النصاب يؤثر في أصل الواجب لكان زيادة النصاب يؤثر في زيادة الواجب كالكبار، وعلى العكس منه كل جنس لا زكاة فيه.

وقالوا: وخرج على ما قلنا المرضى والهُزَّال، وخرج أيضًا إذا اجتمع الصغار مع الكبار فإن في هذه الصورة إنما يجب في الكبار على الترتيب الوارد من غير تغيير بخلاف مسألتنا.

۞ الجواب:

إن قولهم: «هذا النقصان يمنع وجوب السّن المنصوص عليه»، فقد منع بعضهم على الإطلاق هذا، وقال: يجب في الصغار ما يجب في الكبار، وهو قول زفر من أصحابهم وهو القول الأول لأبي حنيفة رحمة الله عليه، وإن كان قد رجع عنه[1].

ثم وإن سلَّمنا أنه لا يجب في الصغار ما يجب في الكبار فنقول: إنما كان كذلك لأنَّا إن أوجبنا ما أوجبنا في الكبار أدَّى إلى ضرر عظيم بأرباب الأموال وإجحاف بهم، والشرع وَرَدَ بإيجاب الزكاة على نظرٍ يشتمل من الجانبين فلا يجوز تركه في أحد الجانبين، والحمل عليه بالكلية فعلى هذا نقول: وُجِدَ سبب الوجوب بوجود العدد من الجنس المخصوص فلا يمكن الإسقاط لما بيّنا من الدليل.

وحرفنا فيه: وهو أن الشرع ذكر العدد والجنس ولم يتعرض للوصف

(١) الأسرار: ورقة ١٨٤/ب (شهيد علي)، مختصر الطحاوي ص ٤٥، بدائع الصنائع ٢/٨٧٣.

فالتعرض له في أصل الإيجاب اعتراض على الشرع، ثم قام دليل آخر وهو منع الشرع من الإجحاف بأرباب الأموال بدليل أنه أمر بالوسط، ونهى عن أخذ كرائم أموال الناس فقام الدليل على أصل الوجوب فقلنا به واعتقدناه، وقام الدليل على المنع من الإجحاف بأرباب الأموال فلم يمكننا أن نوجب الأسنان المنصوص عليها فأوجبنا فيها من جنسها فعملنا بالدليل في الطرفين، فعملنا بالدليل القائم على أصل الوجوب، وعملنا بالدليل المانع من الإيجاب على وجه يضر بأرباب الأموال، والعمل بالدليل بقدر الممكن واجب، فعلى هذا نوجب في السخال سخلة ولا نغير هناك في الفرض إلا بالعدد فلم تغير إلا بالعدد.

وأمّا في الإبل والبقر فيعتبر قدر الإمكان فنوجب في خمس وعشرين من الفصلان فصيلًا تقرب قيمته من بنت مخاض، وفي ستة وثلاثين فصيلًا يقرب قيمته من بنت لبون، وكذلك في ستة وثلاثين، وفي ستة وأربعين أو يعتبر أربعًا متقاربًا في القيمة للفصلان التي نوجبها في هذه المواضع(١).

وعلى أنَّا إن قلنا إنه يجب شيء واحد في خمس وعشرين، وست وثلاثين وست وأربعين وإحدى وستين على معنى أنه يجب في الكل فصيل فصيل، فلأنه لا يمكن إيجاب غير ذلك، ولو أمكن لفعلنا.

وأمّا إخلاء المال من أصل الواجب مع كونه على الوصف الذي بيَّناه فمحال، فهذا هو الجواب عن معتمدهم، وهو جواب حسن جيد خارج على المذاهب فليعتمد عليه.

---

(١) ينظر: المجموع ٥/٣٧٢.

وأمّا تعلقهم بنقصان العدد، فليس بشيء؛ لأنه دخل الجواب عنه فيما قلناه، ويمكن التعلق في الجواب الذي ذكرناه عن معتمدهم بالمرضى والهرمى، فإنه يجب واحد منهما، ولا يجب الوسط المعهود؛ لأن في إيجاب الوسط المعهود إجحافًا وإضرارًا برب المال، فأوجب الواحد من النصاب، وإن لم يكن وسطًا بل كان من رِذَال المال، وكان المعنى أن الكل رِذَال فلم يمكن إخلاؤه من الواجب مع وجود النصاب المعروف، ولم يمكن إيجاب الوسط المعهود لتضمنه الإجحاف برب المال، فعملنا بالدليل بقدر الممكن، وهو العمل بأصل الإيجاب والرضا بالواحد من الموجود، كذلك ههنا. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الخلطة الصحيحة بشرائطها مؤثرة في الزكاة عندنا[١].

وبيان التأثير أن الخليطين يُصدِّقان ماليهما صدقة المال الواحد للمالك الواحد، وإن كان نصب كل واحد من الخليطين ناقصًا عن النصاب، وذلك بعد أن صحت الخلطة واتصل بها شرائطها....[٢] المعهودة في الشرع على

---

(١) المهذب ٢٠٤/١، المجموع ٣٨٤/٥، الأم ١١/٢، ١٢، النكت: ورقة ٧/أ.
وهو قول الحنابلة والمالكية، المغني ٥١/٤، الإفصاح ٢٠٤/١، الإشراف للبغدادي ١٧١/١، الموطأ مع شرحه المنتقى ١٣٦/٢.
ولكن اختلف مالك وأحمد والشافعي في مقدار الخُلطة:
فقال مالك: لا تأثير للخلطة إلّا إذا كان لكل واحد من الخليطين نصاب.
وقال أحمد والشافعي: الخلطة تؤثر إذا كان لهما أربعون شاة فاختلطا فعليها الزكاة.
(٢) بياض في المخطوطة، ولعلها تكون «المؤثرة».

ما عُرِف في المذهب.

وعنده: لا تأثير للخُلطة أصلًا[1]، وحكم كل واحد من الخليطين عند الاختلاط مثل حكمه عند الانفراد بلا فرقان، حتى لو كان [٤١/أ] مِلْكُ كل واحد منهما قاصرًا عن النصاب لم يجب شيء أصلًا، وإن كان مِلْكُ أحدهما قاصرًا والآخر كاملًا يعتبر حالهما بحاليهما عند الانفراد فيعمل على ذلك.

❁ لنا:

حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: (لا يُفرَّق بين مجتمع ولا يُجمع بين متفرِّق مخافة الصدقة، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية)[2].

والاستدلال: أن الاجتماع والتفرق حقيقة في المكان، مجاز في غيره، يقال: جمع كذا وكذا إذا قارب بينهما مكانًا، وفرَّق بين كذا وكذا إذا باعد

---

(١) المبسوط ١٥٣/٢، بدائع الصنائع ٨٦٨/٢، الأسرار: ورقة ٢٢٨/أ (شهيد علي)، رؤوس المسائل ص٢٠٦.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٣١٤/٣، ٣١٥ مع الفتح، في باب «لا يُجمع بين متفرق ولا يُفرَّق بين مجتمع»، وباب «ما كان من خليطين فإنهما يتراجعا بينهم بالسوية».
والنسائي في سننه ٢١/٥ في باب «زكاة الغنم» عن أنس بن مالك.
وأبو داود في سننه ٢٢٢/٢ مع المعالم في باب «زكاة السائمة».
وابن خزيمة في صحيحه ٢٦/٤ في باب «الزجر عن الجمع بين المتفرق...».
والحاكم في المستدرك ٣٩٢/١، ٣٩٣ في كتاب «الزكاة».
وأحمد في المسند ١١/١، ١٢.
وابن ماجة في سننه ٥٧٦/١، ٥٧٧ في باب «ما يأخذ المصدق من الإبل» عن ابن عمر وليس فيه لفظة: «وما كان من...».

بينهما مكانًا.

وإذا ثبت أنه حقيقة في المكان فقد نهى ﷺ عن التفريق بين المجتمع في المكان مخافة الصدقة، وذلك لا يكون إلا على أصلنا حيث نقول: إن المجتمع في المكان تجب فيه الزكاة، وإذا تفرَّق سقطت فيكون النهي منصرفًا إلى المالكين مخافة أخذ الساعي على الصدقة[١].

وأمّا قوله: «لا يُجمع بين متفرِّق» فهو محمول على المتفرَّق عنه في المكان أيضًا، وقد ورد النهي عن جمعه فيكون النهي عن جمعه منصرفًا إلى الساعي[٢]، وكذا نقول: إذا كان متفرِّقًا في المكان لا يجمع ليأخذ[٣]، ويجوز أن يكون قوله: «لا يُفرَّق بين مجتمع» منصرفًا إلى الساعي أيضًا[٤]، وذلك في ثمانين من الغنم بين رجلين في مكان واحد لا يفرِّق ليأخذ من كل واحد شاة ثم قال ﷺ: (وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية).

وهذا أيضًا دليل على تأثير الخُلطة أخذًا على معنى أن للساعي أن يأخذ الواجب من المال الذي بين الخليطين، ويجعل الجميع بمنزلة الواحد ثم يثبت بينهما التراجع على ما يوجبه أصل مِلْك كل واحد منهما، هذا بيان تأثير الخلطة أخذًا والأول دلَّ على تأثير الخُلطة وجوبًا وسقوطًا.

(١) قال الخطابي في معالم السنن نقلًا عن الشافعي في معنى هذا الحديث: «والخطاب في هذا خطاب للمصدق ولرب المال معًا، وقال: الخشية خشيتان: خشية الساعي أن تقل الصدقة، وخشية رب المال أن تكثر الصدقة فأمر كل واحد منهما أن لا يحدث في المال شيئاً من الجمع والتفريق خشية الصدقة» ا. هـ.

(٢) معالم السنن ٢/١٢٣ نقلًا عن الشافعي.

(٣) ينظر: المغني ٤/٦٣.

(٤) ينظر: المغني ٤/٦٣.




وقد روى الأصحاب في آخر الخبر زيادة وهو أنهم رووا أن النبي ﷺ قال: «والخليطان ما اجتمعا في الحوض والفحل والمرعى»[(١)].

ولئن ثبت هذا فهو لبيان شرائط الخُلطة، وعندكم الخلطة وشرائطها ساقط لغو، وليس لهم للخبر تأويل متضحٌ يستقيم على أصولهم غير أن بعض أصحابهم قال: المراد من التفريق والاجتماع هو في الملك لا في المكان.

وقالوا: وعندنا المجتمع في المكان لا يفرّق، والمتفرِّق في المِلْك لا يجمع وليس هذا التأويل بشيء لأنه ترك الحقيقة على ما سبق.

ولأن تفريق المجتمع ملكًا، وجمع المتفرق ملكًا من الساعي وصاحب الزكاة لا يُتصوّر، اللهم إلا بالبيع أو الشراء، وهذا لا ينهى عنه المالك ولا يُتصوّر من الساعي.

فإن قالوا: لا يُفرَّق مكانًا بين المجتمع ملكًا ولا يجمع مكانًا بين المتفرِّق مِلْكًا فقد عادوا إلى ما ذكرناه من التفرق والاجتماع في المكان، وإذا حمل عليه بعض الخبر لابد أن يُحمل عليه جميع الخبر فصار التعلق بالخبر في هذه المسألة في نهاية الوضوح.

وإن ذكروا خبرًا من المنع من إيجاب الزكاة فيما دون النصاب فهو محمول على حال الانفراد، وبه نقول.

وإنما الكلام في حكم الخُلطة وقد وَرَدَ فيه لفظ خاص من صاحب الشرع يدل على تأثيرها على ما سبق.

(١) رواه الدارقطني في سننه ٢/١٠٤ عن سعد بن أبي وقاص.

وأما الكلام من حيث المعنى:

فالكلام فيه عسر جدًا، والذي يمكن أن يُعتَمد عليه هو أن السائمة بين الخليطين سائمة واحدة وقد بلغت عدد النصاب، والمالكان من أهل الوجوب عليهما فصارت كما لو كانت لمالكٍ واحدٍ.

وإنما قلنا: «إن السائمة واحدة»؛ لأن السائمة إنما صارت سائمة بمعاني من المراح والمرعى والمسرح والبئر والفحل والراعي وغير ذلك، فإذا اجتمعت هذه المعاني صارت السائمة مجتمعة وجعلت كسائمةٍ واحدةٍ لمالكٍ واحدٍ.

يدل عليه: أن الشرع لم يعتبر إلا بلوغ السائمة عددًا معلومًا فإذا وُجِدَ ذلك العدد، ووُجِدَ وصف السوم فقد تم السبب فلم يُنظر إلى اتحاد المِلْك أو تعدده.

يبيِّنه: أن القياس الكلي أن الواجب إذا تعلَّق بعدد يتعلق أبعاض ذلك الواجب بأبعاض ذلك العدد، ونعني بهذا أنه إذا وجب في أربعين شاة واحدة منها يتعلق بعشرين نصف شاة إلا أن الشرع لم يوجب عند التفرد بملك نصف النصاب نظرًا لأرباب الأموال، فإن السائمة إذا قلّ عددها كثرت مؤنتها وقَلّ رفقها فيكون في إيجاب الزكاة فيها إضرارٌ وإجحاف برب المال فسقط الواجب بنوع نظرٍ، فإذا بلغ العدد المسمى في النصاب، وإن كان لجماعة واتفقت الخُلطة بشرائطها خفَّت المؤنة خفَّة بيِّنة وكثر الرفق فزال المعنى الذي كنا نعتبره في إسقاط الواجب فقلنا بالوجوب ورجعنا إلى الأصل الكلي الذي قدَّمناه، ولم ننظر إلى اتحاد المالك أو تعدده، لأنه ليس في اتحاده أو في

تعدده معنى يؤثر [٤١/ب] في الوجوب أو السقوط فهذا المعنى الذي قلناه نهاية ما يمكن التعلق به من حيث المعنى، وهو وجه حسن يمكن تمشيته فلتعتمد عليه.

❁ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: مِلْكُ كل واحد منهما قاصر عن النصاب فلا تجب عليه الزكاة.

دليله: إذا كان منفردًا، وهذا لأن كمال النصاب جزء ابتداء الوجوب فلا يُتصوّر وجوب قبل مِلْكه نصابًا كاملًا.

يبيِّنه: أنه لو وجب الزكاة قبل تمام مِلْك النصاب سقط اعتبار النصاب، وحين اتفقنا على اعتبار النصاب دلَّنا ذلك أن المِلْكَ قبل تمامه بمنزلة العدم.

قالوا: وأما قولكم: «إن المؤنة قد خفَّت بالخلطة».

قال: «خفة المؤونة بناء على وجود النصاب أولًا فما لم يوجد النصاب لا تعتبر خفة المؤنة، فإن الواجب بالشرع عُرف، والشرع اعتبر عدد النصاب ووصف السوم فما لم يوجد كل واحد منهما لا يوجد الوجوب.

وحرفهم أنهم يقولون: نحن لا ننكر أن الخُلطة تفيد خفة المؤنة من وجه لكن زيادة خفة المؤنة بالخلطة كأصل خفة المؤنة بالسوم، ثم أصل خفة المؤنة لا تعتبر إلا في نصابٍ كامل، كذلك زيادة خفة المؤنة لا تعتبر إلا في نصابٍ كامل.

وقالوا أيضًا: إنكم جعلتم خفة المؤنة سببًا لنقصان الواجب فإنكم قلتم:

لو مَلَكَ رجلان ثمانين من الغنم وحصلت بينهما خُلطة تجب عليهما شاة واحدة، ولو لم تكن هذه الخُلطة لوجبت على كل واحد منهما شاة كاملة.

قالوا: وأمّا ما تعلق مشايخكم من جواز أخذ الساعي حقه من عُرض الغنم وإن كان قد وجب على أحدهما ولم يجب على الآخر.

وذلك في صورة ستين من الغنم بين رجلين لأحدهما أربعون وللآخر عشرون، وإنّما جوّزنا ذلك، لأن الساعي يلحقه الحَرَج في طلب القسمة بينهما ثم بناء الأخذ عليه فلأجل دفع الحَرَج أطلقنا له الأخذ من عُرض الغنم، ثم ثبت بينهما التراجع عند قسمة المأخوذ على النصبين.

وربما يقولون: أطلقنا الأخذ لأجل النص وهو قوله ﷺ: (وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بالسوية)[1].

وهذا مطلق للأخذ مثبت للتراجع.

وأمّا أبو زيد[2] فقد قال في هذه المسألة: «إن كل واحد منهما فقير فلا تجب عليه الزكاة، والدليل على الفقر حِلّ الصدقة، وزعم أن الفقير لا يكون محل وجوب زكاة بحال، والغني لا يكون محل حِلّ الزكاة له بحال، وهذه طريقة يأتي شرحها في مسألة زكاة المديون».

۞ الجواب:

أمّا قولهم: «إن ملك كل واحد منهما قاصر عن النصاب».

---

(١) سبق تخريجه في ص٣٩٦.

(٢) ينظر: الأسرار: ورقة ٢٠٥/ب (شهيد علي).




قلنا: وَلِمَ قلتَ لا تجب الزكاة إذا كان مِلْكُ كل واحد منهما قاصرًا عن النصاب، فإن تعلق بحال الانفراد فقد ذكرنا أن سقوط الزكاة في حالة الانفراد كان على جهة النظر لرب المال، ولدفع الضرر عنه، وهذا المعنى معدوم في حال الاختلاط، وإن تعلق بالمعنى وقال: لما كان مِلْكُ كل واحد منهما قاصرًا عن النصاب فهو فقير فلا تجب عليه الزكاة، فهذه طريقة يأتي الجواب عنها في مسألة المديون، وعلى الفور تبطل بابن السبيل فإنه فقير بدليل حِلّ الصدقة له ومع ذلك تجب عليه الصدقة، ثم نقول: مِلْكُ كل واحد من الشريكين وإن كان قاصرًا عن النصاب لكن النصاب في نفسه كامل، والسائمة واحدة، والعبرة بوجود نصاب كامل من السائمة سواء أكان لواحد أو لاثنين.

يبيِّنه: أنه لما كانت السائمة واحدة بإجماع شرائط الخُلطة واتحادها وجب الإعراض عن اتحاد المالك وتعدده لمعنيين:

أما أحدهما: فلأن الشرع لم يعتبر إلا وجود السائمة بعددٍ معلومٍ وقد وُجِدَ فما وراء ذلك فهو ساقط العبرة.

وأمّا الثاني: فلأنه ليس في تعدد المالك معنى يمنع الوجوب سوى النظر له، وحين صارت السائمة واحدة، واتحدت شرائط الخُلطة، وخفة المؤنة على ما سبق وجب النظر لجانب الفقراء، ومن النظر لهذا الجانب هو الإعراض عن افتراق المالكين لاعتبار اتحاد السائمة وجعلها كأنها لمالكٍ واحدٍ.

وقولهم: «إن خفة المؤنة بعد وجود نصاب كامل في نفسه».

قلنا: قد ذكرنا أن اعتبار نصاب كامل عند الانفراد كان لمعنًى لا يوجد

ذلك المعنى عند الخلطة.

وقولهم: «إن أصل خفة المؤنة بالسوم لم يُعتبر إلا في نصاب كامل».

قلنا: قد كثرت المؤنة في تلك الصورة لاحتياج كل واحد إلى مسرحٍ ومراحٍ وبئرٍ وراعٍ وغير ذلك على الانفراد، وهذه الأشياء لا بد فيها من تحمل مؤن بخلاف حال الخُلطة فإنه يوجد الاكتفاء بواحدٍ من هذه الأشياء فتخف المؤنة».

وقولهم: «إن عندكم خفة المؤنة عملت في الإسقاط لا في الإيجاب».

قلنا: قد صارت السائمة واحدة، وجعل كأنها لمالكٍ واحد، ثم إذا ثبت هذا فحينئذٍ يكون حكمها ما يكون [٤٢/أ] حكمها حال الانفراد فيجب في موضع الوجوب ويسقط في موضع السقوط، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

تجب الزكاة في مال الصبيان والمجانين عندنا[١].

وعندهم: لا تجب[٢].

(١) الأم ٢/٢٣، المجموع ٥/٢٨٢، ٢٨٣، المهذب ١/١٩٢، النكت: ورقة ٧٧/أ، حلية العلماء ٣/٨، وهو قول الحنابلة والمالكية.
المغني ٤/٦٩، الإشراف للبغدادي، ١/١٦٨، المنتقى للباجي ٢/١١٠.

(٢) الحجة ١/٤٥٧، الأسرار: ورقة ١١٨/أ (مراد ملا)، رؤوس المسائل ص٢٠٨، مختصر القدوري مع الجوهرة ١/١٤٧، المبسوط ٢/١٦٢، مختصر الطحاوي ص٤٥، مختلف الرواية: ورقة ٤٦/ب.

❁ **لنا:**

إن الزكاة حق الفقير يجب بسبب مِلْك المال، ومِلْك الصبي والمجنون مثل مِلْك البالغ فتجب عليه، كما تجب على البالغ.

يبيِّنه: أن السبب إذا تحقق للواجب، وكانت الذمة محتملة لوجوبه لم يمتنع الوجوب بحال فقد تحقق في مسألتنا، وهو مِلْكُ المال على ما سبق.

وذمة الصبي محتملة للوجوب بدليل الغرامات والنفقة، وسائر مؤن المال تجب عليه كما تجب على البالغ، فأشبه الصبيُّ البالغَ في هذا الباب، ولم يقع بينهما الفرق بوجهٍ ما، فإذا وجب على أحدهما وجب على الآخر.

والدليل على أن الزكاة حق الفقراء قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ﴾(١)، ولا كلمة أبلغ من هذا في إثبات حق الفقراء، وهو مثل قول القائل: «ثلث مالي بعد موتي للفقراء».

وقال الله تعالى: ﴿فِيٓ أَمۡوَٰلِهِمۡ حَقّٞ مَّعۡلُومٞ ٢٤ لِّلسَّآئِلِ وَٱلۡمَحۡرُومِ﴾(٢).

ولأن الواجب هو التمليك، والحق في التمليكات لِمَنْ يقع له الملك.

دليله: سائر التمليكات.

يبيِّنه: أن التمليك من الله تعالى لا يُتصوّر، لأن الأشياء لله تعالى قبل التمليك وبعد التمليك على وجهٍ واحد، وأيضًا فإن التمليك هو نقل المِلْك الذي للعبد في شيءٍ إلى غيره، والمِلْكُ الذي يكون للعبد لا يكون لله تعالى

---

(١) سورة التوبة، من الآية (٦٠).

(٢) سورة المعارج، آيتان: (٢٤، ٢٥).

بحال والذي لله تعالى من الملك في الأشياء لا يكون العبد من أهله بحال، وقد وجب التمليك في مسألتنا، وهو نقل المِلْك الذي للعبد، فإذا لم يُتصوّر أن يكون من الله تعالى علمنا قطعًا أنه حق العباد وهم الفقراء.

يدل عليه: أن الأملاك ثابتة للعباد لنفع العباد، والنفع للفقراء في الصدقات فيكون الحق لهم، والله تعالى يجلّ عن الانتفاع بشيء أو التضرر بشيء، فإذا وجب المال الذي يُطلب به النفع كان حقًا لِمَنْ له النفع، فهذه كلمات في نهاية الوضوح، وتبيَّن أن الزكاة حق الفقراء فصارت مؤنة مالية وجبت بملك المال ومؤن المال يتبع وجوبها المال كسائر المؤن، وأحسن ما يتعلق به العُشر وصَدَقة الفطر، فإنهما لما كانا من المؤن المالية تبعًا المال، فسواء وُجِد ذلك للبالغ أو للصبي أو المجنون اتصل به الوجوب، كذلك ههنا.

وقد تعلق الأصحاب[1] بالعُشر وصَدَقة الفِطر ابتداءً، وقاسوا الزكاة عليهما بطرديات ذكروها، ووجه التعلق بهما بطريق التحقيق هو ما قدَّمنا.

❁ **وأمّا حُجَّتهم:**

قالوا: عبادة محضة فلا تجب على الصبي والمجنون.

دليله: الصلاة والصوم والحج، وهذا لأن الصبي ليس من أهل وجوب العبادات عليه، والشيء لا يجب إلا على أهله، والدليل على أنه ليس بأهل لوجوب العبادة عليه، أن العبادة ابتلاء من الله تعالى لعبده ليظهر مَنْ يطيعه

(١) منهم: الشيرازي في نكته: ورقة ٧٧/أ، ب.




ممن يعصيه، ولا يتصوّر ابتلاء العبد إلا في فعل العبد، فأمّا الذي لا فعل للعبد فيه فلا يُتصوّر ابتلاؤه به، لأن الابتلاء اختبار وامتحان، والإنسان يُمتحن بما فعله، ولا يُمتحن بما يفعله غيره.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: ابتلاء الصبي بالعبادة لا يجوز، لأنه إن ابتلى بفعله ففعله غير مُعتبَر، وإن ابتُلِيَ بفعل الولي فلا يجوز أن يُبتلى الإنسان بفعل غيره، اللهم إلّا أن يكون ذلك الغير يفعله بأمره فيقوم فعله مقام فعله لأمره إياه، فأمّا إذا كان فعله الغير عليه قهرًا وجبرًا فلا يُتصوّر ابتلاؤه وامتحانه بذلك.

قالوا: وعلى هذا خرج البالغ إذا أَمَرَ غيره بأداء الزكاة عنه، لأنه إن كان يؤدي عنه بأمره تحقق معنى الابتلاء والامتحان، وقد حَدَّ بعضهم العبادة فقال: هو فعل يفعله العبد على وجه التعظيم لمعبوده باختياره وإرادته ويشتمل الأجر به على ابتلائه وامتحانه، ثم استدلّوا على أن الزكاة عبادة محضة بقوله ﷺ: «بني الإسلام على خمس...»[1]، وذكر فيه (الزكاة).

وبالحديث الثاني: وهو سؤال جبريل صلوات الله عليه النبي ﷺ: (ما الإسلام؟ فقال: أن تشهد أنْ لا إله إلا الله، وتقيم الصلاة وتؤدي الزكاة...)[2] الخبر.

وإذا كان الإسلام عبادة محضة كان ما يبتني عليه عبادة محضة)[3].

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ١/١٧٦ مع النووي، في باب «أركان الإسلام».
(٢) رواه البخاري في صحيحه مع الفتح ١/٤٩.
(٣) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ١١٦/ب (مراد ملا).

وقال أيضًا لما فسّر الإسلام بالأوامر التي اشتملت على الزكاة وغيرها فالمفسر والمفسر به يكون كله عبادة.

يبيِّنه: أنه لما كانت هذه الأشياء تفسيرُ الإسلام، أو ما بُنِيَ عليه الإسلام يكون مشروعًا لما شرع له الإسلام، وإنما شرع ليكون حقًّا لله تعالى على الخلوص، كذلك هذه الأشياء تكون كذلك.

قالوا: ولأن النعمة نعمتان: نعمة بدنية، ونعمة مالية، والشكر لله تعالى فيهما واجب فوجبت الصلاة لتكون شكرًا لنعمة البدن، ووجبت الزكاة لتكون شكر نعمة المال، وشكر المنعم حق المنعم فإذا كان أحدهما لله تعالى بوصف العبادة فكذلك الآخر، وأيضًا فإنه يتحقق معنى الابتلاء في كل واحد منهما.

أما الابتلاء في الصلاة والصوم بتعب البدن، والابتلاء في الزكاة بنقصان المال، وكل واحد منهما بخلاف هوى النفس فحينئذ يظهر مَنْ يطيع ربه مِمَنْ يعصيه.

قالوا: وإنما افتراق الصلاة والزكاة بجواز أحدهما بالنائب وعدم جواز الآخر، فإنما كان كذلك، لأن الابتلاء في الصلاة والصوم لا يكون بفعل غيره، لأنه يتعب البدن ولا يتعب بدنه ببدن غيره.

وأمّا الابتلاء في الزكاة يوجد بفعل غيره، لأنه بنقصان المال ونقصان المال بفعله وفعل غيره واحد إلا أنه مع هذا لابد من فعلٍ منه حتى لو أدّى زكاته غيره بغير أمره لا يجوز بخلاف الديون والغرامات، وإذا لم يكن بُدّ من فعل تحقق معنى العبادة فيه.

وقولكم: «إن الواجب حق الفقراء».

لا يصح، لأن الفقر لا يكون عِلَّة في استحقاق حق على الغير إنما النعمة من قِبَلِ الله تعالى تكون سببًا في إيجاب الشكر على العبد، ولأنه لو كانت الزكاة حق الفقراء لكانت حقًا خالصًا لهم ولم يكن فيه معنى العبادة أصلًا.

وقد سلَّمتم أن فيها معنى العبادة حتى لا يجوز أداؤها إلا بأمر من قِبَلِه ليوجد معنى العبادة بوجود فعله.

وقولهم: «إن الواجب هو التمليك، والتمليك حق المتملك».

قال: (الواجب هو الإخراج إلى الله تعالى وهو يتولى قبض الزكاة بدليل قوله تعالى: ﴿هُوَ يَقْبَلُ ٱلتَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِۦ وَيَأْخُذُ ٱلصَّدَقَٰتِ﴾[1].

وقال تعالى: ﴿مَّن ذَا ٱلَّذِى يُقْرِضُ ٱللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَٰعِفَهُۥ لَهُۥ[2]﴾[3] والقرض حق المستقرض واقع في قبضه وملكه وملك المستقرض.

وقال عليه السلام: (إن الصدقة تقع في يد الله قبل أن تقع في يد الفقير)[4].

فثبت بهذه الدلائل أن الزكاة حق الله تعالى وهو القابض لها بواسطة

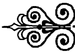
---

(١) سورة التوبة، من الآية (١٠٤).

(٢) سورة البقرة، من الآية (٢٤٥).

(٣) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ١٦٦/ب (مراد ملا).

(٤) قال المنذري في الترغيب والترهيب: «روى عن ابن عباس وعزاه للطبراني». الترغيب والترهيب ٢/٥.
ورواه أبو نعيم في الحلية ٤/٨١، وقال: «غريب من حديث وهب بن منبه لم نكتبه إلّا من حديث علاثة عن ثور» ا. هـ.




يد الفقير فكأن الفقير يأخذ لله تعالى ثم يقبض منه لنفسه صلةً أو عوضًا عن الرزق الموعود، ونظيره ما لو قال: «اقض بوديعتي التي لي عندك ما عليّ لفلان من الدَّيْن» فإنه يصير صاحب الدَّيْن قابضًا له أولًا ثم يصير قابضًا منه لنفسه، وكذلك لو قال: «اقض بما لي عليك من الدَّيْن ما لفلان عليّ من الدَّيْن».

قالوا: وقولكم: «إن التمليك من الله لا يُتصور».

قلنا: يُتصوّر، فإن إخراج المِلْك إلى الله تعالى متصوّر بدليل الوقف والعتق.

وأمّا فصل النفع التي قلتم، فنحن حققنا نفع العبد بالوجه الذي قلنا إلا أنه بواسطة قام الدليل على إثباتها.

قالوا: «وأمّا صَدَقة الفِطر والعُشر».

أمّا الصَدَقة الفِطر فعندنا لا تجب على الصبي إنّما تجب على الولي بسببه[1] وهو مما يجب على الغير بسبب الغير.

أمّا ههنا لو وجبت الزكاة وجبت على الصبي، لأنها لا تجب على الغير بسبب الغير، ولأن الوجوب بسبب المِلْك، والمِلْكُ للصبي فيكون الوجوب على الصبي، وصَدَقة الفِطر تجب إذا كان يمون رأسًا عن ولاية وقد وُجِدَ هذا المعنى في حق الابن الصغير، كما يوجد في حق السيد مع العبد.

فإن قلتم: إن صَدَقة الفِطر تجب على الصبي بدليل أنه يخرج عن ماله.

---

(١) الأسرار: ورقة ٢٢٧/أ (شهيد علي)، بدائع الصنائع ٩٦١/٢، المبسوط ١٠٤/٣.

قلنا: يخرج من مال نفسه[1] على قول محمد وزفر[2]، ولا يخرج من مال الصبي بحال، ولو أخرج ضمن[3]، وهو القياس، وإن سلَّمنا استحسانًا[4]، فإنما أخرج من ماله، لأنه وجب بسببه.

وقد قال بعضهم:

إن صَدَقَة الفِطر ليست بعبادة محضة[5]، لأنها تشبه النفقات بدليل وجوبها على الغير بسبب الغير فتجب على الصبي لا على وجه العبادة بل على أنها مؤنة ويصير معنى العبادة تبعًا ووجود تبعية في معنى العبادة لا يمنع وجوبها على الصبي، لأنه في الجملة من أهل العبادة بخلاف الكافر، إلّا أنها لما وجبت على جهة المؤنة وصار معنى العبادة تبعًا جاز أن يؤدي بولاية تثبت جبرًا لا باختيار مَنْ عليه.

وأمّا الزكاة عبادة محضة على ما سبق فلم يمكن إيجابها على الصبي لتتأدى عنه بولايةٍ لا على وجه الاختيار.

وأمّا العشر فليس أيضًا عبادة محضة بل مؤنة الأرض مثل الخراج على ما سيأتي من بعد هذا إلا أن الخراج ليس فيه معنى العبادة، وأما العُشر ففيه معنى العبادة فافترقا حتى يجب الخراج على الكافر ولا يجب العُشر إلا على

---

(١) الضمير هنا يعود إلى الولي.
(٢) بدائع الصنائع ٩٦١/٢، المبسوط ١٠٤/٣.
(٣) المرجع السابق.
(٤) وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. ينظر: المبسوط ١٠٤/٣.
(٥) ينظر: بدائع الصنائع ٩٦١/٢، المبسوط ١٠٤/٣.
وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف.

المسلم، وإذا وجب على أنه مؤنة الأرض فيجب على الصبي كما تجب سائر المؤن.

قالوا: ولهذا أوجبنا العُشر والخراج في أرض المكاتب والأراضي الموقوفة(١).

وهذا لأن الأراضي لا تكون محفوظة على ملّاكها إلا بحفظ الإمام وحمايته فكأن الله تعالى جعلها للعبادة كمؤنة أوجبها عليهم للمقاتلة تارة، وللفقراء تارة لتصير محفوظة بالإمام على صاحبها وتُسلَّم له منافعها ولم يمكن إيجابها على طريق التعبد المحض ابتلاءً واختبارا، وأما سائر الأموال فمحفوظة بأيدي أربابها، [٤٢/ب] فلا يحتاج إلى مؤنة يلتزمها ليحفظها الإمام عليه، فكان إيجاب الزكاة محض تعبد على وصف الابتلاء كما سبق بيانه، فلم يستقم إيجابها على الصبي على ما ذكرنا.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «الزكاة عبادة محضة».

يقال لهم أولًا بطريق الجدل: لِمَ لا يجوز إيجاب العبادة المحضة على الصبي؟ فإن تمسكوا بالصوم والصلاة فسنجيب عنه، وإن تعلَّقوا بقولهم: «إن العبادة لا تحقق من الإنسان إلا بفعل يوجد منه».

قلنا: نعم، ولكن يجوز أن يُقام فعل غيره مقام فعله فيها ويجعل كأنه الفاعل لها، ألا ترى أنه لو أمر البالغ غيره بأداء الزكاة جاز وقام فعل النائب

(١) ينظر: المبسوط: ٣/٤.

مقام فعله، وليس لهم على هذا إلا قولهم إن الاستنابة هناك كان باختيار من العبد، وههنا الاستنابة لم تكن باختيار من العبد.

لذلك نقول: العبادة في فعل الشيء لا في الأمر به، ولكن قام فعل النائب مقام فعله فتحقق معنى العبادة، كذلك ههنا يقوم فعل الولي مقام فعل الصبي فيتحقق معنى العبادة، وهذا لأن المقصود من الأمر في كل موضع نفس وجود المأمور به، والمأمور به إخراج مال عن مال مَنْ عليه فإذا أطلقنا إخراج الزكاة من ماله سواء أكان بأمره أو بأمر الشرع أفاد الأمر، وإذا أفاد الأمر صح ونفذ، وأمّا الابتلاء لحكمة الأمر وصحة الأمر لا يكون به بل بإمكان المأمور فحسب، فإذا أمكن المأمور صح الأمر، فهذا جواب من حيث المجادلة في نهاية الحُسن.

وأمّا الجواب من حيث الفقه بالمنع على ما سبق:

وحقيقته: أن الزكاة حق الفقراء، ومعنى العبادة تبع مثل العُشر وصَدَقة الفِطر على ما سلَّموا، وإنما جعلنا الزكاة حق الفقراء وأثبتنا فيها معنى العبادة بحسب قيام الدليل، لأن الدليل قد قام بكونها حقًا للفقراء على ما سبق، وقام الدليل أيضًا بثبوت معنى العبادة فيها؛ لأنها لما وجبت ابتداءً، وقد اشتملت على شكر نعمة المال وفعلها لطلب التقرب إلى الله تعالى وتحصيل رضاه كانت قُربة، والعبادات قُرَب فتضمنت معنى العبادة من هذا الوجه ونظيره العُشر.

وأمّا دلائلهم على أنها عبادة محضة:

أمّا الخبران الأولان فنقول: هذه الأشياء مباني الإسلام اعتقاد وجوب،

وكذلك هي الإسلام باعتقاد الوجوب إلّا أن تخصص هذه الأشياء كانت تشريفًا لها، لأنها وجبت ابتداءً من قِبَل الله تعالى من غير فعل سبق من العبد، وليس في جملة الأوامر من البدنية والمالية ما وجب ابتداءً من قِبَلِ الله تعالى على العبد إلّا هذه الأشياء، وهي مثل الإسلام وجب ابتداءً من قِبَلِ الله تعالى على العبد ثم كون بعضها عبادة محضة أو حقًا للآدمي يكون بدليل يقوم عليه.

وأما قولهم: «إن الزكاة شكر نعمة المال».

قلنا: وكونه للفقراء لا ينفي شكر نعمة المال، لأن شكر نعمة العبد لربه في امتثال أمره، وذلك يوجد سواء أكان الحق لله أو للفقير، وعلى أنَّا جعلنا فيها معنى العبادة بهذا السبب على ما سبق.

وأمّا الصلاة والصوم لم تكن عبادة؛ لأنّها شكر نعمة بل بدليل آخر: وهو أن الصلاة محض تقرب إلى الله تعالى بالتخشع والتذلل، ومحض تعظيم له، ومثل هذا لا يستحقه سوى الله تعالى بل لا يجوز لغيره بحال.

أما في مسألتنا فالزكاة محض تمليك، وقد بيَّنا أنه لا يصلح أن يكون حقًا لله تعالى على الخلوص.

يبيِّنه: أن الصلاة لما كانت عبادة محضة لله تعالى لم يُتصوَّر أن يكون جنسها ومثلها للعبد، وفي مسألتنا قد تصوّر جنس الزكاة حقًا للعبد بدليل العشر وصَدَقة الفِطر، دلّ على انقطاع المشابهة.

وكذلك الحج خارج على هذا.

وقد أجاب المشايخ عن الصلاة والصوم بالتفريق بالبدلية والمالية.

وقالوا: بدن الصبي ناقص، ويكمل بالبلوغ وماله كامل من غير نقصان، ولهذا أثَّر السفر الذي يُشعر بالمشقة بدنًا في الصلاة والصوم ولم يؤثر في المال، وهذا أحسن، إلّا أنه على تسليم أن الزكاة عبادة محضة، فأمّا على الطريقة التي اخترناها بالتخريج بما قلنا، والحج قد خرج أيضًا على ما ذكرناه، وعلى طريقة المشايخ هو عبادة بدنية ويؤدي بالبدن وإنما انقلب في حق المعضوب[1] إلى المال لعارضٍ عجزٍ فلا يُعتبر ذلك مثل ما لا يُعتبر انتقال الصوم إلى المال بعارض العجز، ولأَنَّه يُؤدَّى بدنًا بكل حال، فإن النائب يؤديه بالبدن، لكنه استوجب عليه المال، وأمّا الزكاة تؤدَّى بالمال فانقطعت الشَّبهية بكل وجه، والمعتمد ما سبق.

وأمّا قولهم: «لا سبب ليجب الحق للفقراء».

قلنا: وجب ابتداءً من قِبَل الله تعالى لا يُطلب له سبب مؤثر، وعلى أن المواصلة دينًا سبب لهذه الصلة، والمواصلات تصلح سببًا لإيجاب الصلات.

وأمّا ما ذكروا من الاعتراض على قولنا: «إن التمليك من [٤٣/ب] الفقير من أن الزكاة مخرجها إلى الله تعالى ثم إلى الفقير».

فنقول: هذا إثبات ترتيب لا يدل عليه نص ولا معنى، بل النص والمعنى دليلان على أنها حق العباد ابتداءً على ما ذكرناه، وما ذكر من الكتاب والخبر، فالمراد من ذلك تحقيق القبول من الله تعالى، فأمّا أن تملك من الله تعالى ثم الفقير يملكه من قِبَلِ الله تعالى بالرزق الموعود، فهذا شيء لا يُعرف.

(١) المعضوب: هو الرجل الزمِن الذي لا حَرَاك به. المصباح المنير، مادة (عضب).

وأمّا قولهم: «إنه إخراج إلى الله تعالى».

قلنا: ليس الواجب إلّا التمليك ولا يُعرف للإخراج معنىً سوى هذا، وقد بيّنا أن التمليك لا يُتصوّر إلا من العبد، وعلى أن الرزق الموعود الذي قالوه يوجد إيصاله إلى العباد بإيجاب الحق للفقراء ابتداءً فلا حاجة إلى أن يُجعل لله، ثم يُجعل للعبد على الوجه الذي قالوه.

وأمّا العُشر وصَدَقة الفِطر ففي نهاية اللزوم، والعذر في نهاية الضعف، وقد جُعِلا عبادة في اعتبار فعل العبد حتى لو أدَّى الأجنبي عن الأجنبي ذلك لا يجوز إلّا بأمره، ومع ذلك قد تأدّيا بولاية تثبت قهرًا وجبرًا على الصبي والمجنون، فهذا حرف الإلزام ولا كلام لهم على هذا. وعلى إنّا حققنا في جانب الزكاة ما حققوه في جانب العشر وصدقة الفطر، وهو كونه حق الفقراء وإدراج معنى العبادة تبعًا فاستوى الكل، وصارت في رتبة واحدة على ما سبق. والله أعلم.

وأمّا الكلام في المسألة من حيث الخبر:

فقد روى الوليد[١] بن مسلم عن المثنى[٢] بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ خطب الناس وقال: (ألا مَنْ ولي

---

(١) الوليد بن مسلم القرشي مولاهم أبو العباس الدمشقي، ثقة، لكنه كثير التدليس والتسوية، من الثامنة، مات آخر سنة أربع وأول سنة خمس وتسعين، (١٩٤هـ)، روى له الجماعة. التقريب ص٣٧١.

(٢) المثنى بن الصباح اليماني الأبناوي أبو عبد الله ـ أو أبو يحيى ـ نزيل مكة، ضعيف اختلط بآخره، وكان عابدًا، من كبار السابعة، مات سنة ١٤٩هـ. روى له الترمذي وأبو داود وابن ماجه. ينظر: التقريب ص٣٢٨.

يتيمًا وله مال فليتجر فيه، ولا يتركه حتى تأكله الصَدَقة)[١].

وذكره أبو عيسى في جامعه[٢] قال:

(عمرو بن شعيب هو ابن[٣] محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، وقد سمع شعيب عن جده عبدالله بن عمرو قال: «وقد تكلَّم يحيى بن سعيد القطان في حديث عمرو بن شعيب، وقال: هو واهٍ، وإنما ضعَّفه؛ لأنّه كان يروي عن صحيفة جده عبد الله بن عمرو، وأمّا سائر أئمة الحديث فإنهم يحتجون بحديثه ويثبتونه منهم أحمد بن حنبل»[٤]، ويحيى بن معين، وعليّ بن المديني، وغيرهم.

قالوا: روى وجوب الزكاة في مال اليتيم عن عمر وعليّ وعائشة وابن عمر، وهو قول مالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق[٥]، والله أعلم بالصواب.

---

(١) رواه الترمذي في سننه ٣/١٣٦ مع عارضة الأحوذي في باب «ما جاء في زكاة مال اليتيم».
ومالك في الموطأ ٢/١١٠ مع المنتقى.
والبيهقي في سننه ٤/١٠٧، في باب «مَن تجب عليه الصدقة».
ورواه عن يوسف بن ماهك عن النبي ﷺ مرسلًا وإسناده صحيح.
ورواه أيضًا بإسناد صحيح عن عمر بن الخطاب موقوفًا عليه.
ينظر: السنن ٤/١٠٧، المجموع ٥/٢٨١.
ورواه الدارقطني أيضًا في سننه ٢/١١٠.
واستدل بهذا الحديث الشيرازي في نكته: ورقة ٧٧/أ، والبغدادي في إشرافه: ١/١٦٨.

(٢) أي الترمذي. ينظر: سننه ٣/١٣٧ مع العارضة.

(٣) زيادة من سنن الترمذي يقتضيها السياق.

(٤) ما بين القوسين نقلًا من سنن الترمذي، ينظر: الحاشية السابقة.

(٥) ذكر ذلك الترمذي في سننه ٣/١٣٦ مع العارضة.
وذكر هؤلاء وغيرهم ممن يقولون بوجوب الزكاة في مال الصبي: النووي في المجموع=

※ (مَسْأَلَة):

الدَّيْن لا يمنع وجوب الزكاة على الأصح من قولي الشافعي رضي الله عنه[(١)].

وعندهم: يمنع[(٢)].

❖ **لنا:**

إن الزكاة حق مالي فلا يمنع الدَّيْن من وجوبه.

دليله: سائر الحقوق، وكالعُشر إن سلّموا.

وفقه المسألة:

أن سبب وجوب الزكاة مال بصفة لمالك مخصوص وقد وُجِدَ بعد وجود الدَّيْن حسب وجوده قبل وجود الدَّيْن، ونعني بالمال بصفة هو النصاب النامي، إما بالسّوم أو بالتجارة، ونعني بالمالك المخصوص هو الحر المسلم وهذا قبل وجوب الدَّيْن وبعد وجوبه واحد لا يختلف، وهذا لأن الدَّيْن وجب

= ٥/٢٨٣، وابن قدامة في المغني ٤/٦٩، والباجي في المنتقى ٢/١١٠.

(١) المهذب ١/١٩٤، المجموع ٥/٢٩٧، روضة الطالبين ٢/١٩٧.
قال النووي في الروضة: «وهو أظهرها وهو المذهب والمنصوص في أكثر الكتب الجديدة».
وقال المالكية: «الدَّيْن يمنع الزكاة من العين ولا يمنعها من الماشية وهو قول للإمام أحمد».
قوانين الأحكام ص١١٦، الإشراف للبغدادي: ١/١٨١، المغني ٤/٢٦٣.

(٢) الأسرار: ورقة ١٩٠/ب (شهيد علي)، مختصر الطحاوي ص٥٠، مختصر القدوري مع الجوهرة ١/١٤٧، رؤوس المسائل ص ٢١٧، المبسوط: ٢/١٨٤، البدائع ٢/٨١٧.
وهو القول القديم للشافعي.
ينظر: المهذب ١/١٩٤، روضة الطالبين ٢/١٩٧، المجموع ٥/٢٩٧.
وهو قول للحنابلة. المغني ٤/٢٦٣.

في الذِّمة ولا اتصال له بالمال إلا عند قضائه وأدائه فقبل أن يتصل به فعل القضاء يكون المال وصفة المِلْك فيه على ما كان من قبل وهو كالشقص المشفوع، فإن المِلْك فيه للمشتري قبل اتصال أخذ الشفيع به على ما كان من قَبْلُ للبائع، وكذلك في القصاص فإن عصمة دم مَنْ عليه القِصاص قبل اتصال الاستيفاء به يكون على ما كان من قبل وجوب القَوْد.

يبيِّنه: أن الوجوب في الذِّمة ولا تضايق ولا تمانع في الذِّمة فيجوز أن تجب فيها الحقوق الكثيرة وتجتمع فيها من غير تزاحم وتضايق، فإذا جاز أن تجتمع الديون للناس والزكوات لله تعالى، وكذلك حقوق الله تعالى من الكفَّارات وغيرها والديون، جاز أن تجتمع أيضًا الزكوات والديون، لأنه لا تزاحم في المحل ولا تنافي في الأهلية فاستوى الكل في الوجوب.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: «المديون فقير فلا تجب عليه الزكاة كسائر الفقراء».

والدليل على أنه فقير أنه تحل له الصدقة مع تمكنه من ماله وحِلّ الصَدَقة دليل الفقر بدليل قوله ﷺ: (لا تحل الصدقة لغني ولا لقوي ولا مكتسب)[1].

ولقول معاذ حين صار إلى اليمن: «أُمِرتُ أن آخذ الصدقات من أغنيائكم وأردها في فقرائكم»[2].

---

(١) رواه النسائي في سننه ٥/٧٥ في باب «مسألة القوي المكتسب».
وأحمد في المسند ٤/٢٢٤، ٥/٣٦٢.
ولفظه: «لا تحل لغني ولا لقوي مكتسب» ا. هـ. قال ابن حجر في بلوغ المرام: وقواه أحمد: ص ١٢٩. أهـ. ورواه أبو داود في سننه ٣/٢٨٥ رقم ١٦٣٣.
(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ. =

ولأن عِلَّة استحقاق الصَدَقة هو الفقر بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾(١)، هذا هو أصل العِلَّة، وسائر الأسباب المذكورة لبيان جهات الفقر وأسباب الحاجة.

فثبت أن حِلّ الصدقة دليل الفقر.

يبيِّنه: أن ماله بمنزلة المعدوم لاستحقاقه بالدَّيْن، ألا ترى أنه يُحبَس ويُطالب لاستحقاق الغرماء لذلك، وعندكم يُباع ماله ويُقضَى منه دَيْنه ويُحكم بإفلاسه وإذا مات يموت بمنزلة الفقراء [٤٤/أ] المعدمين لا تقسم ورثته درهمًا ولا دونه، فدلّ أنه فقير حقيقةً وحكمًا، والفقير لا زكاة عليه، لأنه لا يليق بحكمة الشرع أن يلزمه إغناء الغير بإحواج نفسه، ولأن نفسه أهم إليه من غيره فإذا كان هو نفسه تُصرف إليه الزكاة فكيف تجب عليه الزكاة؟ وترك ما في يده عليه أولى من أخذه ورد مال غيره إليه.

وربما يقولون بوجه آخر:

وهو أن مال المديون مشغول بحاجته فلا تجب عليه فيه الزكاة.

دليله: عبيد الخدمة وثيات المهنة، ونعني بالحاجة حاجة قضاء الدَّيْن بل حاجة قضاء الدَّيْن أهم من حاجة اللبس والركوب، لأن تلك الحاجة يجوز التجاوز عنها وتزحية الوقت بما يدفعه، وهذه الحاجة لا يجوز التجاوز عنها

= ولكن حديث معاذ مروي في الصحيحين وفي السنن ولفظه: «فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة في أموالهم تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم...» أهـ.
ينظر: صحيح البخاري ٢٦١/٣ مع الفتح في باب «وجوب الزكاة».

(١) سورة التوبة، من الآية (٦٠).

بحال بل يجب تقديمها ويحرم التغاضي عنها، فإن قلتم: «إن إعداد ماله للسّوم والتجارة دليل عدم الحاجة».

فنقول: اشتغال ذمته بالدَّيْن دليل الحاجة فتعارض ظاهران، والأصل عدم الوجوب فلم يجب.

قالوا: ولا يلزم على الطريق الأول مسألة ابن السبيل والعامل حيث يحل لهما الصَدَقة وتجب عليهما الزكاة.

أمّا ابن السبيل فهو فقير يدًا غني مِلْكًا، فصار كشخصين غني وفقير، فتجب عليه الزكاة لغناه بملكه، وتحل له الصدقة لفقره بيده، أمّا ههنا فملكه في يده فإذا كان غنيًا فلا يُتصوّر أن يكون فقيرًا، لأن الغِنَى والفقر وصفان متضادان لا يجتمعان بحال، لأن أحدهما وصف وجودي والآخر وصف عدمي، فكما لا يجتمع العدم والوجود في شيء واحد لا يجتمع الفقر والغنى أيضًا، اللهم إلّا أن يتفرق الوجود والعدم في محلين، كما كان في ابن السبيل.

يبيِّنه: أن عندكم في مسألتنا تحل له الصَدَقة في حال وجوب إعطاء الزكاة عليه ولا يُتصوّر هذا في ابن السبيل، لأن حال ما يأخذ لا إعطاء عليه.

وأمّا العامل فمنع بعضهم فقال: لا يجوز إلّا أن يكون فقيرًا[1]، وليس بشيء، والمذهب التسليم، والأولُ خرقُ الإجماع.

وقالوا على التسليم: أن الذي يأخذه العامل أجرة عمل لا صَدَقَة بدليل أنه يستحق بالعمل إلّا أنه لما دخل في سهام الصدقات أشبه الصَدَقة من وجهٍ

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ١/١٦٥.

فلم يحل للهاشمي ونزه عنه، لأن حرمة الصَدَقة عليه على سبيل التنزيه له عن غُسالة أوساخ الناس، ومن تمام التنزيه أن يُنزَّه عن ما يشبه الصَدَقة[1].

وأمّا الغَنِي فلم تحرُم عليه الصدقة على طريق التنزيه له إنما حرم لعدم الحاجة وبالعمل ظهر نوع حاجة إلّا أنه لما شغل نفسه وأعوانه بجمع الصَدَقات فلابد من جامعٍ لها، ولا بد من كفاية رزق مثل أرزاق القضاة، والأئمة والمحتسبين والمؤذنين وغيرهم الذين يشغلون أنفسهم بأعمال المصالح فَحَلّ له أجرة عمل بعمله ولم ينظر في جريانه في سهام الصَدَقات، وكونه غنيًا في نفسه، لأن حدوث نوع حاجة له بالعمل قد منع من النظر إلى غناه وجريانه في سهام الصدقة.

قالوا: وأمّا إذا كان له خمس من الإبل مهازيل فإذا أوجبنا عليه الزكاة حرّمنا عليه الصدقة.

وأمّا إذا كان عنده من الفاضل عن ثياب المهنة وأقمشة البذلة ما يبلغ قيمته نصابًا لم يحل له الصدقة لغناه، ولم تجب عليه الزكاة لفقد شرط شرعي اعتبر مع الغنى، وهو كون النصاب بوصف النماء ليندفع الحَرَج بإيجاب الزكاة ويصير الوجوب بوصف اليُسر، فهذه مسائل تمسكتم بصورها وهي خارجة عن المعاني القادحة المؤثرة، وأمّا القاعدة فهي على حقيقتها في نهاية الوضوح على ما سبق.

وقد تعلّق مشايخهم في هذه المسألة بالحج قالوا: لما منع الدَّيْن وجوب الحج فيمنع وجوب الزكاة.

---

(١) الجوهرة النيرة على مختصر القدوري ١/١٦٥.

يبيِّنه: أن كل واحد منهما متعلق بالمِلْك، فإذا جُعِل المِلْك كالعدم في الحج فكذلك في الزكاة.

قالوا: وأمّا الدَّيْن المظنون فلا يمنع وجوب واحد منهما.

وأمّا نفقة الأهل للذهاب والرجوع فمتحقق وجوبها حال اشتغاله بالحج، فكيف يكون مظنونًا؟ وهذا لأن فعل الحج لابد له من مدة ولا بد للمدة من نفقة، وهذا لا يوجد في الزكاة.

ومنعوا الدَّيْن الطارئ في الحكمين.

وأمّا الدَّيْن المؤجل فقد اضطربوا فيه فبعضهم اعتبر نفس وجوب الدَّيْن ومنع به الحج والزكاة.

وبعضهم نظر إلى وجود المهلة والفسحة في الحال وسقوط المطالبة.

قالوا: وأما ديون الله تعالى مثل الكفَّارات وغيرها فلا تمنع الحج ولا الزكاة، والسبب فيه عدم وجود المطالبة في الدنيا، وإنّما نهاية أمرها التأثيم في الآخرة فكأنها واجبة في أمر الآخرة لا في أمر الدنيا، ويقال: وجود الحاجة إلى فعلها للآخرة لا للدنيا فلم يصر المال مشغولًا بتلك الحاجة حتى [٤٤/ب] يكون اشتغاله بحاجته مانعًا من وجوب زكاته بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قالوا: وأمّا العُشر فيمنع الدَّيْن في إحدى الروايتين، وإن سلَّمنا فهو مؤنة من مؤن الأرض، ويجب على الفقراء والأغنياء جميعًا كالخراج، وقد أدَّى كثير من مشايخهم في هذه المسألة نقصان المِلْك بالدَّيْن ودليل النقصان كون الدَّيْن إذا اتصل به القضاء إيفاء في جانب مَنْ عليه واستيفاء في جانب مَنْ

له، ووصف الإيفاء والاستيفاء دليل على سبق الاستحقاق، والمستحَق للغير ناقص المِلْك في حق مالكه في الحال.

ويدل عليه: أن مَنْ له الدَّيْن إذا قدر عليه، وكان من جنس حقه يأخذ من غير قضاء ولا رضا وإذا أخذه مَلَكَه، فهذا إن كان لا يدل على عدم المِلْك فلا أقل أن يدل على النقصان.

قالوا: وأمّا الأخذ بالشفعة فلابد فيه من قضاء أو رضا فيأخذ حكم التمليك المبتدأ، وقال بعضهم: إيجاب الزكاة على المديون يؤدي إلى إيجاب الزكاة بسبب مال واحد مرتين أو مرات[1]، وصوّروا صورة فهذا مجموع كلامهم في المسألة.

الجواب:

أمّا قولهم: «فقير».

لا نسلِّم، بل هو غني، لأن الغِنَى بالمِلْك، وقد بيَّنا أن مِلْكه قبل الدَّيْن وبعد الدَّيْن واحد، لأن الدَّيْن لا ينافي صفة الغنى فهو غَنِيٌّ مديون.

وأما حلّ الصدقة فقد مُنِعَ إلّا في موضع مخصوص على ما عُرِف، وإن سلّم فحل الصدقة لا يمنع الغنى، بدليل ابن السبيل والعامل.

وعذرهم ضعيف عن المسألتين.

أمّا ابن السبيل فهو غني قطعًا؛ لأنه يملك الألوف إلّا أنه بعيد عن ماله

(١) ينظر: الأسرار: ورقة ١٩١/ب (شهيد علي).

غير متمكن منه والغِنَى بالمِلْك لا بالتمكن، والدليل على الغِنَى وجوب الزكاة عليه.

وقولهم: «إنه غني مُلْكًا فقير يدًا».

قلنا: الغِنَى بالمِلْك يوجد، فأمّا اليد ثمرة المِلْك، ألا ترى أن المكاتب والعبد المأذون لهما يد في المال ولا غنى لهما، والراهن لا يد له وهو غني بما يفضل عن دَيْنه من الرهن، وذلك إذا كان الرهن يساوي الألوف والدَّيْن شيء يسير، وتجب عليه الزكاة في الفاضل عن الدَّيْن.

وأمّا العامل فهو لازم المنع ليس بمذهب وهو مخالفة لنص القرآن والإجماع.

وقولهم: «إنه أجرة العمل».

قلنا: هو يعمل لله تعالى؛ لأن الحق عندكم متمحض له فوجب أن تجب الأجرة في مال المصالح، وعلى أنه يبطل بالهاشمي فإنه لا يجوز أن يكون عاملًا، ولو كان المأخوذ أجرة العمل يحل له.

وقولهم: «إنه يشبه الصَدَقة من وجه ويشبه أجرة العمل من وجه».

قلنا: فإن كانت شُبهة الحرام يصان الهاشمي عنها فوجب أن يُصان الغني عنها أيضًا.

وقولهم: «إنه حدث له نوع حاجة».

قلنا: عندكم محل الصَدَقة هو الفقير فقط، وباشتغاله بهذا العمل لا يصير

فقيرًا بدليل وجوب الزكاة عليه مثل ما يجب على الغني غير العامل، فالمسألتان في نهاية اللزوم، ولا يتضح لهم العذر عنهما أصلًا.

ثم الجواب فقهًا:

إن وجوب الزكاة بالغنى وحل الصَدَقة بكونه غارمًا، والغارم تحل له الصَدَقة بنص القرآن.

فإن قالوا: «لابد من بيان المعنى».

قلنا: لا يلزمنا، ثم حليّة الصَدَقة بحاجة الغارمية.

قالوا: «فإذًا هو فقير».

قلنا: لا، لأن الغنى بمِلْك النصاب النامي والمِلْكُ بعد الدَّيْن كما كان قبل الدَّيْن، والغنى في الحالتين واحد، والغنى بالمِلْك لا ينافي حاجة تحدث بوصف عارض، لأن الغنى لا ينافي الحاجة غرمًا، كما لا ينافي المِلْك الغرم، لا ينافي الغنى بالملك وجود الحاجة بالغرم فهو غنى مُلْكًا محتاج غُرْمًا فوجبت الزكاة عليه لغناه بالملك وحلّت له الصَدَقة بحاجته بالغرم مثل ابن السبيل غني بملك محتاج لبُعده عن ملكه فوجبت الزكاة عليه بملكه وحلّت له الصَدَقة لبعده عن ملكه، وهذا جواب معتمد.

ويمكن أن يقال: إن وجوب الزكاة بالغِنى الشرعي، وذلك بملك النصاب النامي، وحُرْمة الصَدَقة بالغِنى الحقيقي، بدليل أن مَنْ مَلَكَ فاضلًا عن ثياب مهنة، وأموال بذلته ما بلغ قيمته نصابًا لا يجب عليه الزكاة لعدم الغنى الشرعي، وحُرمة الصدقة للغنى الحقيقي، فإن عندنا مَنْ مَلَكَ خمسة

من الإبل المهازيل وهو ذو عَيْلة وجب عليه الزكاة للغِنى الشرعي، وَحَلّت له الصدقة للفقر الحقيقي، فكذلك المديون له الغنى الشرعي فوجبت عليه الزكاة، وليس له الغنى الحقيقي فَحَلّت له الصَدَقة.

وأما قولهم: «إنه مشغول بحاجته».

قلنا: لا ننكر وجود أصل الحاجة، وما من مال للغني إلّا وهو محتاج إليه.

وأمّا اشتغال المال بالحاجة ممنوع لما بيّنا أن الدَّيْن في ذمّته، ولا حاجة للدَّيْن إلى محل سواه، وإنما يتصل بالمال عند الأداء فلا يوصف باشتغاله به قبل الأداء مثل القِصاص الواجب في النفس لا توصف النفس باشتغالها بهذا الواجب إلّا عند اتصال الاستيفاء به، وظهر بما قلنا الفرق بين مال المديون [٤٥/أ] وبين الأموال التي يتخذها لبذلته ومهنته، ثم نقول: علامة الفاضل عن حاجته في المال إعداده للتجارة والسوم، وهذا موجود وإن كان مديونًا.

وقوله: «على هذا أنه يعارض اشتغاله بذمته بالدَّيْن».

قلنا: ولكن الرجحان لوصف السوم والتجارة، لأنه وصف لازم للمال، وأمّا الدَّيْن بالذمة فلا تعلق له كمًّا بالمال.

يبيِّنه: أنه يوجد فاضل عن الحاجة لا تجب فيه الزكاة مثل ما يملكه من العبد والدواب والحوانيت التي لا يريد بها التجارة ولا حاجة له إليها لبذلته، فكذلك يجوز أن يوجد مشغول بحاجته تجب فيه الزكاة وكان المعنى في

الأول فقد وصف النماء وإن كان فاضلًا عن حاجته، كذلك ههنا المعنى في الوجوب وصف النماء وإن كان مشغولًا بحاجته، وعلى هذا انزاح الإشكال، ووضح الكلام نهاية الوضوح.

وأمّا فصل الحج فوجه الجواب عنه:

أن وجوب الحج بالمكنة، ولا يمكن مع الدَّيْن حقيقةً وحكمًا.

أمّا الحقيقة المحسوسة فلأنه يُطالَبُ ويُلازمُ ويُحبسُ فلا يتمكن من الخروج، وأمّا الحكم فلأن المسلّم هو الدَّيْن الحال، وقد ثبت عندنا أن الحج على التراخي والدَّيْن على الفور فقُدِّم عليه في حكم الشرع وصار تقدمه عليه مفوِتًا للمكنة التي هي من شروط الوجوب.

وأما الزكاة فلا تُشترط المكنة، في وجوبها، وأيضًا فإنه على الفور مثل الدَّيْن فلم يقدم عليه ولا يُمانَع ولا يُضايَق في وجوبها فالدَّيْن وجوبه بعقد المعاملة والزكاة وجوبها بنفس المِلْك وواحد منهما لا أثر له في صاحبه فاجتمع الواجب بهما كما اجتمع سببا هما والحج لا يجب بنفس المِلْك ما لم يوجد المكنة، وقد بيَّنا أنها فاتت فسقط وجوبه.

وقد أجاب الأصحاب بوجوه، رأيتُ كلها ضعيفة.

وهذا الجواب حسن يمكن تمشيته فاقتصرنا عليه.

وأمّا الدَّيْن الذي ادّعوه من نقصان المِلْك، فليس بشيء، وقد دللنا على كمال مِلْكه ومِلْك التبرعات وحِلّ الوطء معتمد.

وقولهم: «إن الدَّيْن إذا قُضِيَ فَمَنْ عليه يقضى ما عليه وصاحب الدَّيْن يقتضي ماله».

قلنا: نعم، هذا يقضي دَيْنًا عليه، وهذا يقتضي دَيْنًا له، والاقتضاء في الدَّيْن كذا يكون.

فأمّا العَيْن التي هي محل الزكاة فالتمليك بها يستأنف قطعًا فهو نظير تملك الشقص بالشفعة فلا يمنع الوصف بتمامِ المِلْك، ووجوب الزكاة بدليل مسألة الشُفعة.

وقوله: «إنه يأخذ حقه من ماله إذا قدر عليه».

قلنا: لا جَرَم...[1] إذا أخذ مَلكَه فلم يدل هذا على نقصان مِلْكه قبل الأخذ.

ألا ترى أن الأب يأخذ مال ابنه عند الحاجة ويملكه، ولا يدل على نقصان المِلْك من قبل، وكلامه الأخير، ليس بشيء، وقد سبق جوابه. والله أعلم بالصواب.



(١) بياض في المخطوط.

※ (مَسْأَلَة):

لا يجوز دفع القيم سوى المنصوص عليه في الزكاة عندنا[1].

وعندهم: يجوز بطريق القيمة[2].

❊ لنا:

الحديث المعروف وهو قوله عليه الصلاة والسلام: «ومَنْ بلغت إبله خمسًا وعشرين ففيها ابنة مخاض فإن لم يكن فابن لبون ذكر»[3]، فقد شرط ﷺ عدم ابنة مخاض في جواز إخراج ابن اللبون، دلَّ أنه لا يجوز مع وجودها.

يبيِّنه: أنه ﷺ نقل من سن معيَّن إلى سن معيَّن من غير تعرض للقيمة مع علمه باختلافهما في القيمة عند اختلاف الأزمنة والأمكنة، دلَّ أن الرجوع إلى القيمة ساقط.

ويمكن أن يقال أيضًا: إنه ﷺ جوّز ابن اللبون على الإطلاق، وعندكم لا يجوز إلّا إذا كانت قيمته مثل قيمة بنت المخاض، فهذا تقييد ليس عليه دليل، فقد قلتم: إن تقييد المطلق زيادة، والزيادة نسخ.

قالوا: إنما جوَّزنا ابن اللبون مكان بنت مخاض بالقيمة بدليل أنه ﷺ قابل فضلًا بفضل، والمقابلة تقتضي المعادلة، والمعادلة تكون بالقيمة.

---

(١) النكت: ورقة ٧٧/ب، المجموع ٥/٣٧٨، ٣٨١، المهذب ١/٢٠٤.
وهو قول المالكية، بداية المجتهد ١/٢٥٧، الإشراف للبغدادي ١/١٦٩.

(٢) الأسرار: ورقة ٢١٨/أ (شهيد علي)، رؤوس المسائل ص ٢١٠، المبسوط ٢/١٥٦، ٢٠٣، مختصر القدوري مع الجوهرة ١/١٥٤.

(٣) رواه أبو داود في سننه ٢/٢١٨، ٢١٩ في باب «زكاة السائمة».

واستدلّوا على جواز القيمة في الزكاة بالخبر الذي روى أنه ﷺ رأى ناقة كوماء في إبل الصدقة فغضب وقال: (ألم أنهكم عن أخذ كرائم أموال الناس؟ فقال الساعي: أخذته ببعيرين من إبل الصدقة)[١]، وأخذ البعير بالبعيرين لا يكون إلّا بطريق القيمة.

واستدلوا بحديث معاذ المعروف وهو قوله لأهل اليمن: «ائتوني بكل خميس[٢] أو لَبِيس[٣] آخذه منكم مكان الصدقة»[٤].

❁ الجواب:

أمّا الأول فنحن لا ننكر أن الشرع وَرَدَ بمقابلة فضل بفضل، والكلام أنه هل كان بطريق القيمة؟ وليس عليه دليل.

---

(١) رواه الإمام أحمد في المسند ٤/٣٤٩، ولفظه: (رأى النبي ﷺ في إبل الصدقة ناقة مسنة، فغضب، وقال: ما هذه؟ فقال: يا رسول الله، إني ارتجعتُها ببعيرين من حاشية الصدقة فسكت). واستدل به السرخسي. المبسوط ٢/١٥٧.

(٢) خميس: هو الثوب الذي طوله خمسة أذرع، وقيل: ثوب منسوب إلى ملك باليمن. ينظر: اللسان، مادة (خمس).

(٣) لَبِيس: اللبيس، مثال «كريم»، الثوب يلبس كثيرًا. المصباح المنير، مادة (لبس).

(٤) رواه الدارقطني في سننه ٢/١٠٠.
قال الدارقطني: «وهو مرسل، طاووس لم يدرك معاذًا» ا. هـ.
ورواه البخاري في صحيحه تعليقًا ٣/٣١١ مع الفتح، وفيه: «خميص» بالصاد.
وقال ابن حجر في الفتح: «وهو صحيح الإسناد إلى طاووس لكن طاووس لم يسمع من معاذ فهو منقطع فلا يغتر بقول مَنْ قال: ذكره البخاري بالتعليق الجازم فهو صحيح عنده، لأن ذلك لا يفيد إلا الصفة إلى مَنْ علّق عنه، وأمّا باقي الإسناد فلا». انتهى من: الفتح ٣/٣١٢.
ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤/١٨١ في باب «ما قالوا في أخذ العروض في الصدقة»، وذكره أبو عبيد في الأموال ص ٤٠٢، واستدل به السرخسي في المبسوط ٢/١٥٧.

والجملة أن ابن اللبون بدل وَرَد به التوقيف، وكذلك الخبران المذكوران في أخذ شاتين أو عشرين درهمًا[1] أوردهما في الموضع الوارد فالكل على التوقيف.

فأما الخبران اللذان أوردهما ففي إسنادهما مقال[2].

والأصحاب أوَّلوا الأول، وقالوا: كان ذلك شراءً وبيعًا بإذن الإمام.

وقالوا في الثاني [٤٥/ب]: المراد من الصَدَقة الجزية، وسمّيت صَدَقة على طريق المجاز، كما كان يسمى المأخوذ من بني تغلب صَدَقة، وقد كان جزية، بدليل أن معاذًا رضي الله عنه أخبر أنه ينقلها إلى المدينة، ولم يكن من مذهبه جواز النقل في الصَدَقات[3]، ولأنه ذكر الهجرة والنُصرة في الإشارة إلى الاستحقاق بهما والجزية تُستَحق لهما لا الصَدَقة.

وأمّا المعنى: نقول المنصوص عليه هو الواجب فلا يجوز غيره.

دليله: كل الواجبات في الشرع، والدليل على أن المنصوص عليه هو الواجب أن الوجوب عُلِمَ بالشرع، والشرع وَرَدَ بالمنصوص عليه فلا يجب بالنص إلّا ما وَردَ به النص.

يدل عليه: أن الزكاة إن كانت عبادة فلا يجوز في العبادة إلّا ما وَرَدَ به التعبد بدليل الصلاة وأفعالها، فإنه لا يقوم الركوع فيه مقام السجود، ولا السجود مقام الركوع، وكذلك لا يقوم السجود على الخد والذقن مقام السجود

(١) رواه البخاري في صحيحه ٣/٣١٢ مع الفتح، في باب «العرض في الزكاة».
(٢) تقدم تخريجهما ينظر حاشية (٤) ص٤٣٠.
(٣) ينظر: المجموع ٥/٣٨٠.




على الجبهة، وكذلك في سائر العبادات، ووجه التقريب بين مسألتنا، وهذا الأصل أن الله تعالى إذا وضع عبادته على جارحة بفعلٍ يُوجدُ منها لم تقم جارحة أخرى مقامها، كذلك إذا وضع العبادة على المال وسماه بفعلٍ يُوجَدُ منه لم يقم الفعل منه في مال آخر مقامه.

يدل عليه: أن أصل العبادة لا تجب بالتعليل، ولا تقبله، فكذلك كيفيتها، وإن قلنا: إن الزكاة حق الفقراء، فالحق الواجب للآدمي في عين لا يقوم غيرها مقامها إلّا بسبب شرعي من معاقدة ومعارضة وغير ذلك.

يدل عليه: أن سبب وجوب الحق إذا اتصل بمحل يتعلّق الوجوب بصورته، ومعناه مثل ما لو أسلم في شيء واشترى شيئاً، وكذلك إذا أوصى لإنسان بشاة أو أوصى بشاة من أربعين من الغنم أو ببعير من خمس وعشرين من الإبل للفقراء تعلّق حقهم بعين ذلك، كذلك ههنا.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: الزكاة واجبة للإغناء أو لدفع الحاجة، لأنها وجبت على الغني للمحتاج، فيكون بعِلَّة الإغناء ودفع الحاجة، وقد قال ﷺ في صدقة الفِطر: (أغنوهم عن المسألة في هذا اليوم)[(١)].

ولأن التعليل واجب ما أمكن، وقد أمكن التعليل بالإغناء وهو تعليل

---

(١) رواه الدارقطني في سننه ١٥٣/٢، في باب «زكاة الفطر»، والبيهقي ١٧٥/٤، في باب «وقت إخراج زكاة الفطر»، وابن عدي في الكامل ٢٥١٩/٧، وأعلّه بأبي معشر «نجيح» ولفظه قال: «أغنوهم عن الطواف في هذا اليوم» أهـ.
قال الزيلعي في نصب الراية ٤٣٢/٢: «غريب بهذا اللفظ» أهـ.

صحيح مؤثر، وإذا عُلّل بهذا فالإغناء بالأصل والقيمة واحد فاستويا في الجواز، وشبَّهوا الزكاة بالجزية والخراج.

وقالوا: أمّا الصلاة فإنما لم يجز فيها التعليل، لأنها لو عُلِّلت عُلِّلت بالخشوع، وفي كل فعل من الصلاة نوع خشوع لا يوجد في غيره فبطل التعليل، وفي مسألتنا الإغناء الذي يوجد في المنصوص عليه يوجد في القيمة.

قالوا: وأمّا السجود على الذقن والخد فليس بعبادة بل هو عبث فلا يقوم مقام العبادة بخلاف القيمة فإن إخراجها في الجملة يكون عبادة فجاز أن يقوم أداؤها مقام أداء المنصوص عليه.

قالوا: وأمّا إخراج المنافع إنّما لا يجوز، لأنها ليست بمال، وإن كانت مالًا فهي في المالية دون العين على ما عُرِف في كتاب الغصب فلا يقوم مقامه، فتعلَّقوا بما لو أخرج بعيرًا عن خمس من الإبل فإنه يجوز وإنما جاز بالقيمة؛ لأنه غير منصوص عليه، ولا يجوز أن يقال: جاز بدليل النص، لأنه لما جاز عن أضعاف الخمس ففي الخمس أولى، لأن هذا يبطل بما لو أخرج ست حِقاق عن إحدى وستين وهو ثلاث مائة وخمسة مثل البعير في مسألة الإلزام.

قالوا: «ولا يجوز أن يقال: إن الواجب في خمس من الإبل خُمُسُ بعير فلأن يجوز بعير كامل أولى، لأنه ليس كما زعمتم بل الواجب في خمس من الإبل شاة، وإنما يجب البعير عند بلوغه خمسًا وعشرين فقبل بلوغه هذا القدر لا يُقدَّر فيه إيجاب شيء من البعير، كما أن الشاة تجب عند بلوغ الغنم أربعين فقبل بلوغه هذا القدر لم يُقدَّر إيجاب شيء من الشاة».

يبيِّنه: أنه كيف يُقدَّر إيجاب خُمسٍ من البعير في خمس من الإبل، وقد وجبت الشاة فيها؟ فثبت بما قلنا أن جواز البعير كان بالقيمة فإذا جازت القيمة في هذه الصورة فوجب أن يجوز في كل موضع هذه طريق مشايخهم.

وأمّا طريقة أبي زيد(١) فقد بنى كلامه على ما سبق من قبل وهو أن الزكاة حق الله تعالى على ما بيّنا، ثم الفقير مصرف لهذا الحق، ووصوله إليه من قِبَل الله تعالى إيفاءً للرزق الموعود إلّا أن الرزق الموعود للفقير مال مطلق يحصل به كفايته لا بمال مخصوص معيَّن، وهذا لأن حاجته ترتفع بالمال المطلق لا بالمقيَّد.

وأمّا حق الله تعالى في مال معيَّن ثم لما أمر الله تعالى بصرفه إلى الفقراء صار الفقير نائبًا عن الله تعالى في قبض حقه، فإذا حصل الأداء إلى الله تعالى بقبض الفقير فبعد ذلك يصير حقًا للفقير لرزقه الموعود فصار الفقير قابضًا رزقه الموعود بواسطة حصول الأداء إلى الله تعالى، وهذا كَمَنْ له على إنسان عشرة دراهم، [٤٦/أ] فأمر ربُّ المال المديون أن يتصدَّق بها على الفقراء فإنه يصح، ويصير الفقير نائبًا عن صاحب الدَّيْن في قبض الدَّيْن ثم يصير قابضًا حقًا لنفسه، وكذلك إذا كان على ربّ الدَّيْن عشرة دراهم لرجل آخر قال لمديونه: اقض العشرة التي عليّ بما لي عليك فقضاها يصير القابض نائبًا عنه في قبض حقه أولًا ثم يصير مستوفيًا حق نفسه، كذلك ههنا.

قالوا: وإذا كان القابض هو الفقير وحقه في مال مطلق احتجنا إلى أن نجعل حق الله تعالى في مال مطلق ليصح قبض الفقير، فإنه إنما يقبض لله

---

(١) الأسرار: ورقة ٢٢٢/أ (شهيد علي).

تعالى ما يقبضه لنفسه رزقًا له فيسقط حق الله تعالى في صورة الشاة لضرورة تحقيق قبض الفقير حق نفسه، فصار حق الله تعالى مؤدىً بمال مطلق بقبض الفقير ثم صار الفقير قابضًا، وهذا هو الأصل في كل حقين مختلفين يتأديان بقبض واحد فإنه يصير الحق الأول على وصف الحق الثاني ليتأدَّى حق الأول بقبض الثاني حقه.

ومثال هذا: رجل عليه مائة درهم لرجل وله على آخر كرّ حنطة أو عنده كرّ حنطة وديعةً فقال للذي عليه الحنطة: اقض الدراهم التي عليّ بما لي عليك من الحنطة، فإنه يصير مأمورًا ببيع الحنطة بالدراهم حتى يمكن أداؤها إلى صاحب الدَّيْن وهو الدراهم، فقبض هو حق نفسه وحقه في الدراهم فثبت قبض صاحب الحنطة في ضمن قبضه حق نفسه وذلك إنما يُتصوّر إذا كان حق صاحب الحنطة على وصف حقه، فجعل المديون مأمورًا ببيع الحنطة ليصير كذلك، فكذلك ههنا يثبت ما ادعيناه بالحقيقة والمثال، وربما قالوا على فصل التعليل: إنّا لا نعلل حق الله تعالى إنما نُعلِّل جانب حق الفقير وهو ما استحق من مال صالح لكفايته ويعدّى معنى الصلاحية لكفايته إلى كل ما يكون في معناه.

قالوا: ولا يلزم صَدَقة الفِطر، وذلك إذا أدَّى ربع صاع حنطة يساوي نصف صاع حنطة حيث لا يجوز عن النصف، فإنه إنما لم يجز لأنه لو جاز إنما جاز لقيمة الجودة، ولا يجوز أن تعتبر الجودة في هذا المدّ بدلًا عن مُدّ آخر، لأن الجودة في مال الربا لا قيمة لها بانفرادها بخلاف ما لو أدَّى شاة سمينة في الزكاة فإنها تجوز عن شاتين، لأن الجودة في الشاة متقومة، فأما

إذا أعطى نصف صاع تمر جيدٍ عن شعير وسط أو بالعكس إنما لم يجز ؛ لأن التمر والشعير والحنطة وإن كانت أجناسًا مختلفة في سائر الأحكام، ولكن في صَدَقة الفِطر كلها جنس واحد، لأن المعنى المطلوب من الكل واحد وهو دفع حاجة الفقير، وإذا صار الجنس جنسًا واحدًا في هذه الحكم بطلت نيَّة التمييز، ولم تصح نيَّة إقامة الحنطة مقام الشعير، لأن الكل شيء واحد، ومتى بطلت النيّة وقعت الحنطة عن نفسها والجودة لا قيمة لها، فلا يجوز إلّا عن القدر الذي أدّى، ولا يلزم على العذر إذا أعطى ثوبًا واحدًا عشرة مساكين عن طعامهم في الكفّارة حيث يجوز، لأن الطعام مع الكسوة جنسان مختلفان لاختلاف معنى المطلوب منهما، وأمكن صرف أحدهما إلى الآخر لتغايرهما.

قالوا: وأمّا إذا أعطى ثوبًا واحدًا عشرة مساكين عن كسوتهم وهو يساوي ذلك لا يجوز، لأن الكسوة في كفّارة اليمين وجبت مطلقة غير مقيَّدة بالوسط فعلى أيّ وصف كان الثوب وقع عن نفسه فلم يمكن إقامة جودته مقام ثوب آخر، وليس كما لو أعطى شاة سمينة عن شاتين وَسطين حيث يجوز، لأن الواجب في الشاة هو الوَسط بالنص، والجودة متقومة فيها فقدر الوسط وقع عن نفسه، وفضل الجودة المتقومة وقع عن شاة أخرى فهذا هو المعنى في المسائل.

وأمّا أصل القيمة فمجزية في صَدَقة الفِطر بدليل أنه لو أعطى عن الصاع دراهم أو دنانير فإنه يجوز عندنا.

قالوا: ولا يلزم الضحايا والهدايا والعتق حيث لا تجوز القيمة فيها،

لأنَّا نُسلِّم أن الحق متى وجب لله تعالى لا يجوز إبطاله بالتعليل، وكذلك حق العباد، ولكن ادعينا أن الله تعالى رضي بتغيير حقه لما أمر بصرفه إلى الفقير، وفي الضحايا والهدايا حق الله غير مصروف إلى الفقير، لأن حق الله يتأدى بإراقة الدم لا بصرف اللحم إلى الفقير، وإنما أثبتنا رضا الله تعالى بتغيير حقه بصرورة أن الفقير هو القابض، وهذا المعنى ههنا معدوم، وكذلك العتق، لأن الحق يتأدّى بنفس إتلاف الرِّق وليس هناك شيء مصروف إلى العبد حتى تقع الحاجة إلى تغيير حق الله تعالى، وكذلك الركوع والسجود وسائر العبادات البدنية، لأن أداءها بفعل يوجد من البدن من غير أن يكون هناك صرف شيء إلى الفقير فخرج على ما قلنا.

۞ الجواب:

أمّا الطريقة الأولى فهي بناء على إثبات التعليل، وهذا باطل لما بيّنا من قبل، ولأنّ من شرط صحة التعليل تقرير الحكم في الأصل ثم التعدية مثل ما يفعل في الأشياء [٤٦/ب] الستة وسائر المواضع.

وعندهم بهذا التعليل بتغير حكم الأصل، لأن حكم الأصل وجوب الشاة، ويفوت الوجوب بالتعليل، لأن الواجب ما لا يجوز غيره، فإذا جاز غير الشاة فات وجوب الشاة فتعيَّن حكمه من الوجوب إلى الجواز فبطل التعليل من هذا الوجه.

فإن قالوا: لا يتغير حكم الأصل، لأن الشاة إذا أدَّاها يكون أدَّى الواجب، لكن يتسع محل الواجب مثل الصلاة في وقت الظهر يكون وجوبها موسعًا لا أن يفوت الوجوب في أوّل الوقت.




۞ **والجواب:**

أن النص اقتضى وجوب الشاة على التعيين، وبالتعليل يفوت هذا، فثبت تغيير حكم الأصل قطعًا، وتحقق أن التعليل باطل لهذا الوجه، وهذا جواب حسن على هذه الطريقة.

وطريقة أبي زيد والذي يختص بهذه الطريقة.

أن يقال لهم إذا علَّلتم بالإغناء فقد ناقضتم أصلكم، لأن الزكاة عندكم عبادة محضة، وهي حق الله تعالى على الخلوص، وإذا علَّلت بالإغناء يكون حق الفقير، لأن ما أُوجب لإغناء الآدمي يكون حق الآدمي، ولأن التعليل لإسقاط الحقوق عن الأعيان باطل، كما لو أوصى فقال: «أغنوا فلانًا بشاة أو ببعير أو بدراهم» لا يجوز أداء غيرها، وهذا لأن العَيْن محل تعلق الحق بها لله تعالى وللفقير، فإذا اتصل بها الخطاب والإيجاب لا بد من تعلق الحق بها، وإذا تعلَّق الحق بها فالتعليل لإبطال الحقوق عن الأعيان باطل مثل سائر الحقوق في العالَم، ويقال لهم أيضًا: وجبت الزكاة للإغناء، ولكن بهذا الذي عَيَّنه ولا يجوز غيره كما في العبادة البدنية لما أوجب التعبد والتخشع بهذا الفعل الذي عَيَّنه فلم يجز غيره.

وقولهم: «إن في كل واحد من الأفعال نوع تخشع لا يوجد في صاحبه».

قلنا: على القطع نعلم أن ما يوجد من التعظيم والتخشع بوضع الجبهة يحصل بوضع الخد وأكثر فوجب أن يجوز، وأمّا إذا أدَّى بعيرًا عن خمس من الإبل.

قلنا: عندنا جاز بالنص وهو قوله ﷺ: (خُذْ من الإبل الإبل، ومن البقر البقر)[1].

وهذا لأن الواجب جزء من النصاب ليكون وجوبه على وجه المواساة وصفة اليُسر، والشاة ليست بجزء من الإبل فيكون وجوبها رخصة فإذا لم توجد وأدَّى ما هو الواجب الأصلي فلابد من الجواز وهو مثل المسح على الخفين فإنه رُخصة ولو لم يفعل بفعله وغسل الرجلين يجوز، كذلك ههنا، وهذا جواب معتمد.

وأمّا طريقة أبي زيد فهي بناء على أصل ممنوع وليس على إثباته دليل معتمد عليه.

أما قولهم: «إن الزكاة عبادة محضة»، فقد دلّلنا أنها حق الفقراء فلا تعبد وإذا صارت حق الفقير بطلت حق التعليل لإبطال حقه أو تغييره من محل إلى محل، والمنع معتمد.

وأمّا قولهم: «إن الفقير يقبض ما يقبضه عن الرزق الموعود».

فليس عليه دليل، ويقال لهم: اجعلوا الزكاة صلة من الله تعالى للفقير.

---

(١) رواه أبو داود في سننه ٢/٢٥٤ مع المعالم في باب «صدقة الزرع».
وابن ماجه في سننه ١/٥٨٠ في باب «ما تجب فيه الزكاة من الأموال».
والدارقطني في سننه ٢/١٠٠.
قال ابن حجر في التلخيص ٢/١٧٠: «وصححه الحاكم على شرطهما إن صح سماع عطاء من معاذ، قلتُ: لم يصح لأنه ولد بعد موته أو سنة موته أو بعد موته بسنة، وقال البزار: لا نعلم أن عطاء سمع من معاذ» ا. هـ.

وأمّا الرزق الموعود فَدَارٌّ عليه، والشاة والدراهم في صورة الزكاة صلة، والسيد قد يرزق عبده على الدرور ثم يصله بصلة وراء ذلك فإذا جعلنا الزكاة صلة فكأن الله تعالى وَصَلَ الفقير بما سماه فيتعيَّن ذلك وهذا أولى مما قاله، لأنه على هذا يبقى حق الله تعالى على ما كان، وعلى ما زعموا إبطال حق الله تعالى عن الواجبات التي نص عليها بعد ثبوتها بلا دليل.

وأيضًا يقال لهم: قولوا إن الله تعالى وعد الرزق بمالٍ مطلق ثم حين أمر بصرف الزكاة إلى الفقراء فقد نقل رزقهم في هذا الموضع من المال المطلق إلى مال معيّن، ويجوز أيضًا للسيد أن يرزق عبيده بمال مطلق، ويجوز أن يرزقهم بمال معيّن وله ولاية النقل فلأي ضرورة سقط أصل حق الله في الواجبات التي سماها ونص عليها؟ وعنده لو سقط سقط ضرورة، ولا كلام على هذين الجوابين، وهما في نهاية الوضوح، وعلى أنَّا قد بيّنا أن من شرط صحة التعليل تقرير الحكم في الأصل ثم تعدية الحكم إلى الفرع، ولا يوجد في هذا الموضع هذا الشرط، فإذا فات شرط صحة التعليل بطل التعليل.

وأمّا المسائل التي تعلّقوا بها فهي معاملات بين العباد ومبناها على المراضاة، وقد تضمن الأمر من صاحب الدَّيْن في تلك المواضع الرضا بما قالوه.

فإن قالوا: «إن ههنا وُجِدَ الرضا من الله تعالى بانتقال حقه من المال المعيّن إلى المال المطلق».

فهذا مجرد تحكم من غير حُجّة.

وأمّا تعلقهم بأمره تعالى بصرفه إلى الفقير فقد وجدنا وجهًا لصرفه من غير أن يحتاج إلى تغيير حق الله، ونقله من شيء إلى شيء وهو أحد الوجهين اللذين قدمناهما فقد بطل ما قالوه، وفسد فسادا لا يقبل الصلاح. وإن تعلَّقوا بالجزية والخراج فإنما جازت القيمة فيهما بالنص على ما عُرِف، وعلى أن هناك ولاية الإمام ثابتة في الابتداء وضعًا فثبتت في الانتهاء أخذًا بخلاف مسألتنا، ولأن المنافع تجزئ في الجزية بخلاف الزكاة، [٤٧/أ] وكان المعنى في الفرق ما ذكرنا. والله أعلم.



❋ (**مَسْأَلَة**):

إذا مات مَنْ عليه الزكاة لم تسقط الزكاة بموته، وتؤدَّى من تركته كما تؤدّى الديون عندنا[١].

وعندهم: تسقط بموته، وإن أوصى بإخراجها تخرج كما تخرج التبرعات حتى تُعتبر من الثلث[٢].

❋ **لنا:**

إن الزكاة حق الفقراء على ما سبق بيانه فنقول: حق من حقوق الآدميين فلا يسقط بموت مَن عليه.

دليله: سائر الحقوق للآدميين، وقياسًا على العُشر إن سلَّموا، وهذا لأن

(١) المهذب ١/٢٣٧، المجموع ٦/١٨١، النكت: ورقة ٩٧/أ.

(٢) الحُجَّة ١/٤٦٣، الأسرار: ورقة ١/١١٨ ـ أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي ص ٥٢، رؤوس المسائل ص ٢٠٥، المبسوط ٢/١٨٥، البدائع ٢/٩٢٣، ٩٢٤.




الموت ليس بسبب مسقط للحقوق المالية إنما هو للانتقال من الدنيا إلى الآخرة والواجبات المالية عليه كما كان في حال الحياة فتُقضي من المال إن خلف مالًا وتُقدَّم على حق الورثة؛ لأن قضاء الدَّيْن حقه والميراث حق الورثة فيُقدَّم حقه على حق الورثة، كما يُقدَّم التجهيز والتكفين ثم إذا بقي مال بعد قضاء الحقوق الواجبة عليه حينئذٍ يُقسَّم بين الورثة، وإن لم يخلف شيئاً سقط وجوب القضاء للعجز، لأن أصل الحق سقط وهو مثل ما لو أعسر في حال الحياة لم يُطالَب للعجز، ونستدل بما لو أوصى بالزكاة فنقول: لا يخلو إمّا أن قلتم: إن الزكاة بقي وجوبها بعد الموت، أو قلتم: سقطت، فإن قلتم بقي وجوبها بعد الموت فقولوا: إن الوصية باطلة؛ لأن الوصية حصلت بالزكاة، فإذا لم تكن الزكاة واجبة فتكون الوصية بالزكاة كَلَا وصية، وهذا إلزام معتمد.

❁ **وأمّا حُجَّتهم:**

قالوا: الزكاة عبادة محضة فتسقط بالموت كالصلاة والصوم.

والدليل على أنها عبادة محضة ما بيّنا من قبل.

وقولكم: «إنها حق الفقراء».

قالوا: لا، بل حق الله تعالى، وإنما الفقراء مصارف بالطريق الذي قلنا.

يدل عليه: أنه لا معنى يُعرف لوجود حق الفقراء في مال الأغنياء؛ لأنه إن كان لفقره وحاجته ففقره وحاجته لا تدل على وجوب حق له على مَنْ ليس بفقير، وإن كان للدين فالدين أمر بين العبد وبين ربه فلا يوجب له شيئًا على عبد خر لدينه، وهذا لأن حدّ الدين ليس بأمر بين العبد والعبد حتى يجب




بسببه حق له عليه.

وخرج على هذا القرابة، لأنه معنى بين القريبين فجاز أن يجب له بسببها حق له على صاحبه، وإذا ثبت أنها عبادة محضة فتسقط بموت مَنْ عليه العبادة، لأن حقيقة العبادة فعل مَنْ عليه العبادة، وفعل مَنْ عليه العبادة يفوت بموته ففاتت العبادة ضرورة.

يدل عليه: أن العبادة من غير متعبدٍ محال، ولا متعبد فلا عبادة وصارت هذه العبادة مثل عبادة الصلاة والصوم سواء إلّا أن هناك آلة العبادة بدن المتعبد وههنا آلة العبادة مال المتعبد، فحصل الاختلاف في الآلة التي تؤدى بها العبادة لا في نفس العبادة، لأن العبادة حقيقتها في الموضعين واحد لا يختلف.

قالوا: وليس كما لو أمر بأداء الزكاة في حال الحياة؛ لأن أمره لما اتصل بالأداء أمكن تحقيق معنى العبادة، بخلاف مسألتنا على ما ذكرنا في مسألة زكاة الصبي.

والحرف لهم: أنه لما فات بالموت فعله وأمره تعذر تحقيق العبادة فعلًا من قِبَلِه فصار سقوطها في أحكام الدنيا من ضرورة هذا الفوات.

قالوا: وأما إذا أوصى بالزكاة فقد وُجِدَ من قِبَلِه الأمر وإذا اتصل أمره بها صار كما لو اتصل أمره بها في حال الحياة إلّا أنه اعتبر من الثلث، لأنه لم يلزم إخراجها لولا الأمر أشبه الوصية بالتبرعات فكانت من الثلث.

قالوا: وأمّا العُشر فقد منع في إحدى الروايتين، وعلى الرواية الأخرى

وهو ظاهر المذهب، إنما لا يسقط بالموت؛ لأنه وظيفة الأرض مثل الخراج فصار مؤنة مالية مثل سائر المؤن ولم يكن عبادة فلم يسقط بالموت مثل ما لا يسقط سائر الديون.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «إن الزكاة عبادة محضة».

فقد أجبنا عن هذا في مسألة زكاة الصبي.

وقولهم: «إنه لا سبب يوجب للفقراء حقًا في ماله».

قلنا: وُجِدَ بينهما وصلة الدين، وهي وصلة زائدة على كل وصلة فإن كان وصلة النسب توجب الحق لأحد القربتين على الآخر فوصلة الدين أولى.

وقولهم: «إن الدَّين أمر بينه وبين ربه».

قلنا: نعم، وهو أيضًا يفيد أخوة بينه وبين المشارك له في الدين، كما قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾(١)، فكان سبب الاستحقاق هو الأخوة دينًا بشرط الفقر وإنما شرطنا الفقر بالشرع، ولأنه لما وجب لدفع الحاجة وجب للمحتاج، ولا ينكر ضم شرط إلى سبب الاستحقاق بعد أن قام عليه الدليل، ثم إن سلّمنا أن الزكاة عبادة محضة لكن هذا لا يوجب سقوطها بالموت، لأنها عبادة مالية، والمال قائم، والأصل أن كل واجب بقي في محل [٤٧/ب] وجوبه يبقى وجوبه إلى أن يقوم دليل على السقوط.

فإن قالوا: هذا الواجب عليه ولم يبق مَنْ عليه.

(١) سورة الحجرات، من الآية (١٠).

قلنا: موت مَنْ عليه الحق لا يوجب سقوط الحق مثل سائر الديون، وهذا لأنه جُعِل بمنزلة الحي في تصوير البقاء عليه إلى أن يؤدَّى من ماله.

ألا ترى أن في سائر الديون جُعِلَ بمنزلة الحيِ في بقائها عليه إلى أن تؤدَّى من ماله.

وأمّا قولهم: «حقيقة العبادة في فعله».

قلنا: نعم، في فعله أو في فعل مَنْ يقوم فعله مقام فعله بسبب صحيح شرعًا بدليل الثابت في حال الحياة.

فإن قالوا: هناك وُجِدَ أمر مَنْ عليه الحق بالفعل، وههنا لم يوجد.

قلنا: وههنا وُجِدَ أمر الشرع فيقام أمر الشرع بالفعل مقام أمره، وهذا لأن الخطاب يتصل بالفعل واعتبر في بقائه تصور الفعل إمّا محسوسًا أو اعتبارًا شرعيًا، وههنا إن لم يتصور فعله محسوسًا تصوّر فعله اعتبارًا بالشرع، وإذا تصوّر فعل الزكاة من قِبَلِه بهذا الاعتبار بقي الوجوب وهو نظير العُشر، وقد بيّنا أنه مثل زكاة سائر الأموال، وعلى أنّا إن كلمناهم في صَدَقة الفطر ضاق الكلام عليهم جدًا، لأنها تتأدى بولاية شرعية لا من قِبَلِ مَنْ عليه، بدليل أن الولي يُخرج زكاة الفِطر عن الصبي على ما عُرِف، ومع ذلك قالوا: إنها تسقط بالموت.

قالوا: «إن الصبي في الجملة من أهل الفعل فجاز أن يقوم فعل الولي مقام فعله، وأمّا الميت فليس من أهل الفعل أصلًا فلم يمكن إقامة فعل الغير مقام فعله».

قلنا: والصبي ليس من أهل فعل معتبر شرعًا وكلامنا في مثل هذا الفعل فاستويا من هذا الوجه.

وأمّا فصل إلزام الوصية فقوى جِدًا.

وقولهم: «إنه وجد الأمر منه بالزكاة فبقي وجوب الزكاة».

قلنا: وإنما يقوم فعل غيره مقام فعله حكمًا إذا كان من أهل الفعل محسوسًا، وقد خرج بالموت عن أهلية الفعل، فكيف يقوم فعل غيره مقام فعله ولا فعل له؟ ولئن جاز أن يقوم فعل غيره مقام فعله حكمًا، وإن كان خرج عن أهلية الفعل محسوسًا جاز أيضًا ههنا أن يقوم فعل غيره مقام فعله، وإن كان لا فعل له ولا أمر، ثم يقال لهم: إنكم إذا أبقيتم الوجوب لوجود الأمر فقولوا يكون من جميع المال.

وقولهم: «إنه يشبه التبرعات».

قلنا: كيف يشبه التبرعات وهو في نفسه واجب؟ ولأنَّا بيّنا أن الواجب إنما كان من جميع المال؛ لأن قضاء حقه مقدَّم وحق الورثة متأخر عن حقه، وفي هذا المعنى يستوي جميع الواجبات سواء احتاج إلى أمره بالإخراج أو استغنى عنه. والله أعلم بالصواب.



※ (**مَسْأَلَة**):

لا يُضم أحد النقدين إلى الآخر في حكم الزكاة بل يُعتبر كل واحد على حياله فإذا تمّ فحينئذٍ تجب الزكاة(١).

وعندهم: يُضَم أحد النقدين إلى الآخر ويُحكم بكمال النصاب(٢) إلّا أن أبا حنيفة قال: يُضَم بالقيمة(٣).

وعند أبي يوسف ومحمد يُضَم بالأجزاء(٤).

❖ لنا:

إنهما مالان من جنسين مختلفين فلا يُضَم أحدهما إلى الآخر في نصاب

(١) النكت: ورقة ٨٠/ب، المهذب ١/٢١٤، المجموع ٥/٤٧٨.
وهو قول ابن أبي ليلى وأبي عبيد ورواية عن الإمام أحمد، اختارها أبو بكر عبد العزيز.
معالم السنن ٢/٢١٠، المغني ٤/٢١٠، الإفصاح ١/٢٠٧.

(٢) الأسرار: ورقة ١١١/أ (مراد ملا)، مختلف الرواية: ورقة ٤١/ب، فتح القدير ٢/٢٢١.
وهو قول المالكية ورواية عند الإمام أحمد اختارها الخرقي في مختصره، قوانين الأحكام ص ١١٧، الإشراف للبغدادي، ١/١٧٤، المغني ٤/٢١١، مختصر الخرقي مع شرحه المغني ٤/٢٠٣، الإفصاح لابن هبيرة ١/٢٠٧.

(٣) ينظر: مختلف الرواية ورقة ٤١/ب، الأسرار ١١١/أ (مراد ملا)، فتح القدير ٢/٢٢٢.

(٤) مختلف الرواية: ورقة ٤١/ب، الأسرار ١١١/أ (مراد ملا)، فتح القدير ٢/٢٢٢.
وهو قول المالكية والرواية الأخرى عند الحنابلة في كيفية الضم.
الإشراف للبغدادي ١/١٧٥، المغني ٤/٢١١، قوانين الأحكام ص ١١٧.
وفائدة الخلاف في هذه المسألة تظهر في أنه على قول مَنْ يضم بالأجزاء لا يجب عليه شيءٌ فيما إذا كان عنده مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها مائة درهم حتى يكمل النصاب بالأجزاء من الجنسين.
وعلى قول مَنْ يضم بالقيمة يوجب عليه الزكاة فيها.

الزكاة، دليله: البقر[1] والغنم.

والدليل على أنهما مالان من جنسين مختلفين، لأن أحدهما ذهب والآخر فضة، وكل واحد من الاسمين اسم للعين، فإذا تغايرا اسمًا تغايرا عَيْنًا، ولأنَّا نعلم قطعًا أن الذهب غير الفضة والفضة غير الذهب، بدليل الصورة والمالية، فإنهما اختلفا صورة ومالية، ولئن جاز أن يقال إنهما مال واحد جاز أن يقال إن البقر والغنم واحد أيضًا، وإذا ثبت هذا الاختلاف عَيْنًا ثبت الاختلاف جنسًا، واستمرت العِلَّة وصحَّت.

ويدل عليه: من حيث الحكم أن الربا لا يجري بينهما ولو كان من جنس واحد يجري بينهما الربا، وحين لم يجر الربا دلَّ أنهما جنسان مختلفان، وقد تأيد الاستدلال بهذا الحكم بنص الرسول ﷺ وهو قوله عليه السلام: (فإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد)[2].

ونقول من حيث التحقيق: إن الضم محسوس غير معتبر بدليل ضم البقر إلى الغنم والغنم إلى البقر لا يعتبر، وإنما اعتبر الضم حكمًا فلابد من دليل ولم يوجد.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: الذهب والفضة في حق الزكاة في حكم مال واحد فيكمل نصاب

---

(١) قال الخطابي في معالم السنن ٢/٢١٠: «ولم يختلفوا في أن الغنم لا تضم إلى الإبل ولا إلى البقر وأن التمر لا يضم إلى الزبيب» ا. هـ.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١١/١٤ في باب «الربا»، ولفظه: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد» ا. هـ.

بعضه بالبعض كالكسور والصحاح والمعز والضأن.

وإنما قلنا ذلك، لأن الزكاة تجب في الأموال بوصف النماء على ما عُرِف، والنماء في الذهب والفضة بصفة الثمنية، وصفة الثمنية صفة منمية لأنها صفة التجارة وطريق التوصل إلى الأشياء، والذهب والفضة من حيث الثمنية في حكم مال واحد، لأنهما خُلقا ثمنًا للأشياء فوجب ضم بعضه إلى البعض كما وجب ضم أموال التجارة بعضها إلى البعض.

يبيّنه: أنها باعتبار الثمنية صار مالًا للتجارة فصار كالعروض التي يعدها للتجارة.

ولهذا قال أبو حنيفة: إنه يضم باعتبار القيمة [٤٨/أ] لأنهما إذا صارا مالي التجارة فكان الضم بالقيمة كسائر أموال التجارة.

وربما يتعلقون باتفاق الواجب فيهما[١]، فإنه ربع العُشر بكل حال، وكذلك اتفاق النصاب فإن كل دينار يعدل بعشرة دراهم[٢]، وعلى هذا يكون نصاب الدنانير مثل نصاب الدراهم.

قالوا: ولأن كل واحد منهما يضم إلى سلع التجارة فإذا ضممناهما إلى سلع التجارة حضم[٣] الضم بينهما ضرورة.

۞ الجواب:

أنَّا دللنا على أنهما مالان مختلفان جنسًا وتعلقنا بالحكم والحقيقة.

(١) ينظر: الأسرار: ورقة ١/١١١ ـ ب (مراد ملا).

(٢) الجوهرة على مختصر القدوري ١/١٥٨.

(٣) كذا في المخطوط ولعله: حصل.

وأمّا قولهم: «إنهما خلقا للثمنية فيكونا مالًا واحدًا في المعنى».

قلنا: ولِمَ لا يجوز أن يختلفا جنسًا، وإن كان خُلِقَا لشيء واحد، لأنه غير مستنكر ولا مستبدع أن يخلق الله تعالى أشياء كثيرة لمعنًى واحد، وهذا لأنه إذا خلق شيئاً واحدًا لمعنًى واحد ضاق الأمر على الناس، وإذا خلق أشياء كثيرة لمعنى واحد اتسع الأمر على الناس وزال الضيق حتى إذا تعذر وصوله إلى واحد في ذلك المعنى وصل إلى غيره.

والدليل على جواز ما قلناه أن الله تعالى قال: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾(١).

فقد أخبر أنه تعالى خلق هذه الأشياء لمعنى واحد، ومع ذلك لم يجعل الجميع كمالٍ واحد، وليس كمالِ التجارة.

ولأن نصاب أموال التجارة من قيمتها، وإذا كان النصاب من قيمتها صار الجنس واحدًا، لأنه يقوّمها إما بالدنانير أو بالدراهم، وينظر إلى ما اشترى من العروض بها من هذين النقدين، فإذا قوّم بأحدهما فهو مال واحد وتكميل النصاب جرى في مالٍ واحدٍ لا في مالين مختلفين بخلاف مسألتنا، فإن نصاب الدراهم والدنانير من أعيانهما، ألا ترى أن كل جنس لو انفرد لم تجب الزكاة حتى يكمل نصابًا من عينه، قلّت القيمة أو كثرت كالسوائم سواء بخلاف الثياب وسائر العروض إذا كانت للتجارة، فإن ثوبًا لو بلغت قيمته ألفًا كان نصابًا، وثياب كثيرة إذا لم تبلغ قيمتها نصابًا لم يكن نصابًا، فإن قيل: إنما كان كذلك، لأن الجودة من كل واحد منهما غير متقومة إذا انفرد،

(١) سورة النحل، من الآية (٨).

وإذا لم يتقوم، فلهذا اعتبر كمال النصاب عينًا، فأمّا عند المقابلة بجنس آخر تقوّم الجودة، فإذا ظهرت قيمته كمل النصاب بالقيمة، وعند الانفراد لم تظهر قيمته فأكمل النصاب بالعَيْن.

قالوا: (وهذا كما قلنا فيمَنْ غَصَبَ قُلْبًا[1] فهشمه ثم رد على صاحبه فأخذه صاحب القُلْب وأراد أن يضمنه قيمة الجودة لم يكن له ذلك، لأنه أراد أن يضمن الجودة بانفرادها، ولو أراد أن يترك الأصل عليه ويضمنه بخلاف جنسه جيدًا كان له ذلك)[2] بخلاف مسألتنا.

والجواب:

إن الجودة مال متقوّم، وإنما سقط اعتبارها في موضع مخصوص بالنص ففيما وراء ذلك الموضع هي معتبرة متقوّمة، ومسألة القُلب المهشوم على أصولهم، وعلى الأصح من الوجوه لأصحابنا له أن يضمنه الجودة من جنس الفضة، لأن الربا إنما يعتبر في المعاقدات، فأمّا في ضمان الإتلاف فلا.

وأمّا قولهم: «إن الواجب واحد وهو رُبُع العُشر».

قلنا: هذا لا يدل على اتفاق الجنسين بدليل العُشر في الأجناس الخارجة من الأرض، وكذلك الخُمس في الغنائم المشتملة على الأجناس المختلفة.

وأمّا قولهم: «إن النصاب واحد».

فليس كذلك، لأن الدنانير عندنا غير معدَّلة بعشرة دراهم[3] بل هو

---

(١) القُلب ـ بالضم ـ: سوار من الفضة غير ملتوٍ. المصباح المنير، مادة (قلب).

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ١١١/ب (مراد ملا)، ببعض التصرف.

(٣) أي عند الشافعية.

معدَّل باثنى عشر درهمًا فلم يتفق النصاب والنصاب.

وأمّا قولهم: «إن كل واحد منهما يضم إلى السلعة».

فهذه الصورة كل صورة يوردونها على مذهبهم، وعندنا ينظر إلى الذي اشترى به السلعة فإن كان دراهمًا تقوَّم السلعة بها ويضم إليها الدراهم ولا يضم الدنانير، وكذا على العكس فلا ضَمّ عندنا على ما زعموا. والله أعلم.



※ (مَسْألَة):

لا زكاة في حلي النساء على أحد قولي الشافعي[(١)] رضي الله عنه.

وفي الآخر يجب[(٢)]، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه[(٣)].

---

(١) النكت: ورقة ٨١/أ، الأم ٣٥/٢، المهذب: ٢١٥/١، المجموع ٤٩٠/٥، روضة الطالبين ٢٦٠/٢، وقال النووي في الروضة: «وهو الأظهر» ا. هـ. شرح السنة للبغوي ٥٠/٦، حلية العلماء ٨٣/٣، معالم السنن ٢١٤/٢.
وهو قول المالكية وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة، الإشراف للبغدادي ١٧٦/١، المغني ٢٢٠/٤، قوانين الأحكام ص١١٨.

(٢) المهذب ٢١٥/١، قال الشيرازي في المذهب: «واستخار الله فيه الشافعي، واختاره لما روى أن امرأة من اليمن...» ا. هـ. المجموع ٤٩٠/٥، روضة الطالبين ٢٦٠/٢.

(٣) الأسرار: ورقة ١٨٠/ب (شهيد علي)، مختصر الطحاوي ص٤٩، المبسوط ١٩٢/٢، البدائع ٨٤١/٢، رؤوس المسائل ص٢١٦، مختصر القدوري مع الجوهرة ١٥٨/١، الحُجَّة ٤٤٨/١.
وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر: المغني ٢٢٠/٤، معالم السنن ١٣/٢.
قال الخطابي في المعالم: «الظاهر من الكتاب يشهد لقول مَنْ أوجبها والأثر يؤيده، ومَنْ أسقطها ذهب إلى النظر، ومعه طرف من الأثر، والاحتياط أداؤها» ا. هـ. ٢١٤/٢.

وقد روى عن جماعة من الصحابة القول بنفي الزكاة على الحلي منهم: ابن عمر[١]، وعائشة[٢]، وأسماء[٣]، وجابر[٤]، وأنس[٥] بن مالك، نقل عنهم بأسانيد معروفة.

وروي مثل ذلك عن التابعين: عن القاسم[٦] بن محمد، والشعبي[٧]، ومن الأئمة عن مالك[٨]، وأحمد[٩]، وإسحاق[١٠].

وقد ذهب مَنْ أوجب الزكاة فيها إلى أخبار رووها في الباب منها:

ما رواه أبو داود في سننه بإسناده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: «أن امرأة أتت النبي ﷺ ومعها ابنة لها وفي يد ابنتها مسكتان[١١] غليظتان من ذهب، فقال: أتعطين زكاة هذا؟ قالت: لا، قال: أَيَسُرُكِ أن يَسَوِّرَكِ الله بهما يوم القيامة بسوارين[١٢] من نار؟ قال: فخلعتهما وألقتهما إلى النبي ﷺ فقالت: هما لله ورسوله»[١٣].

---

(١) رواه الشافعي عنه في الأم ٢/٣٥، وذكره البغوي في شرح السُنَّة ٢/٤٩.
(٢) رواه الشافعي عنها في الأم ٢/٣٤، ٣٥، وذكره البغوي في شرح السُنَّة ٢/٤٩.
(٣) رواه الدارقطني عنها في سننه ٢/١٠٩، وذكر البغوي في شرح السُنَّة ٦/٤٩.
(٤) رواه الشافعي عنه في الأم ٢/٣٥، وذكره البغوي في شرح السُنَّة ٦/٤٩.
(٥) ذكره البغوي في شرح السُنَّة ٢/٤٩.
(٦) ذكره البغوي في شرح السُنَّة ٢/٤٩، ٥٠.
(٧) ذكره البغوي في شرح السُنَّة ٢/٤٩، ٥٠.
(٨) ينظر: الإشراف للبغدادي ١/١٧٦.
(٩) ينظر: المغني ٤/٢٢٠، وقال ابن قدامة: «وهذا ظاهر المذهب».
(١٠) ينظر: شرح السُنَّة للبغوي ٢/٥٠، المغني ٤/٢٢٠، المجموع ٥/٤٩٠.
(١١) المسكة بالتحريك: الأسورة أو الخلخال.، معالم السُنَن ٢/٢١٢.
(١٢) كذا في المخطوط وفي سنن أبي داود: «سوارين».
(١٣) ينظر: سنن أبي داود ٢/٢١٢ مع المعالم، باب «الكنز ما هو؟ وزكاة الحلي». =

وذكر أبو عيسى هذا الخبر في جامعه، وقال: (إن امرأتين أتتا النبي عليه[1] السلام في أيديهما سواران من ذهب، فقال لهما: أتؤديان زكاتهما[2]؟ قالتا: لا، فقال: أتحبان أن يسوِّركما الله بسوارين من النار؟ قالتا: لا، [٤٨/ب] قال: فأديا زكاته)[3].

وروى أبو داود أيضًا برواية عبد الله بن شداد، عن عائشة قالت: «دخل عليّ رسول الله ﷺ فرأى في يديَّ فتخات[4] من وَرِقٍ، فقال: ما هذا يا عائشة؟ فقلتُ: صنعتُهن أتزينُ لك يا رسول الله، فقال: أتودّين زكاتها؟، قلتُ: لا، قال: هو حسبك من النار»[5].

= ورواه أيضًا: النسائي في سننه ٥/٢٨، في باب «زكاة الحلي» مرسلًا ومسندًا.
ونقل الزيلعي في نصب الراية عن ابن القطان قوله: «إسناده صحيح».
ونقل عن ابن المنذر في مختصره قوله: «إسناده لا مقال فيه» ا. هـ.
نصب الراية ٢/٣٧٠، ورواه الدارقطني في سننه ٢/١٠٧، ١١٢. والبيهقي في سننه ٤/١٤٠.

(١) في المخطوط: «عليهما» وهو خطأ.

(٢) كذا في المخطوط، وفي السنن «زكاته».

(٣) ينظر: سنن الترمذي ٣/١٣١ مع العارضة، في باب «زكاة الحلى».
قال أبو عيسى: «هذا حديث، قد رواه المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب نحو هذا، والمثنى بن الصباح وابن لهيعة ضعيفان في الحديث، لا يصح في هذا الباب عن النبي ﷺ شيء» ا. هـ.
وقد رواه البغوي في شرح السُنَّة ٦/٤٨، باب «زكاة الورق والحلى».
وعبد الرزاق في مصنفه ٤/٨٥، ٨٦، رقم (٧٠٦٥).
وذكره محمد بن الحسن في الحُجَّة استدلالًا به ١/٤٤٩.
وقد استدل به الدبوسي في أسراره: ورقة ١٨٢/أ.

(٤) الفتخات: خواتيم كبار، كان النساء يتختمن بها، الواحدة فتخة.
ينظر: معالم السُنَن ٢/٢١٣.

(٥) ينظر: سنن أبي داود ٢/٢١٣ مع المعالم، في باب «الكنز ما هو؟ وزكاة الحلى». =

وروى الدارقطني بإسناده عن عطاء عن أم سلمة: «أنها كانت تلبس أوضاحًا من ذهب، فسألت النبي عليه السلام عن ذلك، فقلتُ: أكنز هو؟ فقال: إذا أدّيتِ زكاته فليس بكنز»[١].

وروى الشعبي قال: سمعتُ فاطمة[٢] بنت قيس قالت: «أتيتُ رسول الله ﷺ بطوق[٣] فيه سبعون مثقالًا من ذهب، قلتُ: يا رسول الله، خذ منه الفريضة، فأخذ منه مثقالًا وثلاثة أرباع مثقال»[٤].

وفي رواية أخرى عن الشعبي عن فاطمة بنت قيس أن النبي عليه السلام قال: (في الحلي الزكاة)[٥].

= ورواه الدارقطني في سننه ٢/١٠٥، ١٠٦، قال الدارقطني بعد أن روى الحديث: «ومحمد ابن عطاء هذا مجهول» ا. هـ.
والبيهقي في سننه ٤/١٣٩.
والحاكم في المستدرك ١/٣٨٩، وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(١) ينظر: سنن الدارقطني ٢/١٠٥ في باب «ما أدى زكاته فليس بكنز».
ورواه أيضًا أبو داود في سننه ٢/٢١٢ مع المعالم، في باب «الكنز ما هو؟ وزكاة الحلى».
والحاكم في المستدرك ١/٣٩٠، وقال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه، ووافقه الذهبي.

(٢) فاطمة بنت قيس بن خالد الفهرية، أخت الضحاك، صحابية مشهورة، وكانت من المهاجرات الأول، روى لها الجماعة، ينظر: التقريب ص٤٧١.

(٣) الطوق: معروف، والجمع أطواق، وطوق كل شيء ما استدار به.
المصباح المنير، مادة (طرق).

(٤) رواه الدارقطني في سننه ٢/١٠٢، ١٠٧.

(٥) رواه الدارقطني في سننه ٢/١٠٧.

وروى حماد عن[1] إبراهيم، عن علقمة، عن عبد الله بن مسعود قال: «قلتُ للنبي ﷺ إن لامرأتي حُلّيًا من عشرين مثقالًا، قال: (فأدِّ زكاته نصف مثقال)»[2].

ونحن نقول: هذه الأخبار ضعيفة في الإسناد:

فالخبر الأول: رواه عمرو[3] بن شعيب، والحسين[4] المعلم، وابن ربيعة، والمثنى بن الصباح[5]، والحجاج بن أرطأة[6]، وهؤلاء كلهم ضعفاء في الرواية.

والخبر الثاني: رواه محمد[7] بن عطاء عن عبد الله بن شداد، قال الدارقطني «ومحمد بن عطاء هذا مجهول»[8].

---

(١) في المخطوط: (ابن) والتصويب من سنن الدارقطني.

(٢) رواه الدارقطني في سننه ٢/١٠٨.

(٣) عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، صدوق من الخامسة، مات سنة ١١٨هـ، روى له أصحاب السنن الأربعة، وروى له البخاري في جزء القراءة، ينظر: التقريب ص٢٦٠.

(٤) الحسين المعلم هو: ابن ذكوان المكتب العَوْذي ـ بفتح المهملة وسكون الواو بعدها معجمة، البصري، ثقة ربما وَهِمَ، من السادسة، مات سنة ١٤٥هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٧٣.
رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن حسين المعلم.

(٥) حديث المثنى بن الصباح رواه الترمذي في سننه وقد سبق الإشارة إليه.

(٦) حديث الحجاج بن أرطأة رواه الدارقطني ٢/١٠٨.

(٧) محمد بن عمرو بن عطاء القرشي العامري المدني، ثقة، من الثالثة، مات في حدود العشرين، وَوَهِمَ مَنْ قال: إن القطان تكلم فيه أو إنه خَرَجَ مع محمد بن عبد الله بن حسن فإن ذلك هو ابن عمرو بن علقمة، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٣١٣.

(٨) ينظر: سنن الدارقطني ٢/١٠٦. =

والخبر الثالث: رواه أبو حميد[1] الحمصي عن عثمان[2] بن سعيد الحمصي، عن محمد بن مهاجر[3]، عن ثابت[4] بن عجلان، وهذا إسناد مظلم، وأكثر الرواة ضعفاء مجاهيل.

والخبر الرابع: رواه أبو بكر الهذلي[5] عن شعيب[6] بن الحبحاب، عن الشعبي، وأبو بكر الهذلي متروك لا يحتج بحديثه[7].

= وقال البيهقي في السنن ٤/١٤٠: هو محمد بن عمرو بن عطاء، معروف.
ونقل الزيلعي عن البيهقي في نصب الراية ٢/٣٧١، قوله: «لكنه لما نُسِبَ إلى جده ظَنَّ الدارقطني أنه مجهول، وليس كذلك» ا. هـ ٢/٣٧١.
ينظر: ترجمته في الحاشية السابقة.

(١) أبو حميد الحمصي أحمد بن محمد بن المغيرة بن سنان الأزدي الحمصي، صدوق، من الحادية عشرة، مات سنة ٢٦٤هـ.
روى له النسائي في سننه. ينظر: التقريب ص١٦.

(٢) عثمان بن سعيد الحمصي، ثقة عابد، من التاسعة، مات سنة ٢٠٩هـ.
روى له أبو داود والنسائي وابن ماجه، ينظر: التقريب ص ٢٣٣.

(٣) محمد بن مهاجر الأنصاري الشامي، أخو عمرو، ثقة من السابعة، مات سنة ١٧٠هـ، روى له مسلم وأصحاب السنن والبخاري في الأدب المفرد. ينظر: التقريب ص ٣٢٠.

(٤) ثابت بن عجلان الأنصاري أبو عبد الله الحمصي نزل أرمينية، صدوق من الخامسة، روى له البخاري وأبو داود والنسائي وابن ماجه.
ينظر: التقريب ص ٥٠.
رواه بهذا الإسناد الدارقطني في سننه ٢/١٠٥.

(٥) أبو بكر الهذلي، قيل: اسمه سُلمي بن عبد الله، وقيل: روح أخباري متروك الحديث ـ من السادسة ـ مات سنة ١٦٧هـ. روى له ابن ماجه. ينظر: التقريب ص ٣٩٧، المجروحين لابن أبي حاتم ١/٣٥٩.

(٦) شعيب بن الحبحاب الأزدي، مولاهم أبو صالح البصري، ثقة، من الرابعة، مات سنة ١٣١هـ، روى له البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب ص١٤٦.

(٧) ينظر: التقريب ص ٣٩٧، سنن الدارقطني ٢/١٠٧، التلخيص الحبير ٢/١٧٦.

والخبر الخامس: رواه صالح بن عمرو، عن أبي حمزة[(١)] ميمون، عن الشعبي.

قال الدارقطني: أبو حمزة هذا ضعيف الحديث[(٢)].

والخبر السادس: رواه عن حماد: يحيى[(٣)] بن أبي أنيسة.

قال الدارقطني: يحيى بن أبي أنيسة، متروك الإسناد، وَهِمَ، والصواب أنه مرسل موقوف[(٤)].

وإذا ضعفت الأخبار من هذا الوجه فنصير إلى المعنى فنقول: مال مصروف عن جهة النماء إلى ابتذال مباح فلم تجب فيه الزكاة.

دليله: مال التجارة إذا جعلها للبذلة.

وتحقيقه: أن نقول: فَقَدَ محل الزكاة فلا تجب فيه الزكاة.

والدليل على أنه فَقَدَ محل الزكاة أن محل الزكاة هو المال النامي، لأنها واجبة بوصف اليسر، وعلى جهة المواساة ولا يتحقق هذا الوصف وهذه الجهة إلا أن يكون المال مالًا ناميًا، ولهذا المعنى لا تجب الزكاة، فيما دون

---

(١) ميمون أبو حمزة الأعور القصاب، مشهور بكنيته، ضعيف، من السادسة، روى له الترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب ص ٣٥٤.

(٢) قاله الدارقطني في السنن ٢/١٠٧.

(٣) يحيى بن أبي أنيسة ـ بنون ومهملة مصغر ـ أبو زيد الجزري، ضعيف من السادسة، مات سنة ١٤٦هـ.
روى له ابن ماجه. ينظر: التقريب ص ٣٧٣.

(٤) قاله الدارقطني في سننه ٢/١٠٨.

النصاب، ولهذا يُشترط الحَوْل، لأن المال إنما يكثر ببلوغه نصابًا، والنماء يُطلب في المال الكثير، والحَوْل مشروط لتحقق النماء.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول:

وصف النماء في الذهب والفضة بالتقلب والتصرف فإن هذه الجهة جهة منمية مثل التجارة في سائر الأموال، ولما اتخذ الحلي من الذهب والفضة فقد فاتت هذه الجهة، لأنه جعله ليلبسه ويتحلى به ويتزين به مثل ثوب يجعله للبسه وللتجمل به عند الناس، وهذه جهة صحيحة مطلقة شرعًا مثل اللبس في الثياب فيفوت بها جهة النماء، لأن التقلب والتصرف لا يكون إلا بإخراجه عن يده، واللبس والتحلى لا يكون إلا بإمساكه في يده فحصلت مضادة ومنافاة بين الجهتين، ولم يُتصور اجتماعهما، فإذا تحقق الثاني فات الأول قطعًا، وإذا فات سقطت الزكاة لفوات محلها على ما سبق فهذا الذي قلناه معتمد المسألة، وسنبين كلامهم عليه، والجواب عنه، ويمكن أن يقال في الابتداء أن الحلي مشغول بحاجته، والزكاة لا تجب إلا في المال الذي يفضل عن حاجته مثل ثياب اللبس والعبيد للخدمة، والدواب للركوب، وهذا الكلام يصلح تقريرًا للأول والاعتماد على الأول.

۞ **وأمّا حُجَّتهم:**

قالوا: (الزكاة حكم شرعي يتعلق بالذهب والفضة فيتعلق بالحلي.

دليله: الربا)[1].

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ١٨٢/ب (شهيد علي).

ودليل تعلقها بالذهب والفضة أنها تجب بملك العين من غير شرط زائد، بدليل وجوبها في التبر والسبائك والدراهم المعدة للإنفاق.

والحرف أن الزكاة تجب في الذهب والفضة كيف ملكها، وعلى أيِّ جهة أمسكها فصارت متعلقة بنفس المِلْك من غير اعتبار معنى زائد عليه، فثبت أنه حكم متعلق بعينها مثل الربا سواء.

وقد قال بعضهم: إن الذهب والفضة مال التجارة بعينها لأنهما خُلِقا لذلك فبقيا مالين للتجارة ببقاء عينهما، والزكاة واجبة في مال التجارة.

والدليل على أنهما خُلِقا للتجارة أنهما خُلِقا للتقلب والتصرف والتوصل بهما إلى الفوائد المالية، وهذا هو التجارة.

قالوا: وأما قولكم: «إنه فاتت جهة النماء باتخاذ الحلي».

فليس كذلك، لأنهما لما خُلِقا للتجارة فلم يفت ذلك بفعل من العباد.

وتحقيقه: أن الذهب والفضة صارا للتجارة بعينهما وعينهما باقٍ.

وربما يقولون: صارا للتجارة لقبولهما جهة التقلب والتصرف، وهذا المعنى قائم [٤٩/أ] بعد اتخاذ الحلى فيبقيان للتجارة، وهذا لأن التزين والتحلي بالذهب والفضة ليس بمضادٍ لجهة التجارة بالوجه الذي قدَّمنا.

قالوا: وخرج على هذا عروض التجارة، لأنها صارت للتجارة بمعنى عارض وقد تُرِكَ ذلك العارض فخرجت عن جهة التجارة، أما ههنا إنما صار هذا المال مال التجارة لا بعارض بل بعينه وباتخاذ الحلى ما فاتت العين فبقي مالًا للتجارة.

يبيِّنه: أن نهاية ما في الباب أن الحلى يعدّ للإمساك فإذا لم يكن صار الذهب والفضة للتجارة بالإعداد للتقلب والتصرف، والإعداد للتقلب والتصرف لا يفوت بالإمساك.

ألا ترى أنه لو لم يعدّه للتقلب والتصرف بل أعدّه للنفقة أو دفنه في موضع ليكون ذخيرة له وجبت الزكاة، بل صار للتجارة بمجردة وجود العين، فكذلك ههنا بالإعداد والإمساك للتحلي والتزين لا يخرج عن كونه مال التجارة، وهذا فصل معتمد.

قالوا: ولأن التحلي والتزين جهة دون جهة التقلب والتصرف؛ لأن التقلب والتصرف بهما قيام المعاملات وبالمعاملات بقاء العالَم.

وأمّا التحلّي والتزين فلا يتعلق به القوام إنما هو من فضول الحاجات، فإذا ثبت أن هذه الجهة دون تلك الجهة، فالشيء لا يرتفع بما هو دونه كما لا يُنسخ الكتاب والسُنَّة المتواترة بخبر الواحد.

قالوا: وبهذا فارق عروض التجارة إذا جعلها للبذلة والمهنة، لأنه جهة مثل جهة الأولى، لأن القوام متعلق بالجهتين فاستويا فجاز أن ترتفع الأولى بجهة مثلها، وعلى هذا خرجت الجواهر إذا اتجر فيها حيث تصير للتجارة، لأنها خُلقت لجهة التزين، وإذا صرفها إلى جهة التجارة فقد صرفها إلى جهة فوقها فجاز أن ترتفع الأولى بها.

وقد تعلّق كثير منهم بالحلي إذا كانت للرجال، فإن الزكاة فيها واجبة بالاتفاق.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن هذه الجهة محظورة على الرجال، لأن الصرف عن جهة النماء إذا حصل سقط الزكاة سواء أ كان بجهة محظورة أو بجهة مباحة.

ألا ترى أن السائمة من الإبل إذا علّفها بعلف مغصوب سقطت زكاتها، وكذلك ثياب التجارة من الحرير إذا اتخذها الرجل للبسه سقطت زكوتها، وكذلك البقر السائمة إذا جعلها عوامل لنقل الخمر فإنه تسقط زكاتها.

الجواب:

أمّا قولهم: «إن الزكاة تتعلق بعَيْن الذهب والفضة».

قلنا: إن عنيتم أنها تعلّقت بعينهما لا لمعنى، فلا نسلِّم، وإن عنيتم لمعنى فمسلَّم، وهذا كالسوائم تتعلق الزكاة بأعيانها لمعنًى، كذلك ههنا.

فإن قالوا: «فأيش ذلك المعنى».

قلنا: وصف النماء وقد فات في مسألتنا على ما سبق.

وأمّا الربا يتعلق بعينهما بنص الشارع وعينهما باقٍ.

قالوا: «إن عندكم عِلَّة الربا الثمنية وقد زالت باتخاذ الحلي».

قلنا: نحن نقول إن جريان الربا حكم متعلق بعين الذهب والفضة، وأمّا العِلَّة بالثمنية لم يكن لأنه غير متعلق بعين الذهب والفضة بل لمنع إلحاق غير الذهب والفضة بالذهب والفضة.

وقد قال بعض أصحابنا: إن العِلَّة كونهما جوهري الأثمان وهذا المعنى

باقي بعد الصنعة.

ومنهم مَنْ قال: إن لم يبق حقيقة الثمنية بعد صنعة الحلي فقد بقيت شبهة الثمنية، والتحريم يثبت بشبهة الربا، وأمّا الزكاة لا تجب بشبهة النماء بل تجب بحقيقة النماء.

وأمّا قولهم: «إن وصف النماء أو صفة التجارة قائمة بعد صنعة الحلى».

قلنا: قد دلّلنا على الفوات ثم يتبيَّن وجه ذلك على ما يمكن الاعتماد عليه فنقول: إن الله تعالى خلق الذهب والفضة لمنافع العباد فكل منفعة يجوز حصولها من الذهب والفضة، فهما مخلوقان لذلك، فعلى هذا خلق الله تعالى الذهب والفضة لمنفعة التقلب والتصرف، ولمنفعة التحلي والتزين وغير ذلك، إلا أن في الابتداء بعين جهة التقلب والتصرف ويُجعل الذهب والفضة كأنهما خُلقا لذلك، لأن هذه المنفعة أعم من منفعة التحلي والتزين.

ألا ترى أنها تعم الرجال والنساء، ومنفعة التحلي والتزين تختص بالنساء، وإنما يجوز للرجال في الفضة على الخصوص في شيء معيّن من خاتم وما يشبهه، وهو شيء يسير لا يقع الالتفات إليه فتعيَّن جهة التجارة بهذا الرجحان، إلا أنه مع ذلك يقبل أن يجعل للمنفعة الأخرى، ويصرف إليها بعارضٍ صنعةٍ مباحةٍ مشروعةٍ لذلك النوع من المنفعة على الخصوص، فإذا صرف وصنع انصرف عن تلك الجهة إلى هذه الجهة، وفات صفة النماء، وهي شرط وجوب الزكاة فسقطت لفقدان شرطها، وهذا كالثياب والدواب خُلِقت لمنافع فيها، وتعيَّنت في الابتداء لجهة البذلة بنوع دليل، ثم إذا صرفها عنها بفعل التجارة انصرف ووجبت الزكاة، فإذا عرفنا هذا الأصل فيخرج

عليه ما ذكروا من المعنى، وما تعلَّقوا به من الأحكام.

وأمّا قولهم: «إن جهة التجارة [٤٩/ب] تبقى بعد صنعة الحلي».

قلنا: جهة التجارة وجهة البذلة جهتان مختلفتان، والشرع قد علَّق بكل جهة حكمًا يخالف الجهة الأخرى، ولا يجوز أن يُحكم باجتماعهما، بل إذا ثبتت إحديهما انتفت الأخرى، كما لو جعل ثياب البذلة للتجارة.

وقولهم: «إنه تصوّر فيه التقلب والتصرف بعد اتخاذه حليًا».

قلنا: هذا كَمَنْ يقول إن الثياب والدواب يُتصوّر فيهما اللبس والركوب بعد جعلهما للتجارة، ثم ذلك الزعم باطل، كذلك ههنا، وعلى أنَّا بيَّنا وجود ضدية ومنافاة بين الجنسين محسوسًا ومشروعًا.

وأمّا قولهم: «إنه صار للتجارة بعينه من غير اعتبار معنى وراء العين».

قلنا: بلى، ولكن بنوع دليل مرجِّح لهذه الجهة على غيرها مع قبول العين جعلها مشروعًا ومحسوسًا لجهة أخرى، فإذا جعل لتلك الجهة وصرف عن هذه الجهة صار لها، وفاتت هذه الجهة مثل الثياب والدواب.

وأمّا قولهم: «إن جهة التحلي والتزين دون جهة التجارة».

قلنا: وجهة التجارة دون جهة اللبس والأكل والشرب في الدواب والثياب، لأن قوام الحياة يتعلق بعين هذه الأشياء.

وأمّا التجارة فلا يتعلق قوام الحياة بها، إنما هي طريق التوصل إلى ما يتعلق به القوام فيكون دون الأول قطعًا، ومع ذلك ينصرف إليها بالصرف،

وعلى أن جهة التحلي والتزين جهة مقصودة مطلوبة بدليل قوله تعالى: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾(١).

فقد أخبر أنه خلقهما لهذين وجعلهما بمنزلةٍ واحدة، ولأنه تعالى خلق الجواهر سوى الفضة والذهب في الابتداء للتحلي والتزين، وإن قَبَلَ الانصراف عنه إلى غيره مثل ما خلق الذهب والفضة في الابتداء للتجارة، وَقَبَلَ الانصراف إلى غيره، فاستويا منفعة التجارة ومنفعة التزين من هذا الوجه، لأن ما يفوته الإنسان باختياره لا يفرق بين أن يفوته إلى شيء مثله، أو فوقه أو دونه مثل الاعتياض عن المالية في الأشياء يجوز أن ينقل إلى ما هو مثله أو فوقه أو دونه.

وأمّا المسائل التي تعلَّقوا بها فنقول:

إذا عُرِف الأصل الذي ذكرنا سهل التخريج عليها، لأن جهة التجارة إنما تفوت وتزول بفعل محقق للصرف والإزالة، وذلك لا يوجد إلا بعد اتخاذه حُلّيًا بالصنعة المعروفة، ولا يوجد هذا لا بالسَّبك ولا بإعداده للنفقة، ونيّة الإنفاق لا يُلتفت إليها، لأنه لم يكن للتجارة بالنيّة حتى يفوت بنيّة أخرى، وإنما كان ببقائه على أصل الخِلْقة من غير أن يوجد عارض صنعة مغيّرة، وفي الذهب والفضة المضروبة إن وجد عارض صنعة، فإنما وجد عارض صنعة محققة لجهة التجارة لا عارض صنعة مغيّرة مفوِّتة بخلاف صنعة الحلي على ما سبق.

وأمّا الحلي للرجال فالصرف لم يوجد لحظرية الصنعة فكأن الشرع لحظرية الصنعة جعل الصنعة كالمعدومة، وصار كأنها باقية على الجهة التي

(١) سورة النحل، من الآية (٨).

كانت عليها من قبل.

وأمّا المسائل التي أوردوها على هذا العذر:

ليس يلزم؛ لأن تلك الأفعال وإن كانت محظورة لكن تضمنت ترك جهة التجارة، أو جهة السوم، فلذلك سقطت الزكاة، وهذا الترك لا يوصف بالحظر والحرمة، وقد كانت جهة السوم والتجارة بفعله فتزول بتركه.

وههنا أيضًا يمكن أن يقال: إنه باتخاذ الحُليّ وإن كان محظورًا ترك جهة التجارة لكن لم تكن جهة التجارة بفعله حتى يزول بتركه، بل كان بنوع دليل قام عليه من الشرع فينصرف عنها بشرع مثله، وقد صرفه عنها بشرع صحيح وابتذالٍ مشروع وصنعةٍ مباحةٍ مطلقةٍ، فانصرف وسقط الوجوب. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

وجوب الخراج لا ينفي وجوب العُشر في الخارج من الأراضي الخراجية عندنا[1].

وعندهم: لا يجتمع الخراج والعُشر بحال[2].

---

(١) المجموع ٥/٤٥٤، المهذب ١/٢١٣.
وهو قول جمهور العلماء، قال النووي في المجموع نقلًا عن ابن المنذر قوله: «وهو قول أكثر العلماء وممن قال به عمر بن عبد العزيز، وربيعة، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومالك، والأوزاعي، والثوري، والحسن بن صالح، وابن أبي ليلى، والليث، وابن المبارك، وأحمد، وإسحاق، وأبو عبيدة، وداود» ا. هـ. ينظر: المجموع ٥/٤٥٤.

(٢) الأسرار: ورقة ٢٣٩/أ، المبسوط ٢/٢٠٧، البدائع ٢/٩٣٣.

لنا:

إن العُشر واجب في الخارج فما يجب بسبب الأرض لا ينفيه، لأن الواجب في مال لا ينتفي بواجب في مال آخر.

والدليل على أن العُشر واجب في الخارج، أن الواجب عُشر الخارج فيكون واجبًا بمِلْك الخارج وبسببه، مثل زكاة الذهب والفضة لما كان الواجب رُبع العُشر كان واجبًا بمِلْك الذهب والفضة وبسببهما، لأنه يكثر بكثرة الخارج ويقل بقِلَّته، وأيضًا يختلف باختلاف أجناس الخارج والأرض واحدة غير مختلفة، فثبت أن العُشر واجب في الخارج.

وأمّا الخراج مؤنة الأرض، بدليل أنه يجب بملك الأرض، وإن لم يكن زرع بعد أن تمكن من الزرع، وأمّا العُشر لا يجب بحال إلا بوجود الزرع، وصار الخراج بمنزلة كراء الحانوت، وصار زكاة العُشر بمنزلة زكاة المال الذي يتجر فيه على الحانوت ثم هناك جاز اجتماع وجوبهما، كذلك في مسألتنا.

وقد قال الأصحاب: حقان اختلفا سببًا ومحلًا ومصرفًا وصفةً فاجتمع وجوبهما فالسبب قد ذكرنا، والمحل لأن: أحدهما دراهم في الذمة، والآخر عُشر العين، وأمّا الصفة فلأن أحدهما عبادة، والآخر مؤنة، وأمّا المصرف فلأن [٥٠/أ] أحدهما يُصرف إلى أهل السُّهمان، والآخر إلى المقاتلة.

وأمّا حُجَّتهم:

تعلقوا بحديث رووا عن أبي حنيفة عن حماد عن[1] إبراهيم، عن

(١) في المخطوط: «ابن»، والتصويب من الكامل لابن عدي ٢٧٠٩/٧.




علقمة، عن عبد الله بن مسعود أن النبي ﷺ قال: (لا يجتمع العُشر والخراج في أرض مسلم)[1]، وهو نص؛ لأن الخراج وظيفة الأرض، وكذلك العُشر بدليل أنه يقال: أرض عشرية وأرض خراجية، والإضافة المطلقة في الشرع دليل السببية[2].

دليله: سائر المواضع فلما أضيف كل واحد من العُشر والخراج إلى الأرض دلَّ أنها سبب وجوبهما، ولأن الأرض مال نامٍ فلا يخلو عن واجب.

دليله: سائر الأموال النامية.

وأمّا الزرع ليست بمال النماء، لأن العروض والحبوب إنما يصير مال النماء بالتجارة، والحبوب في هذه المواضع ليست بمال التجارة.

يبيِّنه: أن النامي ما يراد بقاؤه في ملكه، وطلب النماء منه، والأرض

(١) هذا الحديث استدل به الدبوسي في أسراره: ورقة ٢٤٠/ب (شهيد علي).
وقد رواه ابن عدي في الكامل ٢٧٠٩/٧.
وقال بعد ذلك: «هذا الحديث لا يرويه غير يحيى بن عنبسة بهذا الإسناد عن أبي حنيفة وإنما يروي هذا من قول إبراهيم، ويحكيه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم من قوله، وهو مذهب أبي حنيفة، وجاء يحيى بن عنبسة فرواه عن أبي حنيفة فأوصله إلى النبي ﷺ وأبطل فيه، ...» ثم قال: «ويحيى بن عنبسة هذا مكشوف الأمر في ضعفه لرواياته عن الثقات والموضوعات» ا. هـ. الكامل ٢٧١٠/٧.
وينظر: تخريجه في نصب الراية ٤٤٢/٣.
ورواه البيهقي في سننه وقال: «هو حديث باطل ويحيى هذا متهم بالوضع». ينظر: السنن ١٣٢/٤.
وقد ذكره ابن حيان في كتابه المجروحين ١٢٤/٣.
وذكره ابن حجر في لسان الميزان ٢٧٢/٦ عند ترجمة يحيى بن عنبسة.
(٢) الأسرار: ورقة ٢٣٩/أ (شهيد علي).

بهذا الوصف، فأمّا الزرع فلا يُراد للبقاء، فإنه مطلوب في العادة من الأراضي للقوت، والتقوت جهة متوية لا جهة مبقية، فثبت أن العُشر وظيفة الأرض مثل الخراج إلا أن الخراج دراهم في الذمة فإذا ملك الأرض وتمكن من زراعتها وجب.

وأمّا العُشر مقدَّر من الخراج فما لم يوجد الخارج لا يمكن إيجابه، ولهذا افترقا في هذه الصورة وهذا الافتراق لا يدل على اختلاف السبب، ألا ترى أن الأجر للأجير الواحد، والأجير لمشترك في مقابلة العمل، وإن كان أحدهما لا يجب إلا بالعمل والآخر يجب بتسليم النفس وإن لم يوجد العمل، وأما اختلاف مصرفها جاء من حيث أن أحدهما مشتمل على معنى العبادة وهو العُشر، والآخر محض مؤنة فصرف العُشر إلى أهل السُّهمان والخراج إلى المُقَاتِلة، وهذا الاختلاف لا يمنع اتحاد السبب.

ولأن الدليل قد قام أن ملك الأرض صالح لإيجاب كل واحد منهما، أما العُشر فدليل وجوبه مِلْك المال النامي، والأرض مال نامٍ، وأمّا الخراج فلأن الأرض قطعة من دار الإسلام لا يمكن حفظها إلا بحماية الإمام كما لا يمكن حفظ جميع دار الإسلام إلا بحمايته، والحماية تكون بجندٍ ومقاتلةٍ، ولابد لهم من رزق يعيشون به فوجب الخراج بوصف أنه مؤنة الأرض ووجب لِمَنْ يوجد منهم حماية الأرض، واستدلوا في أن العُشر واجب بسبب الأرض لا بملك الخارج أنه لو اجتنى الثمار من المواضع التي لا تملك وبلغ نصابًا لا يجب فيه العُشر مع وجود الثمر لعدم الأرض، وكذلك النخيل التي في داره المملوكة لا يجب العُشر في ثمارها لعدم الأرض

الخراجية أو العُشرية.

الجواب:

أمّا الخبر فلم يثبت، ولئن ثبت لقلنا به.

وقد قيل: رواه يحيى[1] بن عنبسة، عن أبي حنيفة، ويحيى بن عنبسة متروك[2].

وكيف يثبت هذا الخبر؟ وقد تفرد بإسقاط العُشر بسبب الخراج أبو حنيفة رحمة الله عليه من بين أهل العلم، ولم يوافقه عليه أحد من الأئمة سوى أصحابه الذين درجوا على قوله ونسجوا على منواله.

ونقل ابن المنذر في كتاب «الاختلاف» عن جملة أهل العلم شرقًا وغربًا إيجاب العُشر مع الخراج، وقال: وقد قالت: طائفة قليلة عددها شاذ قولها بخروجه عن أقوال أهل العلم أنه لا عُشر مع الخراج[3] وذكر أصحاب الرأي، ونُقِل عن ابن المبارك أنه ذُكِرَ له قول أبي حنيفة رضي الله عنه في هذه المسألة فقال: لا يُترك كتاب الله وسُنَّة رسوله بقول أبي حنيفة رضي الله عنه، فجاء مما ذكرنا أنه لو صح ذلك الخبر لم يخف على أهل العلم من الأئمة، ولو عرفوا ذلك لم يخالفوه، فدلّ أن الخبر موضوع لا يُلتفت إليه.

(١) يحيى بن عنبسة القرشي، عن حميد الطويل، قال ابن حبان: دجال وضاع.

(٢) وقال ابن عدي: منكر الحديث مكشوف الأمر، وقال الدارقطني: «دجال يضع الحديث» ا.هـ.
لسان الميزان: ٦/٢٧٢، الكامل لابن عدي ٧/٢٧٠٩، المجروحين لابن حبان البستي ٣/١٢٤.

(٣) كلام ابن المنذر هذا نقله المنبجي في اللباب ١/٣٩٣.

وأمّا المعنى:

قولهم: «إن العُشر وظيفة الأرض».

لا نُسلِّم، بل هو زكاة الخارج.

وأمّا قولهم: «إنه مضاف إلى الأرض».

قلنا: ويضاف إلى الزرع فيقال: عُشر الزرع، ولعل هذه الإضافة أشهر وأظهر فتكون بالاعتبار أولى، ثم يجوز أن تكون تلك الإضافة التي تعلقوا بها على طريق التوسع والمجاز.

ومعنى قولهم: «أرض عُشرية».

أي: أرض يجب العُشر في الخارج منها.

وأمّا قولهم: «إن الأرض مال نامٍ».

قلنا: هذا غلط قبيح، لأن الزرع ليست بنماء الأرض، وإنما هي نماء البذر، ولهذا يكون لصاحب البذر لا لصاحب الأرض، ولأن نماء كل شيء من جنسه، فلا يُتصور نماء الأرض بالزرع، نعم يحصل من الأرض قوة في نماء البذر، فأمّا أن يكون نماء الأرض فمطمع محال، وهذا كالحاضنة للولد تكون منها قوة في تربية الولد، وأما الولد فهو ولد أبيه وأمه.

وأمّا قولهم: «إن الزرع ليس بمال النماء».

قلنا: هو نفس النماء فيكون الإيجاب فيه أولى، وهذا كالسخال تجب

فيها الزكاة بالإجماع، وإن لم تكن مالًا ناميًا؛ لأنها نفس النماء، وأمّا عذرهم عن الفصل الذي ألزمناهم وهو إذا مَلَكَ الأرض ولم يزرع، وقد تمكن منه لا يجب العُشر.

وقولهم: «إنه لا يمكن الإيجاب؛ لأن العُشر مقدَّر بجزء من الخارج [٥٠/ب] فلا يجب بدون الخارج».

قلنا: وجب أن يجب، ويقدر وجود الخارج، وهذا مثل ما قلتم إن المكري يجب العُشر عليه، وإن لم يجب بملك الخارج وقدر ملكه له، والحرف في هذا أنه يستحيل مِلْك المال النامي، ويخلو عن وجوب الحق إلى أن توجد حقيقة النماء بل مِلْك المال النامي سبب صالحٌ تامٌ في وجوب الحق المسمى سواء وجد حقيقة النماء أو لم توجد بدليل السوائم وعروض التجارة.

وأما الأخير الذي قالوه وهو: «إذا اجتنى الثمار من الأراضي التي هي غير مملوكة».

قلنا: إنما وجب العُشر في الخارج بعِلَّة أنه نماء ملكه، فإذا وجب في المال النامي فلأن يجب في نفس النماء أولى، وهذا لا يوجد فيما صوّروه؛ لأن ذلك ليس بنماء ملكه، والمسألة الأخيرة ممنوعة. والله أعلم.



❊ (مَسْأَلة):

نصيب العامل من الربح الحاصل في مال القِراض لا تجب فيه الزكاة عندنا[1].

وعندهم: تجب[2]، وهو أحد قولي الشافعي[3] رضي الله عنه.

والمسألة بناء على أن العامل هل يملك نصيبه بنفس ظهور الربح؟.

عندنا: لا يملك ما لم يقسم، وعندهم يملك.

لنا:

إن المسمى للعامل عمالة فلا يملك قبل القبض.

دليله: المسمى لعامل الصدقات، والأولى أن نقول: جُعل على العمل فلا يملكه قبل تمام العمل.

دليله: الجُعل في الجعالات، والدليل على أنه جُعلٌ أن تصحيح العقد بوجه الإجارة لا يجوز، لأن العمل مجهول، والإجارة على العمل المجهول باطل، ولا يمكن تصحيحه بجهة الشركة، لأن اختلاف الجنس من الجانبين يمنع صحة الشركة.

وقد اختلف الجنس من الجانبين في القِراض، لأن في أحد الجانبين

---

(١) حلية العلماء ٣/٩٤، وعبّر عنه الشاشي في الحلية بالأظهر، النكت: ورقة: ٨٢/ب.
(٢) الأسرار: ورقة ٢٠٣/أ (شهيد علي)، المبسوط ٣/٢٠٤.
(٣) حلية العلماء ٣/٩٤، النكت: ورقة ٨٢/ب.

مال وفي الجانب الآخر عمل، ولا مجانسة بين المال والعمل، وإذا بطل هذان الوجهان لم يبق للصحة وجه إلّا جهة الجُعالات، وحكم الجُعالة أن لا يملك الجعل فيها إلا بتمام العمل، وتمام العمل بالقسمة وإيصال حق رب المال على الكمال إليه.

ويستدل بمسألة من أصولهم قالوا: لو اشترى برأس المال عبدين وقيمة كل واحد بقدر رأس المال، فإن العامل لا يملك شيئاً من العبدين حتى لا تجب فيه الزكاة، ولا يعتق نصيبه إذا أعتق، فكذلك إذا كان العبد واحدًا؛ لأن الصورتين في المعنى واحد.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: العامل أحد الشريكين في الربح فيملك نصيبه بنفس الظهور.

دليله: رب المال (والدليل على أنهما شريكان، أنهما يملكان بشرطٍ واحد وهو قوله: «على أن ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان».

ولأن الربح تفرَّع عن أصل مشترك بينهما، فيكون مشتركًا بينهما كالحاصل بين شريكي العنان وكالشريكين في الشجرة إذا أثمرت تكون الثمرة مشتركة بينهما، وإنما قلنا: «إنه تفرع عن أصل مشترك بينهما»؛ لأن عقد المضاربة صحيح بالإجماع، وإنما صح على جهة ثبوت الشركة بين رأس المال والعمل، وتولد الربح منهما جميعًا فإن رأس المال دراهم ولا يتولد منها ربح بدون التصرف، والتصرف نفسه كلام ولا يتولد منه ربح بدون مال، فإذا اجتمعا حصل الربح مثل المزارعة والمساقاة فإن الأرض بدون الزرع

لا تنبت، والزرع بدون الأرض لا عمل له، فإذا اجتمعا انعقدت الشركة بين منافع الأرض والعمل، ثم يخرج الزرع على سبيل الشركة)[1].

قالوا: وأمّا العُمالة والجعالة فباطلتان إذا كانتا بصنع من العباد (والعمالة عبارة عن كفاية العامل ليفرغ لعمله، ومثل هذا لم نجده مشروعًا مفوَّضًا إلينا حتى نوجبها قصدًا فيما نحتاج إليه من الأعمال؛ بل هذا مما تولى الله إيجابها لعمل العامة، كما أوجب الكفاية للإمام الأكبر، والقاضي، والمفتي، وكل مَنْ فرَّغ نفسه لأمر من أمور الدين فقدر له كفاية من بيت مال المسلمين، فكانت معاملة بين الله تعالى وبين عبده، وما يصح من الله تعالى على عباده لا يشبه ما فوِّض إلينا مما يوجبه بعضنا على بعض، فكان اعتبار القراض بما نوجبه نحن من إجارة أو شركة أولى)[2] من اعتباره بما يوجبه الله تعالى مما يتولاه بنفسه.

قالوا: (وأما مسألة العبدين فإنما لم يملك العامل شيئاً منهما، لأن ملكه إنما يكون من الربح، ولا ربح في هذه الصورة فإن كل واحد من العبدين مشغول برأس المال، وإنما كان كذلك، لأنه قد ثبت عندي[3] أن العبيد لا تُقسَّم جملة ويعتبر كل عبد كأنه ليس معه غيره، وإذا كان أمر العبد هكذا في القسمة، والفضل لا يحصل فضلًا إلا بعد إحراز رأس المال وتحصيله، والمقاسمة بينه وبين الربح، لكن على سبيل الترتيب، ومعنى الترتيب أنه يحصل رأس المال أولًا ثم الربح، وكل عبد وجب اعتباره في هذا الحكم

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار مع بعض التصرف. ورقة: ٢٠٣/ب.
(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ٢٠٣/ب.
(٣) أي: عند الدبوسي، ينظر: الأسرار. ورقة: ٢٠٤/أ (شهيد علي).

كأنه ليس معه غيره فلم يفضل شيء من العبد عن رأس المال، وهذا بخلاف العبد الواحد، لأنه قد فضل.

وحرفهم في هذا أن رأس المال لا يعتبر [٥١/أ] شائعًا في العبدين بل في كل عبد على حدة، وإذا جُعِل هكذا لم يحصل فضل رأس المال)(١).

❁ **الجواب:**

إن كلامه مبني على أن القِراض شركة، وقد بيَّنا أن الشركة مع اختلاف الجنس في رأس المال لا تنعقد، وقد بيَّنا هذا في كتاب «الشركة».

وقلنا: إن الشركة لا تكون شركة إلا بالاختلاط، ولا يُتصور الاختلاط بين المال والعمل، ونقول أيضًا: إن المال نماء المال بكل حال، ولا يُتصور أن يكون العمل نماء، لما بيّنا أن نماء كل شيء ما يكون من جنسه فلا يُتصوّر أن يكون المال نماء العمل، وإنما العمل شرط ظهور الربح، فأما أن يكون الربح متولدًا من المال والعمل فكلام مستحيل، ولا يمكن تصحيحه بوجهٍ ما، وإذا ثبت هذا لم يكن القِراض عقد شركة إنما هو تسمية جُعل للعامل فيستحق ما يستحقه عمالة أو جعالة.

وأمّا قولهم: «إن الجعالة باطلة فيما بين العباد».

قلنا: هي صحيحة بدليل أنه لو قال: «مَنْ ردّ آبقاً فله كذا» يصح، وإذا رد استحق، ولأنهم إذا سَلّموا أنه صح شرعًا فإذا عقد العقد على وفاق الشرع انعقد، ولأن مثل هذا العقد يحتاج إليه العباد وذلك بأن يكون العمل مجهولًا

---

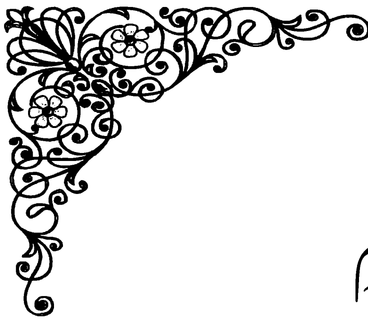
(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ببعض التصرف. ورقة: ٢٠٤/أ (شهيد علي).

لا يمكن إعلامه، وإذا احتاج إليه العباد فلو لم يصح ذلك منهم أدَّى ذلك إلى الحَرَج العظيم فإذا صح سائر العقود لحاجة العباد، فكذلك هذا العقد يصح ويجوز لحاجة العباد أيضًا.

وأمّا مسألة العبدين ففي نهاية اللزوم، فإن الربح قد ظهر قطعًا، بدليل أن العامل له المطالبة بالقسمة، وهو بالبيع حتى لو أراد المالك أن يأخذ العبدين ويفوز بهما ولا يعطى العامل شيئاً ليس له ذلك، بل يجبر على التمكين من البيع وقسمة الربح، وكذلك إذا استهلك العبدين أو أعتقهما فإنه يضمن نصيب العامل.

ويدل عليه: أنه لو مات العامل يورث نصيبه من العبدين، وأيضًا فإنه لا تجب زكاة العبدين على رب المال، فدلت هذه المسائل أن العبدين كالعبد الواحد، وأنه قد ظهر الربح فيهما، ومع ذلك لم يملكه العامل ولم تجب عليه زكاته دلَّ أن المعنى ما بيّنا وبطل بهذه المسائل قوله: «إنه يُجعل كل واحد من العبدين كأنه ليس معه غيره»، ثم هذه دعوى بلا دليل ودفع للحقيقة بلا برهان، وبمثل هذا لا تندفع الإلزامات، والله أعلم بالصواب.






كِتَابُ الصَّوْمِ

※ (مَسْأَلَة):

تبييت النية واجبة في صوم الفرض عندنا[1].

وعندهم: ليس بواجب إذا كان الفرض في وقت بعينه، وإن كان لا في وقت بعينه وجب[2].

※ لنا:

حديث ابن شهاب عن سالم، عن أبيه، عن حفصة أن النبي ﷺ قال: (مَنْ لم يُجمع الصيام قبل طلوع الفجر فلا صيام له) ذكره أبو داود في سننه[3].

---

(١) النكت: ورقة ٨٨/ب، المهذب ٢٤٣/١، حلية العلماء ١٥٤/٣، المجموع ٢٥٨/٦، الأم ٨١/٢.
قال الخطابي في المعالم: «وهو قول عمر وعبد الله بن عمر، وإليه ذهب الحسن البصري، وبه قال الشافعي وأحمد» ا. هـ. ٨٢٤/٢.
المغني ٣٣٣/٤، وهو قول المالكية، ينظر: الإشراف ١٩٤/١، بداية المجتهد ٢٩٣/١، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٣٥/١.

(٢) الأسرار: ورقة ٢٥٢/أ (شهيد علي)، مختصر القدوري ١٧٥/١، مختصر الطحاوي ص٥٣، المبسوط ٥٩/٣، ٦٢، البدائع ٩٩٣/٢ ـ ٩٩٨، رؤوس المسائل ص٢٢٣، مختلف الرواية: ورقة ٤٢/ب.

(٣) ينظر: سنن أبي داود ٨٢٣/٢ مع المعال في باب «النية في الصوم»، وقال أبو داود: لا يصح رفعه.
ورواه الترمذي في سننه ٢٦٣/٣ مع العارضة، في باب «لا صيام لمن لم يعزم من الليل».=

(والإجماع: إحكام النيِّة والعزيمة، يقال: أجمعتُ الرأي وأزمعتُه بمعنى واحد)[1].

فإن قالوا: (إن هذا الخبر ليس بمسند، لأن سفيان ومعمرًا وقفاه على حفصة)[2].

قلنا: (قد أسنده عبد الله بن أبي بكر بن[3] عمرو بن حزم، وهو ثقة، وروايات الثقات مقبولة)[4].

ووجه الاستدلال: أن النبي ﷺ نفى الصوم إذا لم ينوه من الليل، فيقتضي نفيه من كل وجه، وذلك نحمله على نفي الجواز.

فإن قالوا: يوجد الصوم مع فقد النيِّة من الليل محسوسًا، فكيف ينتفي؟.

قلنا: الصوم الفرض مشروعًا لا يوجد قَط مع فقد النيَّة من الليل، ومطلق الصوم في الشرع يُحمل على الصوم الشرعي، لا على الصوم اللغوي، وليس

= وقال الترمذي: الموقوف أصح.
وابن ماجه في سننه ١/٥٤٢، في باب «ما جاء في فرض الصوم في الليل».
قال ابن حجر في التلخيص: «واختلف الأئمة في رفعه ووقفه، فقال ابن أبي حاتم عن أبيه:... الوقف أشبه» ا. هـ.
وقال الترمذي في العلل عن البخاري أنه قال: هو خطأ وهو حديث فيه اضطراب، والصحيح عن ابن عمر أنه موقوف.
وقال أحمد: «ما له عندي ذلك الإسناد» (انتهى من التلخيص الحبير ٢/١٨٨).

(١) ما بين القوسين من كلام الخطابي في معالم السنن ٢/٨٢٣.
(٢) ما بين القوسين من كلام الخطابي في معالم السنن ٢/٨٢٣.
(٣) في المخطوط: «عن»، والتصويب من المعالم ٢/٨٢٤.
(٤) ما بين القوسين من كلام الخطابي في معالم السنن ٢/٨٢٤.

لهم تعلق صحيح من حيث الأخبار، لأن هذا الخبر الذي يروونه بطريق عِكرمة عن ابن عباس، لا يُعرف.

وقيل: إنه عن عِكرمة.

والذي يروونه في صوم عاشوراء فلم يثبت وجوب صوم عاشوراء.

وقد روى معاوية أن النبي ﷺ قال: (صوم عاشوراء لم يُكتب عليكم، فَمَنْ شاء صام، ومَنْ شاء لم يصم)[1].

وعلى أنه قد نُسخ فصارت أحكامه منسوخة أيضًا.

وأما المعنى:

نقول: المفروض عليه صوم كل اليوم، وقد صام بعض اليوم ولا يخرج عن المفروض عليه.

دليله: إذا نوى بعد الزوال، والكلام مستغن عن القياس؛ لأن مَنْ وجب عليه جملة شيء فبفعل بعضه لا يكون فاعلًا لكله.

يبيِّنه: أنه إذا وجب عليه صوم يوم كامل فبعض اليوم لا يتسع لصوم يوم كامل فلم يُتصور أداء الواجب عليه في هذا الوقت الذي نواه بالصوم، وما لا يُتصور محسوسًا لا يقدر مشروعًا إلا بدليل قاطع، ثم إن الدليل على

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٤/٢٤٤ مع الفتح، في باب «صيام يوم عاشوراء».
ومسلم في صحيحه ٨/٨ مع النووي، في باب «صوم يوم عاشوراء».
والإمام مالك في الموطأ ٢/٥٨ مع المنتقى، في باب «صيام يوم عاشوراء».
والإمام أحمد في المسند ٤/٩٥.

أنه لم يصم كل اليوم أن النيّة شرط لأداء الصوم فإن [٥١/ب] الصوم لا يكون صومًا إلا بالنية، والنيَّة عزيمة على الشيء في المستقبل.

وأما العزم على فعل شيء في الماضي فلا يُعقل، وهذا لأن ما مضى يُتأسف عليه، وما يوجد في المستقبل يُعزم عليه.

ولأن الفعل في الزمان الماضي إذا لم يُتصور فكذلك العزم على الفعل في الزمان الماضي لا يُتصوّر، وهذا لا يُحتاج إلى كثير إطناب، لأنه أمر قطعي ببديهة الرأي وأول النظر، بل لا يُحتاج إلى نظر أصلًا.

فثبت بما قلنا أنه لم يصم كل اليوم فلا يسقط عنه المفروض عليه في كل اليوم، ويمكن القياس على القضاء، وكل واجب من الصوم لا في زمان متعيَّن.

ووجه إلحاق الأداء بالقضاء أيضًا في غاية الوضوح، لأن القضاء مثل الأداء من غير زيادة ولا نقصان، ولم يُعهد الأمر بزيادة في القضاء لا تجب في الأداء مثل قضاء الصلاة، والحج، وغيرهما.

وهذا القياس بهذا التقدير وإن كان في نهاية الحُسن غير أن المعنى الذي قلناه كافٍ وهو مستغنٍ عن كل شبه وعماد فعليه الاعتماد.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

فاعلم أن معتمدهم النفل فإنه جاز بنيّة من النهار قبل الزوال بالإجماع[1].

فمشايخهم قالوا: صوم عين فجاز أداؤه بنيّ من النهار قبل الزوال.

---

(١) ذكر هذا الإجماع الزمخشري في رؤوس المسائل ص ٢٢٣.

دليله: النفل.

قالوا: ومعنى قولنا: «إنه صوم عَيْن» أن الوقت متعيَّن له شرعًا، وقرروا النفل، وقالوا: النفل والفرض يستويان في أصل النيّة، ولا يختلفان فيها بحال، ألا ترى أنهما يستويان في أصل النيّة، ولأن النيّة هي الإخلاص في العمل وجعله لله تعالى فلا يجوز أن يختلف فيها الفرض والنفل، لأن الإخلاص فيهما واجب، ولابد أن يكونا لله تعالى ليصحا.

قالوا: وقولكم: «إن مبنى النفل على المسامحة والمساهلة بدليل جواز صلاة النفل قاعدًا مع القُدرة على القيام، وجوازه راكبًا مع القُدرة على النزول»، لا ننكر هذا الافتراق، لكن مع هذا استويا في النية أصلًا ومحلًا على ما سبق.

وعلى أن ما استشهدتم به دليل عليكم، لأنه لما جازت الصلاة قاعدًا مع القُدرة على القيام بكل حال إذا كانت نفلًا جازت أيضًا إذا كان فرضًا بحال، وعندكم: لا يجوز.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه يصير صائمًا في النفل من وقت النيّة، لأنه لو كان كذلك لم يضره الأكل من قبل كما لا يضره الأكل في السَّحَر لمن يصوم من وقت الفجر.

ولأنه لو نوى أن يصوم نصف النهار لا يجوز، ولو كان كافرًا في أول النهار أو المرأة إذا كانت حائضًا لم يجز لهما أن يصوما.

ولو[1] نذر أن يصوم بعض اليوم لا يصح نذره، ولو صام بدل الطعام

(١) في المخطوط: (لم)، ولعل الصواب ما أثبته.

في جزاء الصيد في الحج، فإنه يصوم عن كل مدّ يومًا فلو بقي نصف مدّ لم يصح صوم نصف اليوم، وهذا لأن الصوم عبادة فلا يُعرف أصله ولا مقداره إلا بالشرع والتوقيف ولم يرد الشرع بصوم بعض اليوم بحال، ولو جاز أن يجعل إمساك بعض اليوم صومًا بالرأي جاز أن يُجعل السجدة الواحدة والركوع والقومة بانفرادها صلاة بالرأي، وهذا اعتراض معتمد.

فهذا وجه تعلقهم بالنفل، وإيرادهم لإظهار إشكاله.

وأما أبو زيد قال[1]: تعلق بالنفل أيضًا، وادَّعى نوعًا من المعنى وتحريره «يوم صوم» فالإمساك في أوله لا يتعين للفِطر بل يُوقف على صيرورته صومًا بوجود النيّة في معظمه، دليله: النفل.

وربما يقول: ركن واحد ممتد فتجعل النيّة في أكثره كالموجود في كله، قال: «وإنما فعلنا ذلك لعذر خوف فوت العبادة فإن العبادة إذا فاتت عن وقتها حُكِم بفواتها على الإطلاق والقضاء يجب بأمر جديد، ولأن الاستدراك بفعل القضاء استدراك فيما يرجع إلى تبعات الآخرة، فأما في درك الثواب وجعل الفوات كَلَا فوات فلا، بدليل قوله ﷺ: (مَنْ ترك صوم يوم من رمضان لم يقضه صوم الدهر كله)»[2].

---

(١) ينظر: الأسرار: ورقة ٢٥٣/أ (شهيد علي).

(٢) رواه أبو داود في سننه ٢/٧٨٩ مع المعالم، في باب «التغليظ في مَن أفطر عمدًا».
وابن ماجه في سننه ١/٥٣٥، في باب «كفارة مَن أفطر يومًا من رمضان».
والترمذي في سننه ٣/٤٩ مع العارضة، في باب «ما جاء في الإفطار متعمدًا».
قال أبو عيسى: حديث أبي هريرة لا نعرفه إلا من هذا الوجه؛ وسمعتُ محمدًا (يعني البخاري) يقول: أبو المطوس اسمه يزيد بن المطوس، ولا أعرف له غير هذا الحديث» ا.هـ.=

ولأن القضاء إن كان مثل الأول فعلًا فلا يكون مثل الأول وقتًا، وإذا لم يكن القضاء مثل الأول من كل وجه فلم يتحقق الاستدراك والحكم بعدم الفوات.

فثبت أن القول بعدم جواز النيّة من النهار يؤدي إلى فوات العبادة، فلأجل خوف الفوات جوّز بنية من النهار، وحكم بوقوف الإمساك ليصير صومًا بنيّة توجد في أكثر النهار فيصير كالموجود في كل النهار حكمًا مثل النفل سواء.

فأمّا إذا لم يجز بنيّة من النهار يؤدي إلى فوات العبادة أصلًا فلخوف فوتها حُكِمَ بما ذكرنا، كذا ههنا.

قالوا: وأما إذا نوى بعد الزوال فلا يمكن كما في النفل؛ لأنه لم يغلب وجود النيّة بل غلب عدمها، وههنا غلّب وجودها وإقامة عذر في عذر...[1] عند غلبة وجود النيّة لا يدل على إقامة ذلك العذر عند غلبة العدم.

وربما تعلَّقوا بالمسبوق إذا أدرك الإمام في الركوع يصير مدركًا للركعة لغلبة الإدراك.

وأحسن استشهاد لهم في التعلق بالعذر الذي قالوه، هو أنه إذا نذر أن يصوم شهرًا بعينه متتابعًا فأفطر في يوم منه لا يؤمر بالاستئناف بخلاف ما إذا

= وذكره البخاري تعليقًا ٤/١٦٠ مع الفتح، في باب «إذا جامع في رمضان».
ونقل ابن حجر في الفتح عن البخاري في التاريخ قوله: «تفرد أبو المطوس بهذا الحديث ولا أدري سمع أبوه من أبي هريرة أم لا». انتهى من الفتح ٤/١٦١.

(١) بياض في المخطوط.

أطلق الشهر، لأنَّا إذا أمرناه [٥٢/أ] بالاستئناف في شهر بعينه أدَّى إلى فوات العبادة عن وقتها الذي سمى لها بخلاف المسألة الثانية فهذا نهاية ما يمكن من إبراز المعنى.

وقد تعلَّق أبو زيد أيضًا بالحَرَج وقال: (إذا لم يجوّز بنيّة من النهار أدَّى إلى حَرَج عظيم يلحق الناس، لأنه يجوز أن ينسى الصوم حتى يصبح والنسيان عذر عام في الناس، وقد يكون يوم شك لم يظهر أنه من رمضان بعد ارتفاع النهار، وكذلك ربما يحتلم الصبي في بعض الليل ولا يعلم إلا بعد أن يصبح، أو تطهر الحائض ولا تعلم إلا بعد أن تصبح فجوّز الشرع التأخير في النيّة لدفع الحَرَج، كما جوّز تقديم النية لدفع الحَرَج، وحصول الحَرَج في المنع من تقديم النيّة شيء معلوم لا يخفى، فإنه يتعذر على أكثر الناس فعل النيّة عند الشروع، لأنه وقت نوم وغفلة، ولأنه لا يعلم وقت طلوع الفجر إلا الخواص من الناس فالحَرَج ظاهر في هذه الصورة، وفي الصورة الأولى بيّنا وجوده أيضًا فليتفق الجانبان في الجواز أعني التقديم والتأخير)[١].

قالوا: وأمّا بعد الزوال فلا حَرَج، لأن الأعذار التي قلناها ترتفع غالبًا قبل الزوال ولا تدوم إلى أن تزول بحال، وأوردوا تقديم النيّة على فصل العزم الذي قلناه.

وقالوا: كما لا يُتصوّر محسوسًا انعطاف العزم على زمانٍ ماضٍ فلا يُتصوّر أيضًا أن يقدم العزم إلى عارض في المستقبل خصوصًا إذا عزم من أول الليل ثم ينام إلى الصبح فأين العزم عند الشروع وهو لا يشعر بشيء ما؟

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار مع بعض التصرف. ينظر: الأسرار: ورقة ٢٥٣/أ (شهيد علي).

بل قبلُ: وُجِدَ العزم حكمًا وإن لم يُتصور محسوسًا، كذلك ههنا إذا أخر، نقول: وُجِدَ العزم من أول اليوم حكمًا وإن لم يُتصوّر محسوسًا.

۞ الجواب:

أما الأصل الذي ادعيناه فهو في نهاية القوة.

والحرف الوجيز: أن الصوم لا يكون إلا بالنيّة، والنيّة لا تُتصور إلا في المستقبل فصار صائمًا بعض اليوم وصوم كل اليوم لا يتأدى ببعضه.

وأمّا النفل فعندنا يصير صائمًا من وقت النيّة، لأن إثبات الصوم قبل وجود النيّة لا مطمع فيه.

وقد ورد النص الصحيح عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام كان يدخل عليها ويقول: (هل عندكم من طعام؟ فإذا قالت: لا، قال: فإني إذًا لصائم)[1].

فلا يمكن إبطال الصوم لوجود النيّة بالنهار بهذا النص، ولا يمن إثباته من أول النهار لما بيّنا من الحقيقة فجعلناه صائمًا من حين ما نوى ضرورة.

وقد أيَّد هذا النص كون الصائم النفل متبرعًا، والمتبرع يتبرع بقدر ما يختاره فإن شاء صام كل اليوم وإن شاء صام بعض اليوم، كما أنه بالخيار إن شاء تصدَّق بحبةٍ وإن شاء بمائة دينار، والاعتماد على الخبر.

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٣٤/٨ مع النووي، في باب «جواز صوم النافلة بنية من النهار».
وأبو داود في سننه ٨٢٤/٢ مع المعالم، في باب «الرخصة في ذلك».
والنسائي في سننه ١٦٣/٤، في باب «النية في الصيام».
والترمذي في سننه ٢٦٩/٣، ٢٧٠ مع العارضة، في باب «صيام التطوع بغير تبييت»، والإمام أحمد في المسند ٢٠٧/٦.

وأمّا الذي قالوا: «إنّا عرفنا أصل الصوم وقدره بالشرع، ولم يرد الشرع بالصوم فيما دون اليوم». قنا: قد ورد على ما ذكرنا.

وأما الأحكام فنحن نجوّز صوم بعض اليوم بشرط أن لا يكون أكلَ من أول النهار، لأن النص كذلك وَرَدَ فجعلنا ترك الأكل في أول النهار شرطًا لئلا يقع العدول عن مورد النص، ولأنه إذا أكل فيكون الصوم على وفاق العادة وإذا لم يأكل يكون على خلاف العادة، والعبادة ما يكون على خلاف العادة.

وأمّا الحائض إذا طهرت، والكافر إذا أسلم، والصبي إذا بَلَغَ في غير رمضان فنوى صوم باقي اليوم يجوز، وأمّا إذا نوى أن يصوم إلى نصف النهار فقد منع بعضهم، وليس بشيء، والصحيح التسليم وهو مشكل جدًا.

ووجه الجواب من هذا الفصل أن نقول:

إنما جوّزنا صوم بعض النهار بالنص، والنص وَرَدَ بصورة واحدة وهو أن يكون ممسكًا في أول النهار ثم يصوم البقية، ويصير إمساكه في أول النهار شرطًا لصومه في آخر النهار، وهذا يمكن إثباته عل وفق أصول الشرع، لأن شرط العبادة قد يسبق العبادة، فأما إذا نوى الصوم إلى نصف النهار ثم يُفِطر فهو على خلاف صورة النص، ولأنه لو أكل في باقي النهار فيكون إمساكًا على وفاق العادة، وقد بيّنا أن مثله لا يكون عبادة، وإن لم يكن وجعلناه شرطًا لصومه في أول النهار فيكون هذا شرطًا متراخيًا عن العبادة ولا يوجد لهذا نظير في أصول الشرع فلا يمكن إثباته.

وأما مسألة جزاء الصيد فنحن إنما ادّعينا ما ادّعيناه في النفل لا في

الواجبات، والواجب لا يكون في معنى النفل بحال، فهذا الذي قلناه وجه الجواب عن النفل، وقد خبط الأصحاب فيه خبطًا عظيمًا.

وعندي أنه قد انزاح الإشكال عنه بالطريق الذي قلتُه فليُعتَمد عليه.

وإذا عرفتَ هذا الجواب على هذا الوجه، سهل الكلام على باقي ما أوردوه، ونشير إلى وجه الجواب عن بقية كلام على التلخيص فنقول: أما العذر الذي اعتقدوا وجوده لجواز النيّة من النهار فهو خوف فوات العبادة، قلنا: لا فوت بحال، لأن القضاء قد وجب والقضاء وجب شرعًا لئلا يقع الفوات، فإذا وجب القضاء لمنع الفوات فكيف يجوز [٥٢/ب] اعتقاد الفوات مع وجوده؟ وهذا لأنَّا نقطع أن مَنْ فاته صوم في رمضان بعذر فقضى يصير متلافيًا ما فاته من كل وجه، والخبر الذي أوردوه إنما هو فيما إذا ترك صومًا متعمدًا.

ثم نقول: النيّة شرط، والفوات الذي تحقق فهو فضيلة وقت، وفوات فضيلة الوقت لا يكون عذرًا في ترك شرط الصوم، لأن الشرط واجب، والفضيلة زيادة على واجب.

وأمّا قولهم: «إن الإمساك ينبغي أن يكون موقوفًا».

قلنا: اتفاق الإمساك في زمان ماض لابد فيه من دليل قاطع، وليس لهم على ذلك دليل سوى النفل، وقد أجبنا عنه.

وكذلك الجواب عن قولهم: «إنَّا نقيم وجود النيّة في الأكثر مقام النيَّة في الكل».

فهذا لابد فيه من دليل قاطع، وليس لهم على ذلك دليل سوى النفل،




وقد أجبنا عن ذلك، وهذا لأن صوم كل اليوم واجب فتكون النيَّة في كل اليوم واجبة، فإذا لم يقم صوم الأكثر مقام الكل فلا تقوم نيّة الأكثر مقام الكل.

وأما مسألة المسبوق، فليس إثبات إدراك الركعة بإقامة أكثر الركعة مقام الكل، لأن ما أدركه ليس هو الأكثر على أصلهم؛ لأنه لم يدرك إلا الركوع والسجود، وقد فاته الأكثر وهو الافتتاح والقيام والقراءة.

فإن قالوا: قد وُجِدَ منه القيام، والافتتاح ليس من الصلاة فأي شيء فاته؟ ولأنه لو كان بإقامة الأكثر مقام الكل لوجب أن يجوز في حال الانفراد أيضًا، فدلَّ أنه إنما جعلناه مدركًا بالنص من غير أن يُعقل له معنى.

وأمّا مسألة نذر صوم شهر بعينه متتابعًا، ومخالفتها في المسألة الثانية، فليس لما ذكروه، بل لأجل أن ذكر التتابع في صوم شهر بعينه لغو.

وأمّا تعلقهم بفصل الحَرَج، فليس بشيء.

ويقال لهم: أولًا تغيير الشرائع بنوع حَرَج يلحق المتعبد لا معنى له؛ لأن الشرائع بنيت على إيقاع الناس في الحَرَج والتعب، وهل التكاليف من أولها إلى آخرها إلا محض التعب والنَصَب؟، نعم، إذا وقعت ضرورة يجوز أن يشرع لها مخرج ومخلص دفعًا للضرورة، فأمّا اعتقاد المعتقد أنه لا حَرَج على العباد وأنهم متى حرّجوا اتسع الأمر، فهذا مما لا يسوغ اعتقاده ويعود هو إلى أصل وضع الشرع بالهدم.

وأما قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[1]، فمعناه أنه

---

(١) سورة الحج، من الآية (٧٨).

ما أدخل عباده في شيء إلّا وقد جعل لهم مخلصًا، وهو معنى قوله: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[1].

وجواب آخر نقول:

إن الحَرَج الذي قالوه نادر، والشرع العام لا يجوز أن يوضع بحرج نادر، وخرج على هذا تقديم النيّة، لأنه حَرَج عام فجاز وضع الشرع العام بالحَرَج العام، ولئن أمكن تصوير مثل هذه الأعذار النادرة واستخراجها بالمناقيش فيمكن مثل ذلك فيما بعد الزوال، وبالإجماع هو ساقط، ثم نقول تخريجًا لفصل تقديم النيّة على ما سبق من التحقيق: وهو أن العزيمة على فعل في المستقبل صحيح سواء أكان ذلك الفعل متصلًا بالعزيمة أو متراخيًا عنها، فأمّا إثبات العزيمة على فعل يفعله في الماضي فلا يجوز بحال، وهذا لأن الفعل لا يُتصور في الزمان الماضي، والعزيمة لا تُتصور أيضًا على الفعل أيضًا في الزمان الماضي.

وقد قال مشايخهم: إن الصوم مستحَق عليه مع فوات النيّة من الليل بدليل أنه لا تجوز نيّة النفل، وإنما لم يجز لاستحقاق صوم الفرض عليه، وإذا كان صوم الفرض مستحقًا عليه فإذا فعله وجب أن لا يجوز، لأنه لا يُتصور أن يكون الشيء مستحقًا عليه، وإذا فعله لم يجز.

ونحن لا نسلّم ذلك، وإنما نقول: أصل الاستحقاق قائم ليقضيه في يوم آخر، فأما أن يستحق عليه الصوم في هذا اليوم، وقد فاتته النيّة من الليل

(١) سورة البقرة، من الآية (٢٨٦).

فلا نقول بحال.

وأمّا قولهم: «إنه لو نوى النفل لا يجوز».

قلنا: لم يكن عدم الجواز لما قلتم، بل لأنه نوى النفل لا في وقت النفل، والله تعالى قد عيّن للنفل وقتًا، وللفرض وقتًا؛ فلا يجوز واحد منها إلّا في وقته. والله تعالى أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

نيّة الفرض واجبة في صوم رمضان عندنا(١).

وعندهم: لا تجب، بل إذا أطلق النيّة أو نوى النفل(٢).

قالوا: يقع على الفرض، قالوا: وكذلك في كل صوم رمضان معيَّن.

وقد وافقهم بعض أصحابنا فيما إذا أطلق النيّة، وليس بمذهب ولا هو صحيح على المعنى.

❖ لنا:

قوله ﷺ: (الأعمال بالنيَّات ولكل امرئ ما نوى)(٣).

---

(١) النكت: ورقة ٨٩/أ، حلية العلماء ١٥٤/٣، المجموع ٢٥٨/٦، المهذب ٢٤٤/١.
وبه قال المالكية، وهو قول للإمام أحمد، بداية المجتهد ٢٩٢/١، الإشراف للبغدادي ١٩٤/١، المغني ٣٣٨/٤، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٣٥/١.

(٢) الأسرار: ورقة ٢٤٩/ب (شهيد علي)، المبسوط ٥٩/٣، رؤوس المسائل ص٢٢٥، بدائع الصنائع ٩٩٣/٢، مختصر القدوري ١٧٥/١، مختلف الرواية ورقة ٤٢/ب.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٩/١ مع الفتح، في باب «كيف كان بدء الوحي؟». =

أي له ما نوى بعمله، وهذا الإنسان نوى بعمل النفل فلا يحصل له الفرض.

وأما الكلام من حيث المعنى: أن النيّة شرط في أداء المفروض بالإجماع. ولأن المفروض عمل يعمله لله تعالى ولا يصير العمل لله تعالى، إلّا بالنيَّة، فعرفنا أن النية شرط في أداء الفروض، وإذا ثبت هذا فنقول:

إذا لم ينو المفروض عليه لم يحصل المفروض عليه، لأن فقد الشرط يوجب فقد المشروط له الشرط، وهذا كأصل الصوم في غير رمضان فإنه إذا لم ينوه لا يحصل له [٥٣/أ] الصوم، لأن النيَّة شرط لحصوله فإذا لم توجد لم يحصل الصوم، كذلك ههنا.

فإن قالوا: «نيَّة أصل الصوم شرط، لكن نيّة المفروض عليه من الصوم ليس بشرط وفي هذا اختلفنا».

قلنا: هو مأمور بأداء ما عليه ولا يصير ما عليه مؤدىً إلا بنيَّة ما عليه، لأن النيّة شرط للأداء بالاتفاق، وبالمعنى الذي قلناه فلابد أن يتصل الشرط بما عليه حتى يحصل أداء ما عليه، ولا يتصل إلا بأن يعيّن ما عليه بالنيّة أداءً

= ومسلم في صحيحه ١٣/٥٣ مع النووي، في باب «قوله: إنما الأعمال بالنيات».
وأبو داود في سننه ٢/٦٥١ مع المعالم، في باب «فيما عني به الطلاق».
والنسائي في سننه ١/٥١، في باب «النية في الوضوء».
وابن ماجه في سننه ٢/١٤١٣، في باب «النية».
والترمذي في سننه ٧/١٥١، ١٥٢ مع العارضة، في باب «ما جاء فيمن يقاتل رياء للدنيا».
والإمام أحمد في مسنده ١/٢٥، ٤٣.
وابن الجارود في المنتقى ص٣١ رقم (٦٤) في النية في الأعمال.

وفعلًا فإذا لم يعيِّنه بالنيَّة فُقِدَ الشرط فَفُقِدَ المشروط.

ولأنه لما كان مأمورًا بفعل ما عليه، ولا يصير فاعلًا للصوم إلّا بالنيّة فعند عدم النيَّة ما عليه ينعدم فعل ما عليه، وإذا لم يفعل بقي الأمر عليه.

يدل عليه: أن الصوم له أوصاف، والمشروع في هذا اليوم موصوف بوصف وهي وصف الفرضية فلا يصير مصيبًا هذا الوصف من بين سائر الأوصاف إلّا بنيّته على التعيين، كقوم في دار مختلفي الأوصاف من عالمٍ وجاهلٍ، وعربي، وأعجمي، وقريب وأجنبي، فنادي أحدهم لا يصير مصيبًا له إلا بتعيينه بوصفه، كذلك ههنا.

وكما تقول في المسلَّم فيه من ثوب أو طعام، فإنه لما كان ذا أوصاف مختلفة لا يصير معيَّنًا لبعضها إلا بتعيينه إياه بالوصف، وهو مثل مسألتنا، لأنه يوجد بوصفه لبعضها إلا بتعيينه إياه بالوصف، وهو مثل مسألتنا لأنه يوجد بوصفه مثل الصوم يوجد بنيَّته ثم لا يُحكم بوجود المسلَّم فيه ما لم يعيِّنه بوصفه فلا يُحكم بوجود الصوم المفروض عليه ما لم يعينه بنيَّته فهذه كلمات في نهاية القوة.

وقال جماعة من أصحابنا:

إنه بنيَّة النفل مُعْرِض عن الفرض فلا يحصل له الفرض مع الإعراض عنه، كما لو ترك النيَّة أصلًا.

وما ذكرناه أحكم، وأحسن.

۞ **وأمّا حُجَّتهم:**

تعلقوا بقوله تعالى: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهۡرَ فَلۡيَصُمۡهُ﴾[1].

وهذا الرجل قد صام فيكون قد صام المشروع، لأنه لم يُشرع له إلا الصوم المطلق لقوله: ﴿فَلۡيَصُمۡهُ﴾.

وأما المعنى فقد قال مشايخهم:

إن المستحَق عليه صوم واحد في هذا اليوم فعلى أيّ وجهٍ أتى بالصوم وجب أن يقع على المستحَق.

دليله: إذا كان عنده غُصُبًا أو وديعة فإنه على أيّ وجهٍ رد يكون عن المستحَق عليه، كذلك ههنا.

وربما يقولون: الصوم عن رمضان هو المستحَق فليقع عن المستحَق عليه.

يبيِّنه: أن النيّة للتمييز بين المفعول وغيره على صورته، فأصل النيَّة اعتبر لتتميز العبادة عن العادة، فإن الإمساك قد يكون عادة، وقد يكون عبادة فاحتاج إلى النيّة لتمييز العبادة عن العادة.

فأمّا الصوم عن الفرض متميز شرعًا، لأنه لا يوجد في هذا الوقت غير هذا الصوم فاستغنى عن تمييزه عن غيره، لأن تمييز المتميز لغو.

وإنما احتاج إلى أصل النيّة لما بيَّنا، وليصير عمله لله تعالى على ما قلتم.

---

(١) سورة البقرة، من الآية (١٨٥).
وقد استدل بالآية الدبوسي في أسراره: ورقة ٢٥٠/أ (شهيد علي).

وقد صام وما عليه متميز عن غيره فاستغنى عن التعيين والتمييز. وتعلَّقوا بالحج وهو فصل مشكل، وقالوا: مطلق النيَّة في العبادة إذا لم يقع عن النفل يقع عن الفرض.

دليله: الحج، وألزموا فصل الحج على جميع المعاني الذي قلناه.

والإشكال أنه قد وقع عن الفرض بدون نيَّة الفرض، دلَّ أن نية الفرض غير واجبة في كل عبادة اختص بزيادة استحقاق وقتٍ.

قالوا: وقولكم: «الحج يستوي فرضه ونفله في الأحكام بخلاف الصوم، أو يمضي في فاسده بخلاف الصوم، أو يجوز بإحرام مبهم بخلاف الصوم».

فليست هذه الكلمات بشيء، ومفارقة الصوم الحج في هذه الأشياء لا يدل على مفارقته في استغنائه عن تعيين النيَّة واحتياج الصوم إلى تعيين النيّة.

لأن الفرض والنفل إن استويا في الأحكام إلا أنهما غيران، لأن أحدهما فرض، والآخر نفل ولا يجوز أن يتأديا جميعًا بنيَّة واحدة، فإذا استويا ولم يتأديا جميعًا فلابد أن يعيّن أحدهما ليصير مؤدىً فوجب أن يُقدَّم الذي عيّنه بالنيّة.

وأما المضي في فاسد الحج، فهو نوع تغليظ وَرَدَ في المنع من الخروج منه إلا بالطريق المشروع للخروج منه إلّا أنه لا يصير داخلًا فيه إلا بفعله فينبغي أن يصير داخلًا فيما يفعله ويقصده بفعله وهو ما ينويه ويعينه بنيته وقد نوى التطوع.

وعندكم صار داخلًا في الفرض بنوع دليل، فكذلك في الصوم عندنا.

قالوا: وأما عندنا إذا نوى التطوع في الحج لا يصير داخلًا في الفرض لأن[1] الوقت لم يتعيّن له على الخصوص بخلاف وقت الصوم عندنا، وأمّا إذا أطلق النيّة فلم يعيّن بنيّته الفرض ولا النفل، وإنما يحتاج إلى صرفه إلى أحدهما بدليل، وقد مال دليل الحال على صرفه إلى الفرض، لأن الحج يحتاج فيه إلى كلفة شديدة ومشقة عظيمة، والإنسان لا يتحمل مثل هذه الكلفة والمشقة للنفل وعليه الفرض، بل يقصد الفرض، ثم إذا اتفق له بعد ذلك التطوع يفعله فلأجل دليل الحال صرفنا نيّته إلى الفرض، ودليل الحال دليل مرجوع إليه في كثير من الشرائع، فأما إذا عيّن نية النفل [٥٣/ب] فقد سقط دليل الحال، لأنه قابله صريح نية التطوع ولا نفاذ لدليل الحال مع التصريح بغيره.

وأمّا جواز إعدام الإحرام فليس فيه دليل، والإبهام متصوّر في الإحرام، لأنه ينقسم إلى حجٍ وعُمرةٍ، ولا يُتصوّر في الصوم.

وقد ذكر أبو زيد طريقة أخرى وقال[2]:

الوقت متعيَّن لصوم الفرض، فنقول: متعيَّن في هذا الوقت شرعًا فيصيبه باسم جنسه، كما يصيبه باسم بعينه، وهذا كشخص متعيّن عينًا في موضع معلوم، فإنه يصيبه باسم عينه ويصيبه باسم جنسه، فالأول أن تقول: يا زيد أو يا عمرو ـ إذا كان اسمه ذلك ـ والثاني أن تقول: يا رجل.

كذلك ههنا اسم الجنس هو الصوم المطلق، واسم العين هو الصوم

(١) في المخطوط: (لا)، والتصويب من المحقق.
(٢) ينظر: الأسرار: ورقة ٢٥٠/أ (شهيد علي).

الفرض، والفرض عين في هذا الوقت فيصيبه بالاسمين.

وحقق هذا وقال: «الصوم واحد في الأحوال كلها، لكنها تارة تكون فرضًا، وتارة تكون نفلًا، وإذا كان واحدًا يكون مؤديًا له أطلق النيّة أو عيّنه، كالشخص لما كان واحدًا، يكون داعيًا له أطلق النداء أو عيّنه».

والحرف لهم، أنهم يقولون:

لا مزاحم لهذا الصوم الواجب في هذا اليوم فيتعيّن وإن لم يعيّنه.

وربما يقولون: إذا قبل الوقت أوجهًا من الصيام مثل خارج رمضان إنما لم يتعيّن الواحد منها لأجل التعارض، ولا تعارض في مسألتنا، لأنه لا يقبل إلا صومًا واحدًا.

وخَرّجوا على هذا وقت الصلاة؛ لأنه وإن ضاق يقبل الفرض وغيره.

قالوا: وقولكم: «إنه عليه نيَّة الفرض».

كلام مبتدأ، لأن الذي عليه هو الصوم وحده إلّا أنه لازم عليه أن يفعله، وقد فعله، ويستحيل أن يقال: إن الصوم مستحق عليه بوصف زائد على كونه صومًا، لأنَّا إذا قلنا: مستحق عليه فلا معنى لقوله مَنْ يقول: «إنه بوصف زائد»، وهو راجع إلى قولهم: «إن الصوم واحد» وقد سبق.

وأمّا إذا عيَّن النفل بالنية فتلغو نيّة النفل، وكذلك إذا نوى القضاء أو النذر أو الكفَّارة، وإنما لغى لعدم قبول الوقت هذه الصيامات، وإذا لغى بقي مطلق النيَّة فكان الأمر على ما قلنا.

ولا يجوز أن يقال: إذا لغت نيّة النفل تلغو نيّة أصل الصوم، لأن هذه الأشياء وصف زائد، وبطلان الوصف لا يوجب بطلان الأصل، ولهذا إذا نوى القضاء خارج رمضان ثم يتبيّن أنه ليس عليه أو نوى الكفَّارة بعد انفجار الصبح تلغو نيّة القضاء، ولا تلغو أصل النيّة حتى يصير صائمًا عن النفل.

قالوا: وبهذا يُعترض على قولكم: «إنه إعراض عن نيّة الفرض»؛ لأنه لو كان معرضًا عن الفرض لصار معرضًا بنيّة النفل وقد لغت نيّة النفل فلغى الإعراض أيضًا مثل الحج على أصلكم، والطواف نفلًا إذا كان عليه فرض.

يدل عليه: أن الإعراض في ضمن نيّة النفل، فإذا بطلت نيّة النفل بطل ما في ضمنها.

❁ **الجواب**:

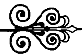
أما الآية فهي دليل عليكم، لأنه قال: «فَلْيَصُمْهُ» ومعناه: فليصم الشهر، وإنما يكون صائمًا الشهر إذا صام صيام الشهر، ألا ترى أنهم صرفوه إليه وجعلوا صومه عن صيام الشهر ولم يثبتوا له صومًا مطلقًا في الشهر وإن صحَّحوا نيّته.

وأما المَعنى:

قولهم: «إن المستحَق عليه صوم واحد».

قلنا: بلى، ولكنه لم يأت بذلك المستحَق عليه، ولا يتأدى المستحَق عليه إلّا بفعله، وشرط فعله نيّته وقصده، وإذا لم يأت بالشرط فات المشروط.

وأما ردّ الغصوب والودائع، فهناك لا تُستحَق عليه نيّة، إنما المستحَق



عليه هو نفس الرد.

أما ههنا فإن النية مستحَق عليه، والمراد بالنيَّة: «نية ما عليه» فإذا لم يأت بها بقي فعل بلا نية.

أما قولهم: «إن النيّة للتمييز».

فهذيان عظيم، ومَنْ تكلم بهذا فلم يعرف النيّة، وإنما شُرِطتْ النيّة ليصير عمله لله تعالى وهو بنيَّة أداء ما عليه، فإذا نوى أداء ما عليه لله تعالى صار عمله لله تعالى في التطوع ينوي أن يصلي لله أو يقوم لله، ويدخل على التمييز، الذي قالوه أصل النيّة، فإن الإمساك متميز شرعًا متعين لوجه العبادة قطعًا، بدليل أنه حرام عليه غيره فوجب أن يقال: إنه على أيّ وجه أمسكه يكون عن المتميز المتعين، ولكن اعتبر على أصل النيّة ليصير أصل صومه لله تعالى فتعتبر نيّة ما عليه ليصير الصوم بوصف الفرضية لله تعالى، وهذا حرف معتمد غاية الاعتماد.

وأمّا فصل الحج فوجه الجواب عنه:

أن وقوعه عن الفرض على النص، وهذا لحديث[1] المعروف الذي روى أن النبي ﷺ سمع رجلًا يلبي عن شبرمة فقال: (هل حججتَ عن نفسك؟ فقال: لا، قال: هذه عن نفسك، ثم حج عن شبرمة)[2].

---

(١) كذا في المخطوط ولعله: «للحديث».

(٢) رواه أبو داود في سننه ٢/٤٠٣ مع المعالم، في باب «الرجل يحج عن غيره».
وابن ماجه في سننه ٢/٩٦٩.
والدارقطني في سننه ٢/٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩. =

ونحن ادعينا حقيقة عظيمة في المسألة، وهو أنه لا يصير الإنسان فاعلًا لشيء بفعل غيره، وذلك كأن ينوي النفل أو يطلق النية، فكيف يكون هو ونيّة النفل واحدًا؟ هو النفل ليس له وصف سوى أنه صوم، وسمة النفل للتمييز بينه وبين الفرض فليس له وصف زائد على الصومية فتصير النية [٥٤/أ] المطلقة ونية النفل واحدًا، وإذا فعل النفل وقصده بنيته لا يصير فاعلًا غيره من الفرض فهذه حقيقة تشهد بها المعقولات والمنقولات، وقد صُرِفنا عن هذه الحقيقة للشرع في الحج فانصرفنا إليه تقديمًا للوحي على المعقول والشرع على الرأي.

وأمّا في الصوم رجعنا إلى أصل ما نعقله.

ودلَّ عليه: سائر الأصول الموصلة والقواعد المقننة، وهم عدلوا في الحج عن قانون أصولهم حتى جوّزوه بمطلق النية مع سعة الوقت للفرض وغيره، وكونه في هذا المعنى كوقت الصلاة سواء، ثم تفريقهم بينه وبين الصلاة في هذه المواضع وهو إذا أطلق النية فليقبلوا منا مثل ذلك وليرضوا به.

وإن ألحُوا في طلب المعنى فيجوز أن يقال: إنه كان بنوع نظر من الشارع

= وقال: «فيه الحسن بن عمارة، متروك الحديث» ا. هـ.

والبيهقي في سننه ٤/٣٣٦، ٣٣٧، وقال: «هذا إسناد صحيح، ليس في الباب أصح منه، وروى موقوفًا» ا. هـ.

قال ابن حجر في التلخيص ٢/٢٢٣ بعد ذكر مَنْ خرجه: «أما الطحاوي فقال: الصحيح أنه موقوف، وقال أحمد بن حنبل، رفعه خطأ».

وقال ابن المنذر: «لا يثبت رفعه... ثم قال...».

وقال الدارقطني: «إنه أصح...» ا. هـ.

وابن الجارود في المنتقى ص ١٧٨ رقم (٤٩٩).

لهذا العبد الذي ترك النظر لنفسه ولم يعيّن الفرض بنيّته، وكان اختصاص الحج بالنظر فيه من الشارع لعظمه في نفسه واحتياجه إلى تحمل المؤنات والمشقات العظيمة، وأنه قلّ ما يتفق فعله في العمر إلا مرة واحدة فلو لم يصرف نيته إلى الفرض نظرًا من الله تعالى فربما لم يصل إلى فعله من بعد فضاع أصلًا، وهذا لا يوجد في غيره من العبادات.

وأمّا طريقة أبي زيد فقد وضعها في مطلق النية، وقد بيّنا أن النيّة المطلقة ونيَّة النفل واحدة لا تختلف، فصار إذا أطلق النيَّة كأنه نوى النفل، ثم يقال لهم ما اعتمدوه، وهو أن هذا الصوم متعيّن في هذا الوقت، وهذا مسلَّم، ولكن لابد من أدائه وأداؤه بالنيّة، فإذا لم ينوه فلم يؤده.

وقولهم: «إنه يصير مصيبًا إياه باسم الجنس كما يصيبه باسم العين مثل ما استشهدوا به من الشخص القاعد في الدار».

قلنا: ليس في الوقت شيء موجود حتى يصيبه باسم الجنس كما يصيبه باسم العين مثل ما قلتم في الشخص القاعد في الدار، وإنما الصوم في العدم وقد أمر بإيجاده فإنما يوجد بما يوجده، وهو ما قصد إلا إيجاد النفل فلا يوجد الفرض بنيّته أنَّه قَصَدَ هذا الصوم من حيث إنه صوم فحسب، لا من حيث أنه فرض فلا يصيب الفرض واعتبر قصده، ألا ترى أن مَنْ رمى سهمًا على ظن أنه حربي يكون خطأ، لأنه لم يقصد من حيث إنه مسلم، فلم يجز أن يعطى له حكم التعمد للمسلم.

فإن قالوا: «أليس لو سمى الدراهم المطلقة في البياعات ينصرف إلى نقد البلد، وإن كان هو الذي يوجده ويوجبه مثل مسألتنا، ولكن لما كان نقد

البلد يعيّن عُرفًا انصرف إليه، كذلك ههنا الصوم عن هذه الجهة وقد تعيّن شرعًا فيصرف الإطلاق إليه»[1]، قلنا: المعاملات العُرفية يجوز أن يحكم فيها العُرف، فأما في مسألتنا فهذه عبادات شرعية فيُصار فيها إلى شرائط الشرع، نعم، لو قدّرنا جواز صوم لا بنيّة كان يجوز أن يقال: إذا أطلق ينصرف إلى المعتاد المتعارف، بدليل العُرف، فأما إذا لم يجز إلّا بنيّة، فلابد أن ينظر إلى نيته فإذا لم ينو المفروض عليه لم يجز أن يحصل المفروض عليه، ويجوز أن يقال: إن تلك المسألة خرجت عن هذا الأصل بدليل وعلى أنها دليل عليهم إذا عيّن نقدًا آخر يتعين، فقولوا ههنا: النفل يتعيّن ولا يصح الفرض. والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة):

المرأة لا تلزمها الكفّارة بالتمكين من الوطء في نهار رمضان[2].

وعندهم: تلزمها[3]، وهو أحد قولي الشافعي[4] رضي الله عنه. والمناظرة على

---

(١) ينظر: الأسرار: ورقة ٢٥١/أ (شهيد علي).

(٢) الأم ٨٥/٢، النكت: ورقة ٩٠/أ، المجموع ٢٨٧/٦، ٢٩٥، شرح صحيح مسلم للنووي ٢٢٥/٧، شرح السُنَّة للبغوي ٢٨٨/٦، وهو أظهر الروايتين عن الإمام أحمد، الإفصاح ٢٣٩/٩، المغني ٣٧٥/٤، وعند الحنابلة: «إذا أكرهت على الجِماع فلا كفَّارة عليها رواية واحدة وعليها القضاء فقط»، المغني ٣٧٦/٤.
وقال المالكية: «إذا كانت مطاوعة لزمتها الكفَّارة، وإن كانت مُكرَهة فهي لازمة له»، المنتقى ٥٤/٢، الإشراف ٢٠٠/١، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٤٢/١.

(٣) بدائع الصنائع ١٠٢٥/٢، الأسرار: ورقة ٢٦٨/ب (شهيد علي)، رؤوس المسائل ص٢٢٨، مختلف الرواية: ورقة ٥٣/أ.

(٤) النكت: ورقة ٩٠/أ، المجموع ٢٩٥/٦، وهو الرواية الثانية للإمام أحمد، المغني ٣٧٥/٤، الإفصاح ٢٣٩/١.

القول الأول.

لنا:

حديث أبي هريرة أن أعرابيًا أتى النبي ﷺ وقال: «هلكتُ وأهلكتُ يا رسول الله، قال: ماذا صنعت؟ قال: واقعتُ أهلي في نهار رمضان، قال: أعتق رقبة...»(١) الخبر إلى آخره.

فالنبي ﷺ أمره بعتق رقبة ولم يأمر في جانبها بشيء مع أنه كان أخبر عن وقاعها، والوقاع وطئًا لا يكون إلا من رجل وامرأة، فلو كان تجب الكفَّارة لما يسعُه السكوت عن ذكرها لوجهين.

أحدهما: أنه يوهم السكوت أن لاشيء عليها، وهذا الإيهام من صاحب الشرع غير واسع، لأنه بُعِثَ لبيان الواجبات فلا يسعه ما يوهم سقوط واجب مع تحقق سببه.

والثاني: أنه أخبر بفعل مشترك من شخصين فوجب جوابه على وفق السؤال فلو كانت وجوب الكفّارة على الاشتراك لم يسع إفراده ببيان الواجب عليه، لأنه يكون السؤال عن فعلين، والجواب عن واجب أحد الفعلين، وهذا تقصير في البيان، وقد بُعِث النبي ﷺ لبيان الكامل لا لبيان القاصر،

(١) رواه البخاري في صحيحه ١٦٣/٤ مع الفتح، في باب «إذا جامع في رمضان».
ومسلم في صحيحه ٢٢٤/٧ ـ ٢٢٦ مع النووي، في باب «تحريم الجِماع في نهار رمضان».
وأبو داود في سننه ٧٨٣/٢ مع المعالم، في باب «كفارة مَنْ أتى أهله في رمضان».
والترمذي في سننه ٢٥٠/٣ مع العارضة.
ومالك في الموطأ ٥٢/٢ مع المنتقى، في باب كفارة مَنْ أفطر في رمضان.
وأحمد في المسند ٢٠٨/٢، ٢٤١، ٢٧٣، ٥١٦.

ألا ترى أن في قصة العسيف لما وجب الحد عليها لم يسكت عن بيانه بل قال: «فاغدُ يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها»[1]، والخبر معتمد في الحجة.

وقد قالوا على تعلقنا بهذا الخبر بوجوه من الأسولة: [٥٤/ب]

أحدها: أنهم قالوا: إن المرأة كانت مكرَهة بدليل ما روى في رواية: «أنه قال: هَلكتُ وأهلكتُ» فإنما يكون مُهلِكًا لها إذا كانت مكرَهة من قِبَله، وعندنا إذا كانت مُكرَهةً فلا كفَّارة عليها.

والثاني: قال إنه صدّقه على نفسه، ولم يصدّقه عليها، ولو جاءت وسألت كان تبيين الواجب، ألا ترى أنه لم يذكر القضاء، وبالإجماع هو واجب.

والثالث: أن بيان إيجاب الكفارة عليه كان بيانًا للواجب عليها، لأن الفعل واحد في الجانبين، والبيان في أحد الجانبين بيان في الجانب الثاني.

قالوا: وأما خبر العسيف، فقد كان حكمها مخالفًا لحكمه فلم يكن بُدٌّ من البيان.

وأمّا ههنا فحكمهما واحد لا يختلف فذكره في أحد الجانبين بيان في الجانب الثاني.

وعلى السؤال الثاني قالوا: لما لم يصدّقه عليها كان في بيان الحكم في جانبها متبرعًا فكان مفوَّضًا إلى اختياره، فاختار البيان في حادثة الزنا، واختار

(١) رواه البخاري في صحيحه ١٢/١٣٦ مع الفتح، في باب «الاعتراف بالزنا».

ترك الذِكر في حادثة الكفَّارة.

۞ **الجواب:**

أمّا الأول: قلنا: قوله: «هَلكتُ وأهلكتُ»، مذكور في رواية غريبة[١]، والثابت قوله: «هلكتُ»، ونحن نتعلق به، وعلى أن اللفظ لا يدل على أنها كانت مُكرَهة، لأنه سماها هالكة ولا تكون هالكة إذا كانت مُكرَهة، بل إنها كانت مطاوِعة إلا أنه أضاف الهلاك إلى نفسه، لأن الغالب أن الزوج يدعو المرأة إلى الوطء، فلأجل غالب الأمر أضاف هلاكها إلى نفسه.

وأمّا الذي قالوه: «أنه لم يصدِّقه عليها».

قلنا: استدلالنا بترك إخباره عن وجوب الكفّارة عليها مع إخباره عن فعله وفعلها، وجواب الفتوى لا يحتاج إلى التصديق مثل جواب المفتين في سائر الأعصار، وإنما الإلزام يحتاج إلى التصديق.

وأما الثالث الذي قالوه في غاية الضعف، لأن بيان الوجوب عليه لا يكون بيان الوجوب عليها كيف هذا؟ وقد اختلف العلماء في وجوب الكفَّارة عليها مع اتفاق الكل على وجوب الكفَّارة عليه[٢].

وكيف يجوز أن يُحال أعرابي جاهل على مثل هذا البيان؟ ولا بد من

---

(١) قاله الخطابي في المعالم ٧٨٥/٢، وهذا نصه: «وهذه اللفظة غير موجودة في شيء من رواية هذا الحديث، وأصحاب سفيان لم يرووها عنه، وإنما ذكروا قوله: «هلكت» حسب، غير أن بعض أصحابنا حدثني أن المعلى بن منصور روى هذا الحديث عن سفيان فذكر هذا الحرف فيه، وهو غير محفوظ، والمعلى ليس بذاك في الحفظ والإتقان» ا. هـ.

(٢) ذكر الاتفاق على ذلك النووي في شرحه على مسلم ٢٢٤/٧، والكاساني في بدائعه ١٠٢٥/٢.

نظرٍ واجتهادٍ وقياسٍ معنوي، وقد خفي على كثير من العلماء فكيف يتنبه عليه مثل ذلك الأعرابي ويقنع في حقه بمثل هذا البيان؟.

وأمّا القضاء، فإنما لم يذكره من الجانبين، لأنه سأل عن واجب الهلاك، والقضاء إنما يجب بمجرد فوات الصوم، بدليل المريض.

وأمّا المعنى فسنبين في الجواب عن كلماتهم.

❁ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: الواجب كفّارة الفطر على وجه التعدي الكامل وقد وُجِدَ هذا المعنى في جانبها، كما وُجِدَ في جانبه.

أمّا الفِطر فلا إشكال، أمّا كمال التعدي، فلأن كل جناية تحصل من الرجل بفعل الوطء تحصل من المرأة بالتمكين من الوطء بدليل الحد، ولأنه لا يُتوهم منها جناية على الصوم تفعل بحرمة الصوم فوق هذه الجناية.

قالوا: ولهذا سوّى الشرع بين الجانبين في واجب الوطء والإحرام، فإن القضاء وفساد الحج مثل الكفَّارة ههنا، وقد استوى الجانبان فيه بحيث لم يقع فرقان بوجهٍ ما.

قالوا: وأمّا المهر فهو بإزاء مِلْك البُضعِ، وملك البُضْع للرجل دون المرأة، وأمّا الكفَّارة واجب جناية، والجناية منها حسب الجناية منه، وقد نزّل الشرع التمكين منها منزلة الإيلاج منه قطعًا في الأحكام المتعلقة بالجناية بدليل الحدّ، وأيضًا فإن منفعة بُضْعها قوّمها الشرع على خلاف الأصل، وأمّا منفعة بُضْعه فلم يقوّمها بوجهٍ ما.

وأمّا ثمن ماء الاغتسال فهو من مؤن الزوجية كالنفقة فيكون عليه لا عليها.

قالوا: وأمّا قول مَنْ قال من أصحابكم: أنها أفطرت بغير الوطء، لأن بتغييب طرف الذكر في فَرْجها قبل غيبوبة الحشفة يفطر، ولا يكون الفعل وطئًا إلّا بعد غيبوبة الحشفة، فسهو عظيم، وهو هرب من المسألة، لأن هذه المسألة رويت منذ زمان الشافعي: أنه هل تجب الكفَّارة بطواعيتها في الوطء؟ واختلفت أقوال الشافعي في ذلك على ما عُرِف.

وإذا كان الأمر على ما ذكرتم فيكون الخلاف في صورة الفِطر: فإن عندنا بذلك لا يفطر، وقد ادعيتم أنه يفطر مثل ما لو غيّب أصبعًا أو خشبة فتذهب هذه المسألة أصلًا، فإن المسألة في فطر يقع من الجانبين، هل تجب الكفَّارة عليها كما تجب عليه؟ وإذا قال هذا القائل الذي ضعفت خبرتُه في النظر في هذه المسألة أنها تفطر قبل وجود الوطء، فأين صورة المسألة التي اشتهرت في العالم، ودُوِّنت في الكتب، واختلف فيها أقوال الشافعي؟ فدل ما ذكرنا أنه وقع سهو عظيم لقائل هذا المقال.

وأيضًا فإن الآلة آلة الوطء والمحل محل الوطء بإدخال ودخول، فإذا لم يعتبر هذا الفعل أعني تغييب رأس [٥٥/أ] الحشفة في الفعل المخصوص بهذه الآلة في هذا المحل وجعل في حقه كالعدم، فكيف تعتبر في شيء آخر؟ ويلحق بفعل يوجد باستعمال أصبع أو خشبة؟ والمذهب الصحيح أن المرأة لا تفطر حتى تغيب الحشفة ويصير الفعل وطئًا فيقع حينئذ الفطر من الجانبين.

قالوا: وأمّا قول مشايخكم: «إن فرضية الصوم في حقها ناقصة، لأنه ما

من يوم يمضي إلا ويجوز أن يعرض عارض فيسقط الصوم عنها مع بقاء التكليف، وذلك بالحيض».

وهذا أيضًا ليس بشيء، لأنه إن كان هذا يوجب وهاء فرضية الصوم وجب أن يوجب وهاء فرضية الصلاة، بل تأثير الحيض في الصلاة أكثر من تأثيره في الصوم فينبغي إذا تركت الصلاة لا تُقتل[1]، وعندكم[2] تُقتل كالرجل إذا ترك الصلاة يُقتل، ولأن المرأة إذا صامت في أول زمان طهرها فوطئها الزوج فوجب على قود هذا الكلام أن تجب عليها الكفَّارة، لأنه لا يُتوهم ما قالوه إلّا بعد مضي خمسة عشر يومًا، وأيضًا اعتبار موهم في تنقيص فرض محال، ولو جاز أن يُعتبر توهم الحيض في حق المرأة وجب أن يُعتبر توهم الجنون في حق الرجل، وتأثيره أكثر، لأنه يُسقط أصل الخطاب، بخلاف الحيض، لأنه لا يسقط أصل الخطاب حتى تؤمر بالقضاء عند الطُهر.

❁ **الجواب:**

وهو أن نبيِّن ما يمكن الاعتماد عليه من حيث المعنى فنقول:

الكفَّارة طريق وجوبها التوقيف لا غير، فإن الجنابة وإن تحققت فلا يمكن معرفة وجوب الكفَّارة على الوجه الذي وَرَدَ بهذه الجناية رأيًا ومعقولًا، وإنما يمكن بالنص المجرَّد، والنص وَرَدَ في فعل الوطء وفعل الوطء حقيقة إنما يكون من الرجل، فأمّا الموجود من المرأة هو التمكين من الفعل، والتمكين من الفعل لا يكون ذلك الفعل كالتمكين من القتل لا يكون قتلًا،

(١) أي عند الحنفية.

(٢) يقصد الشافعية.

وكذا في كل موضع.

ولهذا يقال: جَامَع الرجل فهي مُجَامَعَة، ووطئ الرجلُ فهي موطوءة فالأمر المحسوس المعقول الوطء من الرجال، فأمّا النساء لا يكون منهن وطء بحال، وإنما النساء محالُّ الوطء كالأرض التي تُوطأ بالأقدام، وكذا الإنسان الذي يطؤه الإنسان بقدمه لا يكون منه فعل في الوطء بالقدم، وهذا مثل ذلك سواء.

ألا ترى أن الفعل الحسي وطء لا يمكن تصويره بوجهٍ ما إلا أن الشرع نزّل التمكين من الوطء في الحدِّ نصًا، وفي قضاء الحج بإجماع الصحابة فَسَلِمَ الموضعان للنص والإجماع.

وفي مسألتنا لا نص ولا إجماع في جانبها، وإنما النص والإجماع في جانبه، وقد علَّق الوجوب عليه بالوطء من غير أن يهتدي إليه رأي أو يُتَصرف فيه بمعقولٍ، بل بالنص المحض فإذا لم يكن جانبها مشابهًا لجانبه، فإن التمكين من الفعل دون حقيقة ذلك الفعل معنىً، وغيره صورةً فلم يلحق به نصًا، لأنه غيره صورةً، واستدلالًا، ولأنه دونه معنىً فسقط وجوب الكفَّارة في جانبها بهذا الطريق.

يبيِّنه: أن في الخبر ذكر المواقعة، والمواقعة لا تكون إلّا من الرجل، فأمّا من المرأة فلا تُتصوّر ولا يقال أصلًا، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

الإفطار بغير الوطء لا يوجب الكفَّارة عندنا[1].

وعندهم: يوجب إذا كان بجنس ما يُتغذى به أو يتداوى به[2].

❋ لنا:

إنه بالأكل والشرب تارك للصوم في باقي النهار فلا تجب عليه الكفّارة.

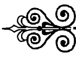
دليله: إذا ترك الصوم في كل النهار بأن لم ينو الصوم أصلًا، أو نلخص العبارة فنقول:

لم يوجد منه إلّا ترك الصوم فلا شيء عليه، كما تركه ابتداءً، وهذا لأن ترك بعض الصوم لو كان يوجب عليه الكفَّارة لكان ترك كله بالإيجاب أولى.

ثم الدليل على أنه بالأكل والشرب تارك للصوم، أن حقيقة الصوم هو الكف عن جنس الأكل والشرب فحسب، لأن الصوم عبادة كف عن قضاء الشهوة فيقتضي الكف عن قضاء شهوة معتاد فعلها، لأن وصف الابتلاء وصف لازم للعبادة لا يجوز أن تخلو عنه بحال، وإنما يتحقق الابتلاء بالخطاب

(١) المهذب ١/٢٤٧، الأم ٢/٨٥، حلية العلماء ٣/١٦٥، المجموع ٦/٢٩٢.
قال النووي في المجموع: «وبه قال سعيد بن جبير وابن سيرين والنخعي وحماد بن أبي سليمان وأحمد وداود» ا. هـ.
المغني ٤/٣٦٥، الإفصاح ١/٢٤٠.
وعند المالكية: الكفَّارة واجبة بكل فطر على وجه الهتك من أكل أو شرب أو غيره.
الإشراف للبغدادي ١/٢٠٠، بداية المجتهد ١/٣٠٢، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٤٣.

(٢) بدائع الصنائع ٢/١٠٢٥، رؤوس المسائل ص ٢٢٥، مختصر القدوري: ١/١٨٠، ويشترطون في ذلك العمدية في الإفطار، مختلف الرواية: ورقة ٥٣/أ.




بالكفِّ عن قضاء شهوة مألوفة معتادة، فأما ترك غير المألوف والمعتاد فلا ابتلاء فيه، فإنه سهل تركه والابتلاء إنما يوجد بترك ما يشق تركه، كما يوجد بفعل ما يشق فعله، وإذا ثبت هذا الأصل فنقول:

شهوة البطن في الأكل والشرب شهوة مألوفة معتادة في زمان الصوم وهو النهار فيوجد معنى العبادة في الخطاب بالكفّ عن قضاء هذه الشهوة، والصوم عبادة كفّ عن قضاء الشهوة فإذا وُجِدَ معنى العبادة في هذا الكفّ صح.

قولنا: «إن الكفّ عبادة كفّ عن قضاء هذه الشهوة فإذا أقدم عليه فيكون تارك فعل الصوم، لأن الصوم هو نفس الكفّ فإذا لم يكفّ فقد تركه، وترك الصوم لا يوجب الكفّارة كما في الابتداء.

فأمّا الوطء فهو محظور الصوم وفعله بمواقعة [٥٥/ب] محظوره فيه وتركه اجتناب محظور بسبب عبادة، لا أنه نفس العبادة، لما بيّنا أن الصوم عبادة كف عن قضاء الشهوة فيقتضي الكف عن قضاء شهوة معتادة مألوفة ليوجد معنى الابتلاء الذي هو وصف العبادة على سبيل اللزوم، والوطء بالنهار غير معتاد ولا مألوف، لأنه وقت الاشتغال بالأعمال والتصرفات، ولا يوجد ابتلاء في الخطاب بالكفِّ عنه في زمان النهار فلم يصح أن تكون نفسه عبادة، نعم، يجوز أن يكون محظور الصوم كما يكون محظور الحج، ومحظور الاعتكاف وإن كان حقيقة الاعتكاف والحج تغيره من اللبث في المسجد، والأفعال المعهودة المعروفة، لكن كان الوطء محظور العبادتين، كذلك هنا الوطء محظور الصوم، وإذا ثبت أنه محظور الصوم فلم يكن بفعله تاركًا للصوم بل

كان جانيًا على الصوم بمواقعة المحظور بسبب مؤثر فاستقام إيجاب الكفَّارة، كما تجب الكفَّارة بمواقعة المحظورات في الحج، لأن مواقعة المحظور سبب مؤثر في إيجاب العقوبة.

ألا ترى أن فساد الصوم بالوطء كان على وجه العقوبة، فكذلك الكفَّارة وجبت على طريق العقوبة.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: إفطار كامل فيوجب الكفَّارة، كما إذا كان بالوطء، وهذا لأن الواجب كفَّارة الفِطر، بدليل أنه يُضاف إليه، والأصل أن الحكم إذا أضيف إلى الشيء يكون سببًا له مثل كفَّارة القتل وكفَّارة الظهار، وكفَّارة اليمين عل أصلكم، وزكاة المال، وغير هذا من الإضافات.

ولأن الفِطر جناية على الصوم بتفويت ركنه فيصلح موجبًا للكفَّارة إلا أنه يعتبر أن يكون بجهة التغذي على الكمال ليصلح موجبًا للعقوبة.

قالوا: ولا يجوز أن يُقال إن الكفَّارة واجب الوطء، لأنه لو وطئ ناسيًا للصوم ونصوّر إذا زنا ناسيًا بامرأة لم تجب عليه الكفَّارة وإن وُجِدَ الوطء لعدم الفِطر، ولو وطئ امرأته أو مملوكته وجبت الكفَّارة وإن استوفى هنا بُضْع مملوكه لوجود الفِطر، فدلَّ أن الكفَّارة كفَّارة الفِطر، وإذا ثبت هذا فنقول: الفِطر بالأكل والشرب مثل الفِطر بالوطء، لأن الصوم عبادة كف عن قضاء الشهوة والشهوة شهوتان: شهوة بطن، وشهوة فَرْج، وهما شهوتان مركبتان في العبد جِبِلَّة وخِلقة فلا بد من قضائهما على المعتاد، وقضاء أحدهما

بالوطء، والأخرى بالأكل والشرب، والصوم عبادة كفّ عنهما.

قالوا: ولهذا تناول نص الكتاب كل واحد منهما تحليلًا وتحريمًا بقوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ﴾[1]، فهذا هو الوطء، ثم قال: ﴿وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ﴾[2]، ثم قال: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾[3].

أي الكف عن هاتين الشهوتين إلى زمان الليل فجعل هذين هو المقصود بالصوم في الكف؛ فثبت نصًا ومعقولًا أن ركن الصوم هو الكف عن قضاء هاتين الشهوتين، وفعل كل واحد منهما تفويت لركن الصوم، فإذا وجبت الكفَّارة في أحدهما وجبت في الآخر.

يدل عليه: أن الجناية كملت في كل واحد من الفعلين فإن كمال الجناية متفَق عليه في الوطء من حيث إنه جناية بتفويت ركن الصوم، وهذا المعنى بعينه موجود في الأكل والشرب فتكمل الجناية أيضًا، وإذا كملت الجناية وجبت الكفَّارة.

قالوا: بل جانب الأكل والشرب أرجح، لأن تأدي الصوم بترك الأكل والشرب فوق تأدّيه بترك الوطء لما ذكرتم أن الصوم اختص بزمان الأكل والشرب عادة ولم يختص بزمان الوطء عادة، ولأن الصوم عبادة صبر، والصبر عن الأكل والشرب أشق من الصبر عن الوطء، فإن الإنسان يصبر

(١) سورة البقرة، من الآية (١٨٧).

(٢) سورة البقرة، من الآية (١٨٧).

(٣) سورة البقرة، من الآية (١٨٧).

عن الوطء دهرًا ولا يصبر عن الأكل والشرب يومين، وإذا كان أشق فيكون الثواب بالصبر عنه أكثر وعلى مقابلته يكون العقاب بالإقدام عليه أكثر، لأن الثواب مقابل العقاب بدليل قوله تعالى: ﴿يَٰنِسَآءَ ٱلنَّبِيِّ مَن يَأۡتِ مِنكُنَّ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖ يُضَٰعَفۡ لَهَا ٱلۡعَذَابُ ضِعۡفَيۡنِۚ﴾(١)، وقال تعالى: ﴿وَمَن يَقۡنُتۡ مِنكُنَّ لِلَّهِ وَرَسُولِهِۦ وَتَعۡمَلۡ صَٰلِحٗا نُّؤۡتِهَآ أَجۡرَهَا مَرَّتَيۡنِ﴾(٢). وإذا كان العقاب بالإقدام على الأكل والشرب أكثر كان بإيجاب الكفَّارة أولى، فهذا إيجاب الكفَّارة بالأكل والشرب من حيث الاستدلال لا من حيث القياس(٣) الأكل والشرب على الوطء، لأن الكفَّارات لا يجوز إثباتها بالقياس، لكن يجوز بطريق الاستدلال بالنص، وهذا من هذا النمط، وهو مثل تحريم التأفيف فيكون تحريمًا للشتم والضرب واستدلالًا أو فحوى خطاب ولا يكون تحريمًا من حيث القياس.

قالوا: «وأما قول بعضكم إن الصبر عن الوطء عند هيجان الشهوة يصعب ما لا يصعب الصبر عن الأكل والشرب عند هيجان الجوع»، فليس بشيء، لأن على المعتاد المعروف يكون الصبر عن الوطء أسهل من الصبر عن الأكل والشرب، [٥٦/أ] والذي صوَّرتم صورة نادرة، والصورة النادرة لا تُعتبر، بل تعارض المعتاد الغالب من حالات الناس وأمورهم..

قالوا: وأمّا قولهم: «إن الوطء محظور الصوم، والأكل والشرب نقيض الصوم»، ليس كذلك، بل كان كل واحد منهما نقيض الصوم على ما سبق، وكما إنه يوجد الابتلاء بترك الأكل والشرب في النهار يوجد الابتلاء بترك

(١) سورة الأحزاب، من الآية (٣٠).
(٢) سورة الأحزاب، من الآية (٣١).
(٣) كذا في المخطوط، ولعله (قياس).

الوطء فيه إلا أن الابتلاء في هذه الصورة ربما يكون أخف من الابتلاء في تلك الصورة.

يبيِّنه: أن خطاب الشارع في الكل على وجه واحد لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيۡلِ﴾[1]، فكيف يجوز أن تميز التمييز الذي قلتم مع اتحاد الخطاب؟.

ثم قالوا: إن سلَّمنا أنه محظور الصوم والآخر نقيض الصوم لكن الجناية بهما واحد، فإذا جاز أن تجب الكفَّارة بارتكاب محظور الصوم جاز أن تجب بارتكاب نقيضه، لأن كل واحد منهما سبب لتفويت الصوم على وجهٍ واحد، والجناية في تفويت الصوم، وكما يوجد ترك الصوم ولا كفَّارة وذلك في الابتلاء فقد توجد مواقعة المحظور ولا كفَّارة، وذلك بالغيبة والوطء فيما دون الفَرْج.

وقد ألزموا مسألة المرتدة على ترك الصوم في الابتداء فإن ترك الإسلام من المرأة في الابتداء لا يوجب القتل وفي الدوام يوجب القتل على أصلكم[2].

قالوا: «وأما قول مشايخكم: إن الوطء متغلظ في نفسه فيمتاز عن غيره في الحكم»، فليس بشيء؛ لأن العبرة بالسبب الحاظر، والسبب الحاظر للكل واحد، وإذا اتحد السبب لابد أن يتحد الحظر، وإذا اتحد الحظر اتحدت الجناية، لأن الفعل صار جناية من حيث الحظرية.

قالوا: وأما الوطء في مِلْك الغير والتناول من مِلْك الغير إنما افترقا في

---

(١) سورة البقرة، من الآية (١٨٧).

(٢) عند الشافعية.

وجوب الحدّ؛ لأن الحدّ يندرئ بالشبهات، والزنا محرَّم لعينه فخلا عن الشبهة، والأكل والشرب محرَّمان لا لعينهما بل لغيرهما وهو حق المالك، ألا ترى أنه إذا أسقط حقه بالإذن أبيح، والوطء لا يباح وإن أذن المالك فيه.

قالوا: وأما الإحرام فإنما امتاز الوطء فيه عن غيره من المحظورات، لأن التحريم لمكان الارتفاق والاستمتاع، والارتفاق بالوطء أكثر منه بفعل سائر المحظورات.

وأمّا ههنا فإن قضاء الشهوة بالأكل والشرب مثل قضاء الشهوة بالوطء بل أكثر.

قالوا: «وقولكم: إن اللذة في الوطء أكثر منها في الأكل والشرب».

فليس بشيء، بل اللذة عند الجوع الصادق والعطش الصادق لا يكون دون اللّذة عند شدة الشبق بالوطء؛ لأنه إن كانت اللذة هناك أكثر فالارتفاق ههنا أكثر، لأن قوام الحياة يحصل بهذا دون الوطء.

قالوا: «وقولكم: إن الأكل لا يخلو عن شبهةٍ لوجود بعض ما لو وجد كله أباح بخلاف الوطء».

كلام في نهاية الضعف؛ لأن المبيح هو الضرورة، والضرورة تخوف الهلاك، ولا يُتصور وجود خوف منها.

يدل عليه: أنه لو سرق طعامًا ليأكله يجب عليه القطع عندكم، ولو أخذ على هذه الصورة بالضرورة أبيح له ذلك، ومع ذلك لم يُحكم بوجود شبهة في الصورة الأولى.

❁ **الجواب:**

أمّا قوله: «إفطار كامل».

قلنا: في اللفظ خلل؛ لأن الفِطر إنما يصح وصفه بالكمال إذا كان يصح وصفه بالنقصان، والفِطر في نفسه عبارة عن فوات الصوم بفعل من الصائم، والشيء إذا فات ففواته على وجهٍ واحد لا يجوز أن يوصف بالكمال تارة وبالنقصان أخرى، وهذا كالأفعال الحسية متى وقعت يكون وقوعها على وجهٍ واحد.

فإن قالوا: إذا تناول الحصاة أو النواة فهو إفطار ناقص، لأنه إفطار اسمًا لا معنىً من حيث إنه أكل صورةً وليس بأكل معنىً.

قالوا: وفي الاستيقاء إنه ليس بفطر حقيقة، لأن الفِطر يكون بما يدخل لا بما يخرج وإنما أفطر به الشرع ولولا الشرع لم يحصل به فِطر أصلًا.

قلنا: قد بيّنا أن الفِطر هو تفويت الصوم بفعل يفعله الصائم، والشيء إذا فات لا يُتصوّر أن يفوت من وجهٍ دون وجه بل يفوت من كل وجه، وإذا فات من كل وجه يكون الفِطر كاملًا ولا يكون ناقصًا.

وأمّا قولهم: «إن الكفَّارة كفَّارة الفِطر».

قلنا: لا، بل هو كفَّارة الوطء المفطِّر.

فإن قالوا: «نحن بيّنا تأثر الفِطر، فبيِّنوا أنتم تأثير الوطء».

قلنا: وجه تأثيره أن الأصل في الشرع أن السبب إذا حرَّم الوطء وغيره

يكون تأثير السبب في الوطء أكثر من تأثيره في غيره بدليل التحريم، إذا كان لعدم المِلْك أو كان بالإحرام، وهذا لأن الوطء فعل متغلظ في نفسه ممتاز عن سائر الأفعال شرعًا، بدليل أنه لا يُستباح بالإباحة وبدليل أنه يستحق به القتل، وبدليل أن العقد على استحقاقه يقف على شرائط لا يقف عليه عقد ما، وذلك لتغلظه في نفسه، هذا نهاية ما يمكن في تحقيق طريقة المشايخ.

وعذرهم عن فصل عدم المِلْك، ليس بشيء؛ لأنهم في عذرهم ادَّعوا أن في تناول مال الغير شبهة الإباحة، ولو كان كذلك لم يجب القطع بسرقة مال.

وقولهم: «إن الزنا محرَّم لعينه فلا تكون فيه شُبهة».

قلنا: لو كان محرَّمًا لعينه لم يحل جنس الوطء بحال، بل الصحيح أن كلَا الفعلين محرَّم بتحريم الشرع وإن كان السبب مِلْك الغير إلا أن الوطء لا يُستباح بالإباحة لغلظه في نفسه، والأكل يُستباح بالإباحة لخفة أمره، وعلى أن استباحة المال بدليل عارض وعدم استباحة الوطء بمثل ذلك الدليل، لا يدل على اختلافهما في أصل التحريم، ويجوز أن يوجد سببان محرِّمان لا شبهة في واحد منهما، وإن اختلفا مثل الاختلاف الذي قلتم.

ألا ترى أن الكفر والقتل كل واحد منهما محرّم من غير شبهة، وإن كان جنس أحدهما يُستباح بدليل يقوم عليه وهو القتل ولا يُستباح الآخر بحال وهو الكفر.

وأمّا عذرهم عن الإحرام وقولهم: «إن الوطء استمتاع وارتفاق فهذا المعنى فيه أكثر منه في سائر المحظورات».

قلنا: مقادير الارتفاقات غير معتبَر بدليل أن الارتفاق في اللبس أكثر منه

في قلم الظفر وحلق الشَعر ومع ذلك يستوى الكل في الكفَّارة، فدل أن المعتبر أصل الارتفاق ولا مقداره، ولكن إنما خالف الوطء سائر المحظورات، لأن تأثير السبب فيه أكثر من تأثيره في غيره على ما يوجبه قضية الشرع.

فإن قالوا: قد ظهر تأثيره في الحج حتى إنه يمتد زمان تحريم الوطء ما لا يمتد زمان سائر المحظورات، وههنا زمان التحليل والتحريم في الوطء وغيره واحد.

قلنا: تمييز الوطء من بين سائر المحظورات لم يكن لما قلتم بدليل أن الوطء يمتاز من بين سائر المحظورات، وإن كان في العُمرة، كما يمتاز في الحج حتى إن القضاء يجب بالوطء، ولا يجب بسائر المحظورات، وإن كان زمان التحليل والتحريم في الكل واحد في العُمرة.

وإذا ثبت أن تأثير السبب في الوطء أكثر منه في الأكل والشرب جاز أن يختص بإيجاب الكفَّارة مع مساواته الأكل والشرب في كل ما قلتم، هذا تحقيق طريقة الأصحاب.

وأمّا الذي اعتمدناه من أن الوطء مواقعة محظور والأكل والشرب مجرد ترك الصوم، فهي طريقة متينة محكمة.

وعندي أن الاعتماد عليها أولى، وقد ذكرنا وجه تقريرها.

وأمّا الغيبة والوطء فيما دون الفَرْج، فنحن لا نقول إن مواقعة كل محظور يوجب الكفَّارة، لأن المحظور، والمحظور يجوز أن يتخلف فيهما مقادير الجناية وعظمها وصغرها، لكن ما يتعلق بالمحظور لا يتعلق بترك العبادة، لأن

مواقعة المحظور مع فعل الصوم في حقيقته جناية على الصوم الذي هو عبادة، والترك ليس بجناية على العبادة؛ لأن ما مضى لا يُتصور الجناية عليها وما بقي لم يفعله حتى يجنى عليه، وإنما هو مجرد ترك مأمور، وما لا يُستدرك بالقياس إذا جاء وجوبه في موضع لا ينقل إلى موضع آخر، لأن الجناية على العبادة إذا لم توجد في الأكل والشرب وتوجد في الوطء فيجوز أن توجب الجناية على العبادة بإفسادها ما لا يوجبه مجرد تركها من غير جناية عليها؛ وهذا ظاهر.

وأمّا فصل المرتدة فقد بيّنا في ربع القصاص(١) أن الكفر ابتداءً وعودًا بالرِدَّة موجب للقتل في حق المرأة، كما يوجب كفر الرجل إلّا أنه في حق الكافرة الأصلية قُدِّمت عقوبة أخرى على عقوبة القتل بدليل قام عليه، ولم يوجد في حق المرتدة مثل ذلك الدليل فتعين القتل، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا وطئ مرتين في يومين في شهر رمضان وجبت عليه كفَّارتان يلزمه أداؤهما(٢).

وعندهم: يكفيه كفَّارة واحدة(٣).

---

(١) ينظر: مسألة (المرتدة): ١٩٥/٤.

(٢) النكت: ورقة ٩/ب، الأم ٨٤/٢، ٨٥، المهذب ٢٤٩/١، المجموع ٣٠١/٦، حلية العلماء ١٦٨/٣.

وبه قال مالك وداود وأحمد في أصح الروايتين عنه، ينظر: الإشراف للبغدادي ٢٠١/١، المغني ٣٨٦/٤، الإفصاح ٢٤٣/١، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٤٣/١.

(٣) الأسرار: ورقة ٢٦٩/ب (شهيد علي)، مختلف الرواية: ورقة ٥٣/أ، بدائع الصنائع=

❁ **لنا:**

أن ندل أولًا على وجوب الكفارة بالوطء في اليوم الثاني، فإنهم ربما يمنعون ذلك فنقول:

سبب الوجوب تكرر فتكرر الوجوب، مثل القتل إذا تكرر فيتكرر وجوب الكفَّارة، وكذلك الظهار واليمين.

والدليل على تكرر السبب أن سبب الوجوب هو الجناية على صوم رمضان بالوطء؛ وقد وُجِدَ هذا في اليوم الثاني مثل ما وُجِدَ في اليوم الأول.

يبيِّنه: أنه لو لم يطأ في اليوم الثاني وأتم صومه كان صومه على الكمال والتمام مثل الأول لو لم يفسده، كذلك إذا أفسده بالوطء تكون الجناية عليه مثل الجناية على الصَوم في اليوم الأول.

والحرف: أن الجناية الموجودة في صوم اليوم لا تؤثر في صوم الغد بحالٍ، ومن المحال اعتقاد تأثير الوطء الذي يوجد في اليوم في صوم يوجد في الغد وبعد الغد.

وقد ادَّعى بعضهم أن الجناية تقاصرت في الوطء الثاني، لأن حُرْمة الشهر صارت مهتوكة بالوطء الأول فصادف الوطء الثاني حُرْمة الصوم دون حُرْمة الشهر فلم توجب الكفَّارة عليه.

دليله: إذا وطئ في القضاء، وهذا لأن الجناية المحسوسة على المحل توجب النقصان حسًّا والجناية الحكمية توجب النقصان حكمًا.

= ١٠٣٣/٢، المبسوط ٧٤/٣، رؤوس المسائل ص ٢٣٢.

قالوا: وهذا لأن الشهر له حُرْمة واحدة، لأن الشهر واحد، وإن تخللت الليالي التي لا تقبل الصوم أصلًا، وتخلل الليالي لا يوجب تعدد الحُرْمة، بدليل شهري التتابع فإن لهما جميعًا حُرمة [٥٧/أ] واحدة وإن تخللت الليالي لا تقبل الصوم فيما بين ذلك.

الجواب:

إن القول بانتهاك حُرْمة الشهر على معنى فواتها، قول مستبعَد جدًا، نعم، يجوز أن يقال إنه لم يراعِ حرمتها ولم يحفظها، فأمّا اعتقاد فوات الحُرْمة فمحال.

يبيِّنه: أنه ليس معنى حُرْمة الشهر سوى أن الله تعالى خصّ هذا الشهر بواجب من أركان الإسلام وشرع فيه وجوهًا من المشروعات تُشعر بخطرها وحُرْمتها واختصاصه من ذلك بما لا يوجد في سائر الشهور، وهذا المعنى لا يفوت بوطئه في يوم من أيامه، لأن الأمر بالصوم واختصاصه بما عُرِف من السنن المشروعة وتكثير الثواب لما يأتي من العبادة فيها وأمثال ذلك كلها باقية عليه في الشهر، فكيف يقال إنه ذهبت حُرْمتها في حقه وصار بمنزلة سائر الأيام التي هي خارج رمضان؟ وأيضًا فإن الكفَّارة واجب الجناية على الصوم لا واجب الجناية على الشهر، لأن عندنا الكفَّارة واجب وطء مفطر، وعندكم الواجب واجب الفطر على جهة مخصوصة، والفِطر إنما يوجد بجناية على الصوم لا بجناية على الشهر إلّا أنه يُعتبر أن يكون الصوم في هذا الشهر ليلاقي زمان أدائه.

وقد قيل أيضًا: إن لكل يوم من رمضان حُرْمة على انفرادها فيما يرجع

إلى الصوم والشهر جميعًا.

والدليل عليه: أنه لو لم يصم يومًا من رمضان أصلًا وجَامَعَ فيه أو جامع فيما دون الفَرْج وهو صائم، أو أكل حصاة أو نواة ثم صام من الغد وجَامَعَ فيه وجبت الكفَّارة وإن كان قد هتك حُرْمة الشهر بالفعل الأول فحين وجبت دلَّ أنه إنما وجبت لأن الحُرْمة لم تصر مهتوكة، أو لأن لكل يوم حُرْمة على حدة فيما يرجع إلى الصوم والشهر جميعًا، وهذا لا سؤال لهم عليه، فإذا ثبت وجوب الكفَّارة في اليوم الثاني حسب وجوبها في اليوم الأول وجب أداؤهما، لأن الوجوب يُراد للأداء فإذا وجب وجب الأداء.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

المعتمد، قالوا: نسلّم الوجوب في اليوم الثاني مثل ما وجب في اليوم الأول لكن نقول: يتداخلان، ويُكتفى بواجب واحد أداءً مثل لما لو زنى ثم زنى فإنه يُكتفى بحدٍّ واحدٍ، لأن كل واحد منهما عقوبة تندرئ بالشبهات، ودليل أنها عقوبة تعلقها بالجناية، ودليل سقوطها بالشُبهة ما ذكرنا في المسألة الأولى، وهذا لأن الواجب لما كان على جهة الزجر وهو محمول في الشرع على نوع من السقوط لا يوجد في غيره فالواجب الواحد زاجر كامل، وإن تعدد السبب مثل الحدّ في الزنا سواء، أو يقال: إذا وُجِدَ أداء هذا الواجب بعد وجود أسباب له فجعل في حق كل سبب كأن الأداء حصل لذلك السبب وحده، مثل الحدّ سواء فإنه يُقام بعد زنيات منه، ويُجعل في كل زنا كأن الحدّ أقيم له وَحُدّ.

قالوا: وأمّا إذا كفّر عن الأول ثم وطء ثانيًا وجبت الكفَّارة، كما لو زنى

فَحُدَّ ثم زنى ثانيًا، ولأن التكفير لما اتصل بالأول صار الأول كالعدم، فصار الثاني بمنزلة الأول حين وُجِد.

قالوا: وأمّا إذا وطئ في رمضانين يجب كفَّارة واحدة مثل ما لو زنى في سنتين يُكتفى بحدٍّ واحد.

❁ **الجواب:**

أمّا قولهم: «عقوبة».

قلنا: إن ادّعوا (أنها عقوبة محضة)[1] فلا يصح، لأنها تتأدّى بمحض العبادة وهو الصوم فلا يكون عقوبة محضة، وإن ادَّعوا أن فيها معنى العقوبة، فمسلَّم، لكن لِمَ قالوا: يلحق بالعقوبة المحضة وهو الحد؟.

وقولهم: «إنه يسقط بالشُبهات».

إن عَنوا بكلٍ شُبهة، فليس كذلك؛ لأن أعظم الشبهات المِلْك، ولا يسقط به حتى لو وطئ زوجته أو أَمَته وجبت الكفَّارة عليه.

واعتذر بعضهم وقال: المسقِط هو الشُبهة في محل الجناية ولم يوجد، لأن محل الجناية هو الصوم ولا شُبهة فيه، وإنما وُجِدت الشُبهة في آلة الجناية، لأن منافع البُضْع آلة الجناية، وكذلك المطعوم والمشروب، فنظيره أن لو قُتِلَ إنسان بسيف مملوك له فلا يكون ذلك شُبهة، وأيضًا فإن الصوم إنما يَحْرُم الوطء في المِلْك، وإذا كان تأثيره في التحريم في المِلْك، فكيف يصير المِلْك شُبهة؟.

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ٢٧٣/أ (شهيد علي).

وكِلا العذرين ليس بشيء، لأَنَّا ندَّعي وجود شُبهة الإباحة، والمِلْك مبيح لقيام المِلْك لابد أن يوجب شُبهة، مثل ما لو وطئ أمَته المجوسية أو كانت أخته من الرضاع لا يجب الحدّ لقيام المِلْك، وبطل العذر الثاني أيضًا بهذه المسألة، لأن التمجس والرضاع إنما يوجبان التحريم في المِلْك أيضًا، ومع ذلك صار المِلْك شُبهة، ومِلْك السيف لا يبيح القتل به بحال حتى يصير شُبهة، وأما الذي ادَّعوا من سقوط الكفَّارة بالغلظ، فلأن في الكفَّارة معنى العقوبة في الجملة، فأمّا إسقاطها بكل شُبهة وإلحاقها بالعقوبة المحضة فلا يصلح ذلك بحال.

وإذا ثبت هذا فنقول:

غاية كلامهم إلحاق الكفارة بالحدّ، والتداخل في الحدّ على خلاف [٥٧/ب] القياس؛ لأن الأصل أن كل شيئين اجتمع وجوبهما اجتمع وجوب أدائهما، فإن عُدِلَ عن هذا الأصل في موضع بدليل لا يُلحق به ما ليس في معناه.

يبيِّنه: أن الكفَّارة واجب مالي وليس في الواجبات المالية تداخل في موضع ما.

وأمّا الحدّ إيلام وإيجاع يجوز أن يكتفي بالواحد احترازًا من الإهلاك؛ لأنها إذا اجتمعت أهلكت، وهذا لا يوجد في الحقوق المالية فاعتبر فيها ما هو الأصل. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا انفرد الواحد برؤية هلال رمضان لزمه الصوم عندنا[(١)].

وإذا أفطر فيه بالوطء لزمته الكفَّارة[(٢)].

وعندهم: لا يلزمه[(٣)].

لنا:

إنه أفطر في يوم من رمضان بالوطء فتلزمه الكفَّارة.

دليله: إذا كان في اليوم الثاني، والدليل على أن هذا اليوم من رمضان أنه يلزمه أن يصومه من رمضان مثل ما يلزمه الثاني.

والمعتمَد في المسألة أن الكفَّارة واجب بينه وبين ربه فيُعتبر فيه ما ألزمه ربه، وما يعتقده فيما بينه وبين ربه، والله تعالى قد ألزمه أن يصوم في هذا اليوم من رمضان وهو يعتقد في نفسه أنه من رمضان فلو سقطت الكفَّارة لسقطت؛ لأن هذا اليوم ليس من رمضان عند سائر الناس، وما عند الناس

---

(١) المهذب ٢٤٣/١، الأم ٨١/٢، المجموع ٣٠٢/٦، حلية العلماء ١٥٢/٣، شرح السُنَّة ٢٤٨/٦، وأحمد في أظهر القولين عنه، وهو قول المالكية في حالة التعمد، الإشراف للبغدادي ١٩٧/١، قوانين الأحكام ص١٣٤، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٣٥/١، المغني ٤١٦/٤، الإفصاح ٢٣٥/١.

(٢) المجموع ٣٠٢/٦، وهو قول المالكية والحنابلة. الإشراف للبغدادي ١٩٧/١، قوانين الأحكام ص١٣٤، المغني ٤١٦/٤.

(٣) الأسرار: ورقة ٢٧٠/أ (شهيد علي)، المبسوط ٦٤/٣، بدائع الصنائع ٩٨٦/٢، رؤوس المسائل ص٢٣٤.

لا يُعتبر في الواجب الذي سبيله هذا، بدليل ما لو اجتمع قوم على شراب فيشربونه وأحدهم يعلم أنه خمر يلزمه الحدّ، وكذلك إذا زُفّت إليه امرأة وهو يعلم أنها أجنبية، وسائر الناس يظنون أنها امرأته، وكذلك إذا رأى الصبح وحده وأفطر بالوطء وعند سائر الناس أنه ليل.

❁ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: (إنه مفطر بشبهة فلا تلزمه الكفَّارة، كمسألة الغالط في السَّحَر والإفطار)(١).

والدليل على أنه مفطر بشبهة دلائل:

منها: قوله ﷺ: (صومكم يوم تصومون...)(٢) وهذا يقتضي أن لا يصح صومه إلا مع الجماعة إلا أنه قُدِّم عليه قوله عليه السلام: (صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته)(٣)، لأنه إذا تعارض دليلان أحدهما يوجب الصوم، والآخر

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ٢٧٠/ب (شهيد علي) ببعض التصرف.

(٢) رواه الدارقطني في سننه ١٦٤/٢، والبغوي في شرح السنة ٢٤٧/٦، ٢٤٨.
وابن ماجه في سننه ٥٣١/١، في باب «ما جاء في شهري العيد».
والترمذي في سننه ٢١٦/٣، ٢١٧، مع العارضة، في باب «الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون».
قال أبو عيسى: «هذا حديث حسن غريب، وفسّر بعض أهل العلم هذا الحديث فقال: إنما معنى هذا أن الصوم والفطر مع الجماعة وعظم الناس» ا. هـ.
وقد استدل به الدبوسي في أسراره: ورقة ٢٧١/أ (شهيد علي)

(٣) رواه البخاري في صحيحه ١١٩/٤ مع الفتح، في باب «قول النبي ﷺ: إذا رأيتم الهلال...».
ومسلم في صحيحه ١٩٣/٧ مع النووي، في باب «وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال». =

لا يوجب، فالموجب أولى احتياطًا للعبادة فنفي ظاهرًا بخبر شُبهة في درء الكفَّارة، مثل قوله ﷺ: (أنت ومالك لأبيك)(١)، قُدِّم عليه قوله ﷺ: (كل امرئ أحق بماله من ولده ووالده وسائر الناس أجمعين)(٢)، ولكن بقي ظاهره شُبهة في درء الحدّ.

فإن قلتم: إن معنى قوله: «صومكم يوم تصومون...» يعني صوم كل إنسان يوم يصومه، يكون هذا تعطيلًا للخبر، لأن هذا لا يخفى على أحد، ولأن المراد من الخبر ذكر الأحكام التي تتعلق بالجماعة مثل قوله: (أضحاكم يوم تضحون وعرفتكم يوم تعرفون)(٣)، وإن ادعيتم النسخ، فليس عليه دليل، وإنما يكون بالنقل، بل تقابل ظاهران فقدّمنا أحدهما في إلزام الصوم، لما ذكرنا واعتبرنا الآخر وأسقطنا ما يسقط بالشُبهة.

ومنها: أن اليوم من شعبان في حق سائر الناس فلم يكن من رمضان

= والترمذي في سننه ٣/٢٠٠ مع العارضة في باب «ما جاء: لا تقدِّموا الشهر بصوم».
والنسائي في سننه ٤/١٠٧، ١٠٨ في باب «إكمال شعبان ثلاثين إذا كان غيم».
والدارمي في سننه ٢/٣ في باب «الصوم لرؤية الهلال».
والإمام أحمد في المسند ٢/٢٥٩، ٢٦٣، ٢٨١، ٢٨٧، ٤١٥، ٤٢٣، ٤٣٠، ٤٣٨، ٤٥٤، ٤٥٦، ٤٦٩، ٤٩٧.

(١) رواه ابن ماجه في سننه ٢/٧٧٩.
وأحمد في المسند ١١/١٨٢ بتحقيق أحمد شاكر، وقال المحقق إسناده صحيح.

(٢) رواه الدارقطني في سننه ٤/٢٣٦، ولفظه «كل أحد أحق بماله من والده، وولده، والناس أجمعين» ا. هـ.

(٣) قال ابن حجر في التلخيص ٢/٢٥٦: رواه الشافعي عن مسلم بن خالد، عن ابن جريج قال: قلت لعطاء: رجل حَجّ أول ما حَجّ فأخطأ الناس بيوم النحر أيجزئ عنه؟ قال: نعم، قال: وأحسبه قال: قال رسول الله ﷺ: (فطركم يوم تفطرون وأضحاكم يوم تضحون)، قال: وأراه قال: «وعرفة يوم تعرفون» ا. هـ.

مطلقًا بل كان من رمضان من وجهٍ لا من وجهٍ فتقاصرت حُرْمته فتقاصرت الجناية بالوطء فيه أيضًا، وهذا لأن ما يجب بالجناية الكاملة لا يجب بالجناية المتقاصرة.

يبيّنه: إنه لما لم يكن من رمضان في حق سائر الناس لخلل في الدليل القائم أنه من رمضان، لأنه لما انفرد بدعوى الرؤية مع مساواة الناس إياه في النظر وموقفه، وحِدّة النظر وموضع المنظور إليه، دلَّ أنه لم يكن لرؤيته حقيقة بل كان نوع خيال، كما روى في حديث عمر رضي الله عنه أنه مسح حاجب مَنْ كان يدّعي رؤية الهلال، ثم قال: أين الهلال؟ فقال: فَقَدتُه، فقال: (تلك شعرة قامت من حاجبك)[1].

قالوا: وبهذا فارق المسائل التي قلتم واستشهدتم بها، لأنه لا خلل في الدليل في تلك المسائل فاعتبر ما عنده من الدليل، وما يزعم في اعتقاده.

ومنها: أن القاضي قَضَى بكون هذا اليوم من شعبان، لأن الردّ يدخل تحت القضاء بدليل أنه لو شهد لإنسان في حادثة فرُدّ لفسقٍ ظهر منه، ثم تاب وأعاد لا يُقبل لجريان القضاء برده وإذا دخل الردّ تحت القضاء دخل موجبه أيضًا، وهو كون اليوم من شعبان فصار القضاء شُبهة، لأنه يقضي بدليل شرعي يقوم له فأشبه قضاء يرد من الشرع.

❁ **الجواب:**

أمّا الخبر، قلنا: هو ضعيف في الإسناد فإن مداره على الواقدي[2] وهو

---

(١) ذكره ابن قدامة في المغني ٤/٤٢١.

(٢) محمد بن عمر بن واقد الأسلمي الواقدي المدني القاضي، نزيل بغداد، متروك مع سعة=

ضعيف[1].

وقد روى أبو داود فلم يذكر قوله: (صومكم يوم تصومون)[2]، ولأنه تُرِك لقوله ﷺ: (صوموا لرؤيته)، وإذا تُرِك بدليل آخر فلا يصير صورته شُبهة، لأن الصورة لا تصير شُبهة عندنا بحال. وأمّا سقوط الحدّ عن الأب لم يكن بقوله: (أنت ومالك لأبيك)، وهذا أيضًا خبر مرسل، وإنما كان ثبوت حقه في مال ولده على ما ذكرنا في النكاح، ولأن قوله: (أنت ومالك لأبيك) لم يصير شُبهة في سقوط الحدّ إذا زنا بالبنت.

فإن قالوا: «الإضافة [٥٨/أ] إلى الوالد إضافة كرامة».

قلنا: صورة اللام للمِلْك، وقد قيل: إن معنى الخبر هو النهي عن صوم يوم الشك.

وأمّا دليلهم الثاني:

قلنا: هو في حقه من رمضان على الإطلاق من كل وجهٍ، وهذا لأنه تيقن برؤيته قطعًا، ونقول له: إن تيقنت فعليك الكفَّارة.

وقوله: «إنه تفرَّد من بين سائر الناس».

= علمه، من التاسعة، مات سنة ١٨٧هـ.
روى له ابن ماجه، ينظر: التقريب ص ٣١٣.

(١) قاله الدارقطني في السنن بعد رواية الحديث ٢/١٦٤.

(٢) ينظر: سنن أبي داود ٢/٧٤٣ ولفظه: «وفطركم يوم تفطرون وأضحاكم يوم تضحون، وكل عرفة موقف...» ا. هـ.




قلنا: تفرده جائز بالإجماع(١)، ولهذا المعنى جاز للقاضي أن يقبل وإذا قبل لزم جميع الناس صوم اليوم فصارت هذه المسألة مثل سائر المسائل التي قلناها.

ودعوى الخلل في الدليل باطل؛ لأن تشكيك المتيقن لا معنى له.

وأما دليلهم الثالث فنقول:

أولًا: لا قضاء، إنما وُجِدَ ترك قبول فحسب، ومسألة الردّ كذا نقول، وإنما لم تُقبل شهادته بعد توبته لمعنى آخر ثم يبطل بما لو شهد أربعة من الشهود على رجل بالزنا، ورجم الإمام المشهود عليه، ثم رجع أحدهم فإنه يُحَدّ مع قيام القضاء بزناه، بدليل أنه لو قذفه إنسان لا يُحَدّ؛ لأنه محكوم بزناه ولا محيص لهم عن هذا، لأن غاية ما قالوه: إن القضاء انفسخ في حق الراجع، وإن كان انفسخ في حق الراجع في تلك المسألة فلم يوجد ههنا في حق الزاني أصلًا، فنقول: لو أن هذا الرائي صام ثلاثين يومًا ولم ير الناس الهلال يجوز له أن يفطر على أصح الوجهين(٢)، لكن يفطر في مكان لا يراه الناس، والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) قال ابن رشد في بداية المجتهد ٢٨٥/١: «أجمع العلماء على أن مَنْ أبصر هلال الصوم وحده أن عليه أن يصوم إلا عطاء بن أبي رباح فإنه قال: لا يصوم إلا برؤية غيره» ا. هـ.

(٢) عند الشافعية. ينظر: المهذب ٢٤٣/١.

※ (مَسْأَلَة):

إذا تمضمض الصائم واستنشق، ولم يبالغ وسبق الماء إلى حلقه، لم يفسد صومه عندنا[1].

وعندهم: يفسد[2].

وكذلك لو أكره على الأكل والشرب أو صُبّ الماء في حلقه لم يفسد عندنا[3].

وعندهم: يفسد[4].

لنا:

أنه لو فسد صومه لكان يفسد بوجود المناقض لصومه ولم يوجد، لأن العبادة فعل الكف عن الأكل والشرب، ولم يوجد ما ينافي الكف، لأنه كاف عن الأكل والشرب على ما أمر به وإنما وُجِدَ سبقُ الماء إلى حلقه بغير فعله أو وُجِدَ صَبّ الماء في حلقه ولا فعل له في هذا بل يُتصوّر فيما كان نائمًا فَصُبَّ الماء في حلقه.

---

(١) النكت: ورقة ٩٢/أ، المجموع ٦/٢٩٠، قال النووي في المجموع: «أمّا إذا بالغ فالصحيح عندنا بطلان صومه» ا. هـ.
وبه قال الحنابلة. المغني ٤/٣٥٦.
ينظر: فتح الباري ٤/١٥٥.

(٢) الأسرار: ورقة ٢٦٢/أ (شهيد علي)، المبسوط ٣/٦٦، بدائع الصنائع ٢/١٠٠٩، وهو قول المالكية، الأشراف للبغدادي ١/٢٠٣.

(٣) النكت: ورقة ٦٢/أ، المجموع ٦/٢٩٠، قال النووي: هو الأصح عندنا.

(٤) بدائع الصنائع ٢/١٠٠٨، الأسرار: ورقة ٢٦٢/أ (شهيد علي).

وعندهم: يبطل صومه في هذه الصورة أيضًا.

وأمّا إذا أكره على الأكل والشرب فنقول:

فعله وإن وُجِدَ لكن جعل فعله كالمعدوم مثلما صار فعله كالمعدوم في حق لحوق الإثم، وصار فعله كالمعدوم فيما لو أكره على إتلاف مال الغير حتى وجب الضمان على المُكرِه دون المكرَه، فثبت أنه لم يوجد ترك فعل العبادة أصلًا في هذه الصور كلها، وإذا ثبت أنه لم يوجد ترك فعل الكف، لم يبطل صومه لأنه لو بَطَلَ بَطَلَ بما قلناه، ولم يوجد فلا يبطل ونستدل بالناسي فإنه لا يبطل صومه.

والعذر في هذه المسائل أظهر منه في الناسي، لأن في صورة الناسي قد وُجِدَ منه فعل ما يضاد الكف إلّا أنه مع نسيان العبادة.

وأمّا ههنا فلم يوجد منه فعل ما ينافي الكف أصلًا فإذا لم يبطل في الصورة الأولى كذلك في هذه الصورة.

ونظير مسألتنا: إذا طارت الذباب فدخلت حلقه لم يفسد صومه لما بيّنا[1].

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: وصل المغذّي إلى جوفه مع ذكره للصوم فوجب أن يبطل صومه.

دليله: المخطئ، وصورة الخطأ في المسألتين المعروفتين وهي أنه لو تسحّر على ظن أن الفجر لم يطلع ثم ظَهَرَ أنه طَلَعَ[2]، أو أفطر على ظن أن

(١) ينظر: المجموع ٦/٢٩٠، الأسرار: ورقة ٢٦٣/أ (شهيد علي).

(٢) ينظر: الأسرار: ورقة ٢٦٤/أ (شهيد علي).

الشمس قد غربت ثم تبيَّن أنها لم تغرب.

وأمّا الفقه لهم:

هو أنه فات معنى، الصوم في هذه المسائل فيفوت الصوم، وهذا لأن قيام الصوم بقيام معناه، فإذا فات معناه لم يُتصوّر بقاؤه.

يبيِّنه: أنه لو فاتت صورة الصوم بأن تناول حصاة أو نواة لم يبق الصوم فإذ فات معناه في مسألتنا أولى أن لا يبقى، لأن قيامه بمعناه أكثر من قيامه بصورته.

وإنما قلنا: «إن معناه فات، لأن معنى الصوم هو الكف عن قضاء الشهوة فإذا حصل قضاء الشهوة وُجِدَ الفوات معنى»، وفي هذه المسائل وُجِدَ قضاء الشهوة وفات معنى الصوم.

فإن قلتم: ربما كان الفعل تناول لقمة أو تناول حبة حنطة وبهذا لا يحصل قضاء الشهوة.

قلنا: قد وُجِدَ من جنس ما يقضى به الشهوة، والمعتَبر وجود جنس ما يقضي به الشهوة وإذا وُجِدَ بفعله وُجِدَ فوات الصوم صورةً ومعنىً، وإذا وُجِدَ لا بفعله وُجِدَ فوات الصوم معنى، وإن لم يوجد صورةً وفي الموضعين يبطل الصوم.

قالوا: (وأمّا إذا أكل أو شرب ناسيًا فقد وُجِدَ ما ينافي الصوم صورةً ومعنىً إلا أنه بقي الصوم بالنص، وههنا لا نص)[1].

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار ٢٦٣/أ (شهيد علي).

فلو بقي بقي بمجرد الصورة مع فوات المعنى وهذا لا يجوز.

قالوا: وليس كما لو طارت ذبابة إلى حلقه؛ لأنه لم يوجد فوات الصوم لا صورة ولا معنى، أما الصورة فلأن الحاصل حاصل بغير فعله، وأمّا المعنى فلأن قضاء الشهوة لم يوجد؛ لأن الذبابة ليست من جنس ما تُقضَى به الشهوة.

۞ **الجواب:**

إن قولهم: فات [٥٨/ب] الصوم معنى، لا نسلِّم، لأن معنى الصوم وصورته في فعله حتى إن مَنْ جاع أو عطش من غير نيَّة منه للصوم لا يقال وُجِدَ له معنى الصوم، وكذلك إذا صام ولم يجع ولم يعطش لا يقال لم يوجد له معنى الصوم.

فدلَّ أن معنى الصوم وصورته في فعله، وذلك الفعل هو فعل الكف، وفوات المعنى والصورة في فوات فعل الكف ولم يوجد فوات فعل الكف في المسائل التي اختلفنا فيها فلم يفت الصوم لا صورة ولا معنى على ما ذكرنا.

والحرف أن وجود قضاء الشهوة لا بفعله ساقط ومجعول كالعدم، لأن الصوم لم يكن حصوله لا بفعله بل حصوله بفعله فيكون فواته بفعله.

فإن قالوا: إذا تمضمض واستنشق فقد وُجِدَ فعله في سبب سبق الماء إلى حلقه...(١) السبق كأنه حصل بفعله مثل ما لو قَبَّل أو أنزل.

قلنا: المضمضة والاستنشاق فعلان مطلقان شرعًا فما يؤديان إليه مما لا فعل له فيه لا يجعل كالحاصل بفعله، كما لو حفر بئرًا في مِلْكه فوقع فيه

(١) بياض في المخطوط.

إنسان، هذا إذا لم يبالغ، فأما إذا بالغ فهو فعل محظور فيجعل ما يؤدّي إليه كأنه حصل بفعله كما لو حفر بئرًا في مِلْك غيره، ثم وقع فيه إنسان.

وأمّا فصل الناسي فهو لازم على ما سبق.

وقولهم: «إنه لم يفسد الصوم بالنص».

قلنا: قد ذكر في النص: «أن الله تعالى أطعمه وسقاه»[(١)]، ولما كان الواصل بفعل غيره لم يفسد صومه، فكذلك ههنا وصل الواصل بفعل غيره فلا يفسد أيضًا، وهذا كلام حسن مستخرج من النص فإن قوله ﷺ: (فإن الله أطعمه وسقاه)[(٢)].

يبيّنه: أن كل ما يحصل من هذا الجنس بفعل غير الصائم لا يفسد صومه.

وقد تعلق الأصحاب بقوله ﷺ: (رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان وما استُكْرِهوا عليه)[(٣)].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٤/٥٥ مع الفتح، في باب «الصائم إذا أكل أو شرب ناسيًا».
ومسلم في صحيحه ٨/٣٥ مع النووي في باب «أكل الناسي وشربه وجِماعه لا يُفطر».
وأبو داود في سننه ٢/٧٩٠ مع المعالم، في باب «مَنْ أكل ناسيًا».
والدارمي في سننه ٢/١٣، في باب «في مَنْ أكل ناسيًا».
وابن ماجه في سننه ١/٣٣٥، في باب «ما جاء في مَنْ أفطر ناسيًا».
والإمام أحمد في مسنده ٢/٤٢٥، ٤٨٩، ٤٩١، ٤٩٣.
والبغوي في شرح السُّنَّة ٦/٣٩١، في باب «الصائم إذا أكل ناسيًا».

(٢) المصادر السابقة.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه ١/٦٥٩، باب «طلاق الـمُكْرَه والناسي».
والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/٥٦.
والحاكم في المستدرك ٢/١٩٨ بلفظ «إن الله تجاوز لأمتي...».

ووجه التعلق به ما سبق.

وهم حملوا هذا على الإثم[1] وادَّعوا أن المقْتَضَى لا عموم له.

ونحن نقول: إن الخبر يقتضي رفع عين ما وقع فيه الخطأ والنسيان فإذا لم يرتفع مشاهدةً يرتفع حكمًا، وإذا ارتفع حكمًا لم يبق له حكم.

وأمّا فصل الخاطئ فهو خارج على ما قلناه؛ لأنه قد وُجِدَ منه فعل ينافي الصوم، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

المجنون إذا أفاق في بعض الشهر في رمضان لا يلزمه قضاء ما مضى من الشهر عندنا[2].

وعندهم: يلزمه[3].

= ينظر: طرقه والكلام عليها في نصب الراية ٢/٦٤، ٦٥.

(١) ينظر: المبسوط ٣/٦٧.

(٢) النكت: ورقة ٩٣/أ، المجموع ٦/٢٠٧، قال النووي: «على الأصح من الوجهين، وقيل: من القولين» ا. هـ.
وهو أحد القولين عن أحمد. المغني ٤/٤١٥.
وقال الإمام مالك: يقضي ذلك، قال البغدادي في إشرافه ١/٢٠٥: «فإذا أفاق لزمه قضاؤه سواء أكان قبل البلوغ أو بعده، أفاق قبل انقضاء الشهر أو بعده» ا. هـ.

(٣) الأسرار: ورقة ٢٥٥/ب (شهيد علي)، وقال الدبوسي: «لزمه صوم الشهر كله استحسانًا عندنا».
ومختلف الرواية: ورقة ٥٣/ب، المبسوط ٣/٧٠، بدائع الصنائع ٢/١٠٠٣.

لنا:

إن خطاب الإيجاب لم يتناول المجنون في حال جنونه فإذا أفاق فالخطاب في حقه ابتداء إيجاب فلا يتناول الزمان الماضي.

دليله: الصبي إذا بلغ في خلال الشهر فإنه لا يلزمه قضاء ما مضى من الشهر(١)، كذلك ههنا، ثم الدليل على أن الإيجاب بخطاب الشرع أن هذه عبادة من العبادات السمعية فلا تجب إلّا بسمعٍ ولا سمعَ إلّا بخطاب الشرع، ولأنه لا دليل يدل على الوجوب سوى الخطاب.

أمّا العقل فليس فيه دليل على وجوب الصلاة والزكاة والصوم والحج على هذا الوجه، وكذلك في سائر العبادات.

وأمّا دخول وقت الظهر، ووجود المال، وشهود الشهر ووجود البيت، فليس في ذلك إلا وجود وقتٍ أو وجود مكانٍ وليس في الأوقات والأمكنة ما يدل على وجوب واجب فلم يبق سوى خطاب المعبود عباده بفعل العبادة، وهذا أقوى دليل يوجد، لأن المالك له حق استعباد مماليكه لقضاء حقوقه وأداء حق عبوديته، وهذه الأوامر من الاستعباد، وللمالك حق تصريف عبيده في عبوديته.

ويدل عليه: أن أصل الإيمان يجب بخطاب الشرع، فكذلك فروعه وشرائعه، فدلَّ أن الوجوب بخطاب الشرع ولا خطاب على المجنون بدليل قوله ﷺ: (رُفِع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى

(١) قال النووي في المجموع: «وفي وجوب قضائه وجهان: الصحيح المنصوص في البويطي، وحرملة، لا يجب، وقال ابن سريج: يجب» ٦/٢٠٨.

ينتبه، وعن المجنون حتى يفيق)[1]، ولأن المجنون ليس من أهل الخطاب؛ لأنه لا يعقل الخطاب فيصير خطابه بمنزلة خطاب البهائم فيكون سَفَهًا وعَبَثًا.

والحرف أن الخطاب بالفعل إنما يصح مع مَنْ هو أهل الفعل، والخطاب بالعبادات خطاب بفعل العبادات بدليل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾[2]، وقال تعالى في الصوم: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾[3].

وقوله: ﴿فَلْيَصُمْهُ﴾ أمر بالفعل، وكذلك في الحج: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ﴾[4]، معناه فعل الحج، وإذا كان خطابًا بفعل العبادة فَمَنْ لا يكون من أهل فعل العبادة لا يُتصوّر معه خطاب فعل العبادة.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: (الجنون آفة معجزة عن فهم الخطاب، فلا ينافي وجوب الصلاة والصوم ولا صحة الأداء إذا تصوّر كالنوم والإغماء، وهذا لأن وجوب هذه

---

(١) رواه البخاري تعليقًا ١٢/١٢٠ مع الفتح، في باب «لا يرجم المجنون والمجنونة».
وأبو داود في سننه ٤/٥٥٨ مع المعالم، في باب «في المجنون يسرق أو يصيب حدًا».
وابن ماجه في سننه ١/٦٥٨، في باب «طلاق المعتوه والصغير والنائم».
والترمذي في سننه ٦/١٩٥ مع العارضة، في باب «ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد».
والنسائي في سننه ٦/١٢٧، في باب «مَنْ لا يقع طلاقه من الأزواج».
والدارمي في سننه ١/١٧١، في باب «رُفِع القلم عن ثلاثة».
وأحمد في مسنده ١/١١٦، ١١٨، ١٤٠، ١٥٥، ١٥٨، ٦/١٠٠، ١٠١.
(٢) سورة المزمل، من الآية (٢٠).
(٣) سورة البقرة، من الآية (١٨٥).
(٤) سورة آل عمران، من الآية (٩٧).

العبادات بأسباب متحققة في حق الناس أجمع كالشهر للصوم، والوقت للصلاة، والمال للزكاة)[١].

والدليل على أن الوجوب بهذه الأسباب: أن هذه الأحكام مضافة شرعًا إلى هذه الأسباب، والإضافة المطلقة دليل على [٥٩/أ] أن الوجوب بها.

يبيّنه: أن الله تعالى قال: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾[٢] واللام في مثل هذا تُذكر للتعليل، كما يقال: اضربه لأنه لصّ، وتوضأ للصلاة، وتأهب للشتاء.

ويدل عليه: أن الوجوب يتكرر بتكرر هذه الأسباب، والأمر بالفعل لا يقتضي التكرار، وتكرر الشرط لا يوجب تكرر الحكم، فدلَّ أن التكرار إنما كان لأن السبب تكرر، والأصل أن السبب إذا تكرر فلا بُدَّ من تكرر المُسّبب، ويصير وجوده ثانيًا وثالثًا مع وجوده أولًا، مثل تكرر القتل واليمين وتكرر سائر الأسباب الموجبة للأحكام، (وهذه أسباب متحققة بنفسها فينفذ حكمها وهو الوجوب على مَنْ هو أهل له، والآدمي يصير أهلًا للوجوب عليه بالذّمة، والذّمة لا تختل بالجنون فإنه يلزمه حقوق الناس ولا تبطل حقوقه لكن الأداء شرط وهو القدرة، ويكون وجوبه بالخطاب، وأمر الشرع لا يجب على العاجز والذي لا يفهم الخطاب؛ لأن الخطاب لا يصح في حق مَنْ لا يفهم، وهذا كالنائم تلزمه العبادات ولا يلزمه الأداء حتى لو مات، كذلك لا يؤاخذ به، ومثاله: ابن السبيل تلزمه الزكاة في المال الذي خلّفه في بلده ولا يلزمه الأداء؛

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ٢٥٦/أ (شهيد علي).

(٢) سورة الإسراء، من الآية (٧٨).

لأن الوجوب بملكه القائم وهو ثابت، والأداء باليد ولا يد، وهو كالبائع يقول للمشتري: اشتريتَ فأدِّ الثمن، فالأداء يلزمه بالأمر والوجوب بالشراء)[1].

(ولا يلزم إذا استغرق الجنون الشهر؛ لأن القضاء إنما يسقط بسبب الحَرَج، لأن الجنون مما يمتد كالصبا)[2] وقد يقصر كالإغماء فلا بد من فارق بين المديد والقصير (فاعتبر أصحابنا[3] في الفارق بين المديد والقصير بالشهر، لأنه وقت كل الصوم وبعده إنما يوجد التكرر والتضاعف، واعتبروا في الصلاة ست صلوات؛ لأن وقت كل الصلاة يوم وليلة، وهو قصير في نفسه فقدّروا تعدد الصلاة واعتبروا أن يدخل في حدّ التكرار والتضاعف)[4]، وإذا ثبت هذا فنقول:

إذا استوعب الجنون كل الشهر أُلحق بالصبي؛ لأنه قد امتد وطال فلو لم تسقط العبادة عنه لتضاعف القضاء عليه وحُرّج فسقط بسبب الحَرَج، ولهذا سقط بسبب الصبا؛ لأنه يطول فلو أوجبنا القضاء بعد البلوغ أدَّى إلى حَرَج عظيم.

قالوا: (وأما الكافر إذا أسلم إنما سقط عنه القضاء بعد الإسلام بقوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ﴾[5]، ولأن الكافر ليس له أهلية وجوب العبادات)[6]، لأنه ليس من أهل موجبها على ما

(١) ما بين القوسين نقلًا عن الأسرار: ورقة ٢٥٦/أ، ب (شهيد علي) مع بعض التصرف.
(٢) ما بين القوسين نقلًا عن الأسرار: ورقة ٢٥٦/ب (شهيد علي)
(٣) في الأسرار: (علماؤنا).
(٤) ما بين القوسين نقلًا عن الأسرار: ورقة ٢٥٦/ب (شهيد علي).
(٥) سورة الأنفال، من الآية (٣٨).
(٦) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ٢٥٦/ب (شهيد علي).

ذكروا في أصول الفقه، وفي موضع آخر، فأما المجنون من أهل العبادات وجوبًا؛ لأنه من أهل الجنة ولأنه يبقى له الإسلام وسائر العبادات بعد الجنون لينال بها الثواب في الآخرة بخلاف الكافر.

قالوا: وإذا ثبت هذا الأصل فنقول:

(إذا جُنّ الصائم في خلال اليوم صحّ صومه، لأن الركن بعد النيّة ترك المفطرات في اليوم، وأنه متصوّر من المجنون، كما هو متصوّر من العاقل ولما تصوّر الركن وهو بالجنون لم يخرج من أهلية العبادة صحّ الصوم منه كما يصح من النائم والمغمى عليه.

والدليل على أنه لم يخرج من أهلية العبادة أنه مؤمن، والمؤمن من أهل تعبد الله تعالى، ولأنه أهل الجنة، والجنة جزاء العبادة)[1]، فإذا كان من أهل موجب العبادة كان من أهل العبادة.

قالوا: وكذلك إذا أفاق في بعض الشهر وجب عليه قضاء ما مضى لما بيّنا أن الوجوب قد سبق، والجنون إنما تأثيره في منع خطاب الأداء وتأخير خطاب الأداء غير مانع من الوجوب، لأن خطاب الأداء يجوز أن يتأخر عن الوجوب كما بيّنا في المغمى عليه والنائم، وكذلك الحائض في حق الصوم، وهذا لأن الوجوب يستدعى فائدة ليتحقق في نفسه.

وخطاب الأداء سواء اتصل بزمان الوجوب أو تأخر فالفائدة قد تحققت واستقام تحقيق الوجوب مع تأخر خطاب الأداء ثم أفاق وقدر على

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ٢٥٦/ب، ٢٥٧/أ (شهيد علي).

الأداء فالآن يتوجه خطاب الأداء للواجب السابق بمنزلة المُغمى عليه سواء.

هذه جملة كلامهم في هذه المسألة ذكرناها مع زيادة بسط، لأنه كلام يُحتاج إليه في هذه المسألة، ويدخل أيضًا في مسائل كثيرة فاحتاج إلى زيادة بسط وشرح ليُوقف على حقيقته.

قالوا: (وأمّا الخبر فهو حُجَّة عليكم، لأنه جمع بين الصبي والمجنون والنائم وأثبت فيهم رفعًا واحدًا فيجب أن يكون حكمه فيه متفقًا ثم النوم أخّر الأداء حتى لم يأثم بتركه ولم يسقط أصل الوجوب فكذلك الصبي[(١)] والمجنون)[(٢)].

قالوا: وأمّا في حق الصبي فأهلية الوجوب في حقه موجودة بوجود الذّمة إلّا أن الصبا[(٣)] مما يمتد فصار الصبا[(٤)] عذرًا مسقطًا للوجوب لئلا يُحَرَّج الصبي في القضاء بعد القدرة والبلوغ، فصار سقوط الوجوب [٥٩/ب] عن الصبي بدلالة أخرى.

قالوا: ونحن لا ننكر أن يسقط الوجوب بعد وجود السبب والأهلية بدليل آخر.

۞ الجواب:

أنَّا بيّنا أن الوجوب بخطاب الشرع هذا هو محز الكلام ومفصل

---

(١) في الأسرار: (الصبا).

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ٢٥٧/ب (شهيد علي).

(٣) في المخطوط: (الصبي)، والتصويب من المحقق.

(٤) في المخطوط: (الصبي)، والتصويب من المحقق.

الخصام، وقد دلّلنا عليه.

يدل عليه: أن هذه الأسباب قد كانت ولا وجوب دلَّ أن بالخطاب وجبت العبادات.

يبيّنه: أن هذه العبادات ما عُرِفت واجبة إلّا بخطاب الشرع فكيف يقال إنها لَمْ تجب بخطاب الشرع؟ لكن خطاب الشرع وُجِدَ عقيب هذه الأسباب فصارت هذه الأسباب علامات وأمارات للوجوب بخطاب الشرع، وأيضًا فإن العبادات في الابتداء لا تجب على مَنْ لم يبلغه الخطاب وهو الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا، ولو كان الوجوب بوجود الأسباب دون الخطاب لوجبت عليه العبادات، وهذا حرف معتمد، فإن البلوغ شرط الوجوب، والمجنون لا يُتصوّر بلوغ الخطاب إليه؛ لأنه ليس في نفسه بأهل معرفة الخطاب.

واعتذر أبو زيد عن هذا الفصل وهو اعتبار البلوغ في الابتداء في الأسرار(١)، قال: نحن إنما جعلنا هذه الأشياء أسبابًا للوجوب بجعل الله تعالى إياها أسبابًا، وقد وَرَدَ خطاب الشرع بجعل هذه الأسباب أسبابًا غير أن شرع الخطاب والعلم به شرط، (لأنه أوسع للامتثال قبل العلم ولا علم للناس قبل البلوغ، فإذا انعدم العلم لخفاء الخطاب من قِبل الله تعالى، أو لم يظهره بعدُ لم يلزم الناس، فأما بعد الظهور فالخفاء على البعض غير معتبر لسقوط الحكم عنه، لأن التبليغ إلى كل شخص متعذر على الرسول ﷺ فلم يجب تبليغه إلى كل أحد وتعلّق صيرورته سببًا موجبًا بوجود الإظهار في الناس

(١) ينظر: الأسرار: ورقة ٢٥٧/أ (شهيد علي).

حتى يصير بحيث يوجد في الناس، وقام ذلك مقام البلوغ عامًا)[1].

واعتذروا عن مسألة الحربي إذا أسلم في دار الحرب وقالوا: إنما سقط عنه الوجوب أيضًا دفعًا للحَرَج؛ لأن مقامه في دار الحرب قد يطول ولا يجد مَنْ يوقفه على العبادات فلو وجبت عليه من غير علم اجتمعت عليه عبادات كثيرة، ويقع في حَرَج عظيم لقضائها فسقط الوجوب دفعًا للحَرَج حتى لو أسلم في دار الحرب ومضت عليه أيام ولم يشعر بوجوب العبادات عليه وجب القضاء عليه، لأنه لا يؤدى إلى الحَرَج فإنه يجد مَنْ يوقفه عليها ويُعلمه إياها.

والجواب عن كِلَا الكلامين سهل.

وقد ثبت أن بلوغ الخطاب شرط الوجوب باعترافهم بذلك ولا بلوغ في حق المجنون.

وقولهم: «إنه لا يعتبر ظهور الخطاب في الناس».

قلنا: يجوز أن يقال هذا فيمن هو محل البلوغ إلّا أنه لم يبلغه لما ذكروا أن التبليغ إلى كل أحد حَرَج.

فأمّا مَنْ ليس بمحل البلوغ ولا هو من أهل الخطاب فلا يجوز إثبات الوجوب في حقه؛ لأن مَنْ هو من أهل الخطاب ومحل البلوغ يجوز أن يجعل الخطاب كأنه قد بلغه دفعًا للحَرَج.

فأمّا مَنْ هو بمنزلة بهيمة في الخطاب ولا يُتصوّر أن يبلغه محسوسًا لا

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ٢٥٧/أ (شهيد علي).

يجوز أن يُجعل في حقه بمنزلة الواصل البالغ والمجنون بهذه المنزلة. وأما الحَرَج الذي يعتمدون عليه في دفع المسائل الإلزامية، ففي نهاية الضعف، لأن الشرائع بُنِيَت على الحَرَج، وما من تكليف إلّا وفيه حَرَج فلا يجوز أن يُجعل هذا أصلًا لإسقاط الواجبات عند وجوده، وإثبات الواجبات عند وجوده وإثبات الواجبات عند انتفائه.

وأما الآية وهو قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[(١)].

معناه أنه لم يوجب على عباده شيئاً لا سبيل لهم إلى الخروج عنه، وهو معنى قوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[(٢)].

وأمّا استدلالهم في أن الوجوب بالأسباب لأجل ورود الشرع بالإضافة المطلقة.

قلنا: الإضافات للإعلام، ونحن لا ننكر أن هذه الأوقات والأمكنة علامات للوجوب بإيجاب الله تعالى فكانت الإضافة مشعرة بمجرد الإعلام.

وأمّا التكرر بتكرر الأسباب فنقول:

إن الأمر قد يفيد التكرار عند اقتران دليل به يوجب التكرار وإنما قالوا: إن الأمر المطلق الخالي عن قرينة لا يفيد التكرار، فأما[(٣)] لم يقل أحد إنه لا يجوز أن يكون مفيداً للتكرار عند اقتران دليل به فوجب التكرار، وهذه الواجبات المتكررة من هذا النمط.

(١) سورة الحج، من الآية (٧٨).

(٢) سورة البقرة، من الآية (٢٨٦).

(٣) كذا في المخطوط ولعله: (فإنه).

وأمّا قولهم: «إن الوجوب يحصل بوجود هذه الأسباب والخطاب بالأداء يتأخر».

فنقول: ليس أصل الإيجاب إلّا بخطاب الأداء؛ لأن الإيجاب لابد وأن يلاقي شيئاً وليس يلاقي إلّا الفعل، فكيف يُتصوّر أن يُفصل الوجوب عن خطاب الأداء؟.

والدليل عليه: أنّا إذا تأملنا في خطاب الشرع لم نرها إلّا خطابًا بالفعل مثل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾[1]، وقوله: ﴿فَلْيَصُمْهُ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ﴾[3].

فدلَّ أن الوجوب ليس إلّا إيجاب الفعل إلا أنه يتضيق مرة ويتسع أخرى ويُطلق له التأخير بعذر.

وأمّا مسألة الإغماء والنوم فنحن لا نقول إن [٦٠/أ] الخطاب متوجه عليهما في حال الإغماء والنوم بل يتوجه بعد الإفاقة والانتباه، وكذلك الحائض في حق الصوم، وهذا لأن القضاء إنما يجب بأمر جديد.

فإن قالوا: «قد سُمّي قضاء فلابد من وجوب سابق».

قلنا: لفظ القضاء والأداء في المعنى واحد على ما عُرِف، ولأنه سُمّي قضاء ليقوم هذا الفعل مقام مَنْ فعل هذا الواجب في وقته المسمى ويلتحق به حكمًا.

(١) سورة المزمل، من الآية (٢٠).
(٢) سورة البقرة، من الآية (١٨٥).
(٣) سورة آل عمران، من الآية (٩٧).

فأمّا أن يكون لما قلتم فلا، وعلى هذا الأصل نقول:

إذا نوى الصوم، ثم طرأ الجنون في بعض اليوم بطل صومه؛ لأن الأهلية تفوت بالجنون ولا يجوز وجود الصوم من الإنسان مع فوات الأهلية.

وأمّا عندهم: لا يبطل صومه؛ لأن بطريان الجنون لا تفوت الأهلية والكلام في الجانبين قد سبق بيانه. والله أعلم.



※ (مَسْأَلة):

صوم التطوع لا يلزم بالشروع عندنا[1].

وعندهم: يلزم بالشروع[2].

وفائدته: أنه لا يجب عليه عندنا أن يمضي فيه، لكن يُستحب له ذلك، ولو أفسده لم يجب عليه القضاء.

وعندهم: يلزمه أن يتمه ولو أفسده، وجب عليه القضاء.

---

(١) المهذب ١/٢٥٤، النكت: ورقة ٩٣/ب، الأم ٢/٨٨، المجموع ٦/٣٦٤، وقال النووي في المجموع: «وبهذا قال عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس، وجابر بن عبدالله، وسفيان الثوري، وأحمد، وإسحاق...».
قال الترمذي في سننه: «وهو قول سفيان الثوري، وأحمد وإسحاق، والشافعي».
ينظر: السنن ٣/٢٦٩ مع العارضة، معالم السنن ٢/٨٢٤، المغني ٤/٤١٠.

(٢) الأسرار: ورقة ٢٧٥/ب (شهيد علي)، بدائع الصنائع ٢/١٠١٦، المبسوط ٣/٦٨.
وقال المالكية: إن أفطر بغير عذر فعليه القضاء، وإن أفطر لعذر فلا قضاء عليه. الإشراف للبغدادي ١/٢١٠، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٥٠.

❁ لنا:

حديث سماك[(١)] بن حرب عن ابن[(٢)] أم هاني عن أم هاني قالت: «كنت قاعدة عند رسول الله ﷺ فأتى بشراب فشرب منه ثم ناولني فشربتُ منه، فقلت: إني أذنبتُ فاستغفر لي، فقال: وما ذاك؟ فقلتُ كنتُ صائمة فأفطرته، قال: أمن قضاء كنت تقضينه؟ قلتُ: لا، قال: فلا يضرك[(٣)] إذًا».

رواه أبو عيسى في جامعه بهذا الإسناد[(٤)]، قال: «وفي الباب عن أبي سعيد الخدري وعائشة»[(٥)].

وروى هذا الحديث من وجه آخر عن أم هاني[(٦)] أن النبيعليه السلام قال: «الصائم المتطوع أمير نفسه إن شاء صام وإن شاء أفطر»[(٧)].

---

(١) سماك بن حرب بن أوس الذهلي البكري الكوفي أبو المغيرة، صدوق وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة، وقد تغيَّر بآخره فكان ربما لقن من الرابعة، مات سنة ١٢٣هـ، روى له مسلم والبخاري تعليقًا وأصحاب السنن. ينظر: التقريب ص١٣٦.

(٢) ابن أم هاني: هارون من ولد أم هاني، مجهول، من الثالثة، روى له النسائي. ينظر: التقريب ص٣٦٢.

(٣) هذه اللفظة ليست في سنن الترمذي.

(٤) ينظر: سنن الترمذي ٣/٢٦٧، ٢٦٨ مع العارضة في باب «ما جاء في إفطار الصائم المتطوع».
والدارمي في سننه ٢/١٦، في باب «في مَنْ يصبح صائمًا تطوعًا ثم يفطر».
والإمام أحمد في المسند ٦/٤٢٤، وقد استدل به الشيرازي في نكته: ورقة ٩٣/ب.

(٥) ينظر: سنن الترمذي ٣/٢٦٨ مع العارضة.

(٦) أم هاني بنت أبي طالب الهاشمية، اسمها فاختة، وقيل: هند، لها صحبة وأحاديث، ماتت في خلافة معاوية. التقريب ص٤٧٧.

(٧) ينظر: سنن الترمذي ٣/٢٦٨ مع العارضة. =

وروى أبو عيسى أيضًا بطريق بشر[١] بن السري عن سفيان، عن طلحة[٢] بن يحيى، عن عائشة بنت طلحة عن عائشة أم المؤمنين قالت: كان رسول الله ﷺ يأتيني فيقول: «عندك غداء؟[٣]»، فأقول: لا، فيقول: إني صائم، قالت: فأتاني يومًا، فقلتُ: يا رسول الله، إنه قد أهديت لنا هدية، قال: وما هي؟ قلتُ: حيس، قال: أما إني أصبحت صائمًا، قالت: ثم أكل»[٤].

قال: «وهذا حديث حسن»[٥]، وفي إسناد الخبر الأول مقال[٦].

وروى أبو داود الخبر الأول من طريق يزيد[٧] بن أبي زياد عن عبد الله[٨] ابن الحارث، عن أم هاني... وذكر في آخره: «ولا يضركِ إن

= والحاكم في المستدرك ٤٣٩/١، وقال: «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».
وقال الذهبي في التلخيص: «صحيح وما عارض هذا لا يصح».

(١) بشر بن السري أبو عمرو الأموي، بصري سكن مكة، وكان واعظًا ثقة متقنًا، طُعِنَ فيه برأي جهم، ثم اعتذر وتاب، من التاسعة، مات سنة ٢٩٥هـ، روى له البخاري في الأدب المفرد. ينظر: التقريب ص٤٤.

(٢) طلحة بن يحيى بن طلحة بن عبيد الله التيمي المدن، نزيل الكوفة، صدوق يخطئ، من السادسة، مات سنة ١٤٨هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ١٥٨.

(٣) كذا في المخطوط، وفي السنن: «أعندك غداء؟».

(٤) ينظر: سنن الترمذي ٢٦٩/٣، ٢٧٠ مع العارضة في باب «صيام المتطوع بغير تبييت».
وقد استدل به الشيرازي في نكته: ورقة ٩٣/ب.

(٥) ينظر: سنن الترمذي ٢٧٠/٣ مع العارضة.

(٦) قاله الترمذي في سننه ٢٦٩/٣، ولفظه: «وحديث أم هاني في إسناده مقال».

(٧) في المخطوط: «زيد»، والتصويب من سنن أبي داود.
يزيد بن أبي زياد الهاشمي مولاهم الكوفي، ضعيف، كبر فتغير صار يتلقن، وكان شيعيًا، من الخامسة، مات سنة ١٣٦هـ.
روى له البخاري تعليقًا، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب ص٣٨٢.

(٨) عبد الله بن الحارث بن نوفل بن الحارث بن عبد المطلب الهاشمي، أبو محمد المدني أمير=

كان تطوعًا»[1].

وذكر الخبر الثاني، وقال فيه: «وقال طلحة بن يحيى: وأصبح صائمًا وأفطر»[2].

وروى الدارقطني الخبر الثاني برواية الثوري عن طلحة بن يحيى، ثم قال: «إسناد هذا الخبر صحيح»[3].

وأمّا تعلقهم بالحديث الذي رواه جعفر[4] بن برقان[5] عن الزهري، عن عروة، عن عائشة رضي الله عنها قالت: «كنتُ أنا وحفصة صائمتين فعرض لنا طعام اشتهيناه فأكلنا منه، فجاء رسول الله ﷺ فبدرتني حفصة وكانت بنت[6] أبيها، فقالت: يا رسول الله، إنَّا كنا صائمتين فُعرض لنا طعامٌ فاشتهيناه فأكلنا منه، فقال: اقضيا يومًا مكانه»[7].

= البصرة، له رؤية، ولأبيه وجده صحبة، قال ابن عبد البر: أجمعوا على توثيقه، مات سنة ٩٩هـ، ويقال سنة ٨٤هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص١٧٠.

(١) ينظر: سنن أبي داود ٢/٨٢٥، ٨٢٦ مع المعالم، في باب «في الرخصة في ذلك».

(٢) ينظر: سنن أبي داود ٢/٨٢٤، ٨٢٥ مع المعالم، في باب «في الرخصة في ذلك».

(٣) ينظر: سنن الدارقطني ٢/١٧٧.

(٤) جعفر بن برقان الكلابي أبو عبد الله الرقى، صدوق يهم في حديث الزهري، من السابعة، مات سنة ١٥٠هـ، روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب ص٥٥.

(٥) في المخطوط: (ثوبان)، والتصويب من سنن الترمذي.

(٦) في سنن الترمذي ٣/٢٧٠: «ابنة».

(٧) رواية الترمذي في سننه ٣/٢٧٠ مع العارضة، في باب «ما جاء في إيجاب القضاء عليه». ومالك في الموطأ ٢/٦٧ مع المنتقى في «قضاء التطوع».

وتعلّقوا بالخبر الذي رواه الدارقطني[١] بإسناده عن محمد بن عمرو بن العباس الباهلي عن سفيان بن عيينة عن طلحة بن يحيى، عن عمته عائشة[٢]، عن عائشة أم المؤمنين قالت: دخل عليّ رسول الله ﷺ فقال: (إني أريد الصوم وأهدي لي[٣] حيس، فقال: إني آكل وأصوم يومًا مكانه)[٤].

وروى أيضًا بإسناده عن إبراهيم[٥] بن عبيد قال: صنع أبو سعيد الخدري طعامًا فدعى النبي عليه السلام وأصحابه فقال رجل من القوم: إني صائم فقال له رسول الله ﷺ: (صنع لك أخوك وتكلف لك أخوك، أَفْطِر وصُمْ يومًا مكانه[٦].

هذه الأخبار ضعيفة.

أما الخبر الأول: فقد رواه مالك ومعمر وعبد الله بن عمر وزياد بن سعد وغير واحد من الحفاظ عن الزهري، عن عائشة مرسلًا، وهذا أصح؛ لأنه روى عن ابن جريج قال: سألتُ الزهري فقلتُ له: أحدثك عروة عن عائشة؟ قال: لم أسمع عن عروة، ولكن أخبرني به رجل على باب سليمان بن عبد الملك عن عروة)[٧].

---

(١) ينظر: سنن الدارقطني ٢/١٧٧.

(٢) يعني عائشة بنت طلحة.

(٣) في سنن الدارقطني: (له).

(٤) ينظر: سنن الدارقطني ٢/١٧٧.

(٥) إبراهيم بن عبيد بن رفاعة بن رافع بن مالك بن العجلان الزرقي الأنصاري، صدوق، من الرابعة، روى له مسلم. ينظر: التقريب ص٢١، ٢٢.

(٦) رواه الدارقطني في سننه ٢/١٧٧.

(٧) ما بين القوسين نقلًا من سنن الترمذي ٢/٢٧١ مع العارضة.

وقيل: أسنده زُميل مولى عروة بن الزبير[1] وهو مجهول[2].

وقد حمل الأصحاب أمر النبي ﷺ في هذا الخبر على الندب[3].

وأما الخبر الثاني: قال الدارقطني: «تفرَّد بروايته على الوجه الذي قالوا ـ محمد بن عمرو بن العباس الباهلي ـ ولم يتابع عليه، وخالفه الثقات ولعله شُبِّه عليه»[4]، والأصح من الخبر هو الرواية على الوجه الذي قدَّمنا.

وأما الخبر الثالث: فإنما هو مرسل[5]، فإن إبراهيم بن عبيد لم يلق أبا سعيد[6]، والمرسل لا يكون حُجَّة، وأما الكلام من حيث المعنى نقول: هو بالإفطار تارك للتطوع فلا يجب عليه شيء.

دليله: إذا ترك في الابتداء، وإنما قلنا: إنه تارك، لأن الصوم هو فعل الكف والإمساك عن الأكل والشرب، فإذا أكل أو شرب فقد ترك فعل الصوم فثبت أنه لم يوجد منه إلّا [٦٠/ب] مجرد الترك لصوم التطوع.

ويدل عليه: أن مباشرة التطوع ليس له حكم سوى صحته شرعًا، فأمّا اللزوم فليس عليه دليل؛ لأن اللزوم إنما يكون بإلزام الشرع، أو بالتزام العبد

---

(١) وقد روى ذلك أبو داود في سننه ٨٢٦/٢ مع المعالم، وقال بعد أن ساق السند: «عن زُميل مولى عروة، عن عروة، عن عائشة» ا. هـ.
(٢) قال الخطابي في المعالم ٨٨٦/٢.
(٣) منهم الشافعي في الأم ٨٨/٢، والشيرازي في نكته: ورقة ٩٤/أ، والخطابي في المعالم ٨٢٦/٢.
(٤) ينظر: سنن الدارقطني ١٧٧/٢.
(٥) قاله الدارقطني في السنن ١٧٧/٢.
(٦) ينظر: تهذيب التهذيب ١٤٣/١، ١٤٤.

ذلك ولم يوجد واحد منهما، وإنما هو متبرع، فنهاية ما فيه أن تصح مباشرته لذلك بقدر تبرعه.

فأمّا الذي لم يباشر فبقى على العدم ولم يتصل به التزام من قِبَله ولا إلزام من قِبَل الشرع، ولا اتصل به أيضًا مباشرة من قِبَله فصار الباقي في حقه بمنزلة الجميع إذا لم يباشر شيئاً منه فلم يجب عليه مباشرة صوم بقية اليوم عليه لما لم يكن واجبًا عليه فعله من الصوم في أول اليوم، فصار الحرف لنا: أن ما بقي من صوم اليوم له حكم ما مضى فإذا لم يكن لما مضى حكم سوى الصحة، ولم يقض بوجوبه عليه بل قبل كان متبرعًا بفعله إن شاء فعله وإن شاء لم يفعله، فكذلك في الباقي من اليوم يكون حكم صومه كذلك.

فإن قالوا: «إن عندنا إذا وجد شروعه يجب عليه صوم جميع اليوم».

قلنا: يلزمكم الجزء الأول من الصوم، ونحن نعلم قطعًا أنه لم يكن واجبًا عليه، فكذلك سائر أجزاء الصوم، ولما كان الخيار إليه في الجزء الأول، فكذلك يكون الخيار إليه في الباقي من اليوم؛ لأن الكل صوم تطوع فيكون حكم الكل واحدًا.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا الصوم عبادة يلزم بالنذر، فيلزم بالشروع.

دليله: الحج، وألزموا الحج على جميع ما قلناه.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن الحج لا يمكنه الخروج عنه».

قال: ليس كذلك، فإن بالإفساد قد خرج عن الحج الصحيح، وإنما

بقي في حج فاسد ووجوب القضاء بفوات الصحة، وهي مثل أصل الصوم في مسألتنا، وعلى أنه وإن لم يمكنه الخروج عنه إلّا بالفعل لكنه قد أدَّى الحج بأفعاله المعهودة، فالحج الذي لا يمكنه الخروج عنه إلا بالفعل، وقد فعله فلماذا يجب عليه القضاء؟ وحين وَجَبَ دلَّ أنه إنما وجب أن الشروع سبب ملزم بمنزلة النذر، وقد قرنوا الشرع بالنذر.

قالوا: قد اتصل عزيمة الفعل بالشروع؛ لأنه لا يشرع في صوم النفل إلا وهو على عزيمة إتمامه وإكماله.

والعزيمة مشعر بوجوب المعزوم عليه، ولهذا قال: أعزم أو أعزم بالله يكون يمينًا، قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا عَزَمَ ٱلْأَمْرُ﴾[1] معناه حق ووجب.

ويقول الإنسان لغيره: عزمتُ عليك لتفعلن ـ أي أوجبتُ ـ فأشبه النذر الذي هو صريح الالتزام.

وأمّا المعتمد في المسألة من حيث المعنى أن إبطال العبادة محظور بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓاْ أَعْمَـٰلَكُمْ﴾[2]، ولأن مَنْ فعل فعلًا لطلب رضا معبوده، ثم قصد إبطاله فقد تعرَّض لسخط ربه، وإذا ثبت أن إبطال العبادة محظور فنقول: ما مضى من الصوم في اليوم عبادة؛ لأنه فعل الصوم قطعًا، وكذلك إذا شرع في صلاة النفل فهو فعل الصلاة قطعًا، وهذا لأن الإمساك من أول النهار إلى آخره فعل الصوم، وإن كان تمامه بآخره، وكذلك أداء الصلاة من أولها إلى آخرها فعل الصلاة وإن كان تمامها بتمام الأفعال.

(١) سورة محمد، من الآية (٢١).
(٢) سورة محمد، من الآية (٣٣).

وإذا ثبت أنه فعل الصوم فيكون عبادة، لأن فعل العبادة عبادة، وإذا كان عبادة حَرُم إبطالها ووجب حفظها وحفظ ذلك بفعل الباقي من الصوم؛ لأنه إذا لم يفعل ذلك كان مبطلًا لما مضى من الصوم، وقد بيّنا أنه محظور فلزم فعل الباقي لهذا الوجه، وإذا لزم فإذا تركه وجب قضاؤه وأشبه المنذور الذي قدَّمنا.

قالوا: وليس كما لو شرع في الصوم على ظن أنه عليه ثم تبين أنه ليس عليه، لأن الشروع إنما يكون ملزمًا إذا لاقى غير واجب مثل النذر إنما يكون ملزمًا إذا لاقى غير لازم، وإذا شرع على ظن أن المشروع فيه عليه فشروعه لاقى واجبًا عليه، لأن المعتبر ما عنده لا ما عند الله تعالى، ألا ترى أن مَنْ كان عنده أنه لم يُصَلِّ الظهر وقد صَلَّى ونسي فإنه يلزمه فعله ولو لم يفعل يأثم ويحمل وزره وبمثله لو لم يكن فعله وكان عنده أنه فعله لم يكن عليه شيء بتركه.

وإذا ثبت أن الشروع لاقى واجبًا عليه لم يكن ملزمًا مثل ما لو نذر أن يؤدي شيئاً واجبًا عليه، وعنده أنه عليه ثم تبيّن أنه ليس عليه يبطل نذره، وإذا تبيَّن أن الشروع ليس بملزمٍ، وتبيَّن أنه ليس عليه لم ينقلب نذره ملزمًا، وكان القياس الأصلي يقتضي أن يرتفع صومه أصلًا إلا أن الله تعالى تفضَّل ومَنَّ عليه بأن لم يبطل عليه صومه وجعله له نافلة، وليس من مقتضى التفضل والمنّة أن يلزمه ما لم يلتزمه فلم يكن له حكم سوى حصوله فإن مضى عليه تم الحصول، وإن أفسده لم يكن عليه شيء، لأنه لم يوجد سبب يوجب عليه شيئاً.

أمّا ههنا وُجِدَ سبب الوجوب على ما سبق.

قالوا: وليس يلزم على هذا العذر إذا شرع في الحج على ظن أنه عليه ثم تبيَّن أنه ليس عليه فإن [٦١/أ] هذا لا يوجد في الحج، فإن الحج يحتاج إلى مشقة شديدة وقطع مسافة بعيدة، وتدخل فيه مدة مديدة فيبعد أن يشتبه عليه أنه فعل الحج أو لم يفعل، ولئن وُجِد فهو نادر، والنادر لا يُلتفت إليه.

وقد منع بعضهم جانب الصوم وقال: إذا شرع فيه على ظن أنه عليه ثم تبيَّن خلافه يلزمه مثل الحج، وليس بمذهب، والصحيح ما قالوا.

هذا جملة كلامهم، ونهاية تحقيقهم.

۞ **الجواب:**

أمّا التعلق باللزوم بالنذر ففي غاية الضعف؛ لأن النذر التزام، وأمّا الشروع فليس بالتزام إنما هو مجرد مباشرة الفعل فلا يدل اللزوم بالالتزام على اللزوم بالمباشرة، لأن الالتزام إذا صحَّ شرعًا اقتضى اللزوم فإن ما صحَّ شرعًا صحَّ بمعناه ومعناه اللزوم، فأمّا المباشرة المطلقة شرعًا فنهاية ما تقتضيه هو الصحة شرعًا ولا جَرَم.

قلنا: هو صحيح، فأمّا لزوم ما يفعله فليس يدل عليه الشروع بحال.

يبيِّنه: أن النذر ما لم يلاق جميع اليوم لا يظهر في اليوم حكم النذر فكذلك الشروع ما لم يلاق جميع اليوم وجب أن لا يظهر فيه حكم المباشرة، وذلك بأن يتم صوم جميعه.

وأمّا قولهم: «بأن العزيمة تدل على الإيجاب».

قلنا: لا يدل؛ لأنه عزم أن يفعل، والعزم لا يوجب شيئاً كما لو عزم أن يصلي كذا ركعة أو يصوم كذا يومًا، وقد قال ﷺ: (إن الله عفا عن أمتي ما حدَّثت به أنفسها ما لم تتكلم به)[1].

والعزائم موضوعة من العباد فضلًا من الله تعالى ورحمةً، وإنما الأحكام مبنية على أقوالهم وأفعالهم، وهذا لأنه يجوز أن يقصد فعل شيء ولا يفعله، كما يجوز أن يفعل شيئاً ثم يتركه، فلا يدل العزم على وجوب المعزوم عليه، كما لا يدل الفعل على وجوب المفعول.

وأمّا قولهم: «إن إبطال العبادات لا يجوز والذي فعله من صوم بعض النهار عبادة».

قلنا: يجوز أن يقال إن عبادة الصوم لا توجد إلّا بعد إتمام اليوم والكلام في عبادة هو صوم، وهذا كَمَنْ أخرج الدراهم من صندوقه أو كيسه بنيَّة الصدقة وقال للفقير: تصدقتُ بها عليك، فإن هذه عبادة وطاعة ولكن لا يلزم به شيء؛ لأنه إنما يصير عبادة الصدقة إذا وصل إلى الفقير، كذلك ههنا إنما تصير عبادة الصوم إذا أتم صوم اليوم فعلى هذا يكون المفعول من إمساك بعض اليوم موقوفًا فإن أتم اليوم يكون صومًا وإلّا لم يكن صومًا، وهذا الجواب إنما يمكن تمشيته جِدَالًا لا تحقيقًا؛ لأن فعل الصوم منه موجود، وكيف لا يكون فاعلًا للصوم حقيقة وهو مأمور به وإذا لم يكن صومًا في الحال لا ينقلب صومًا في باقي الحال، نعم يجوز[2] أن يقال: ليس بصوم

(١) رواه البخاري في صحيحه ٩/ ٣٨٨ مع الفتح؛ «باب الطلاق في الإغلاق» رقم ٥٢٦٩، والنسائي في سننه ٦/ ١٥٦، وابن ماجه في سننه ١/ ٦٥٨، في باب «مَنْ طلَّق في نفسه ولم يتكلم به».

(٢) في المخطوط: (نحو)، والتصويب من المحقق.

تام، وإنما يتم بتمام جميع النهار.

والمعتمد من الجواب أن هذا ليس بإبطال بل هو ترك لفعل الصوم في المستقبل، وله ذلك كما في الابتداء.

وأما بطلان ما فعله فليس بإبطاله إنما يبطل حكمًا؛ لأن الشرع لم يقبل صوم بعض اليوم بحال فبطل هذا لإبطاله، ويقال أيضًا: المفعول نفل فحفظه لا يزيد على درجة الأصل فإذا لم تكن لأصله درجة سوى الاستحباب فكذا بحفظه.

ونحن نقول: إنه يُستحب له أن لا يبطل صومه كما يُستحَب له فعله في الابتداء.

وأمّا وجوب حفظه، فساقط كما سقط في الابتداء وجوب فعله والأول أولى، وأمّا الصوم المظنون فلازم.

وقولهم: «إنه حصل النفل بطريق التفضل والمنّة».

قلنا: كل الأشياء بمنَّة من الله تعالى إلّا أن الصوم حاصل له بفعله؛ لأنه لا يُتصور حصوله بغير فعله، وإذا حصل بفعله فوجب أن يكون فعله موجبًا عليه الصوم على ما قلتم في صوم النفل ابتداءً ثم فصل الحج داخل على عذرهم.

وقولهم: «إنه نادر في الحج».

قلنا: وهو نادر أيضًا في الصوم.

وأمّا فصل الحج الذي قاسوا عليه.

قلنا: الفرق بالمظنون صحيح، ولا عذر لهم يصح عنه أصلًا.

وأمّا من حيث المعنى فوجه العذر عنه أن الحج عبادة لازمة شرعًا بدليل أنه إذا دخل فيه لم يجز له الخروج عنه إلا بطريق مخصوص، وذلك الطريق هو بفعل الأفعال المعهودة فإذا فعلها على الفساد جعل كالعدم فيلزمه أن يأتي مثلها صحيحًا شرعًا ليخرج عن ما لزمه شرعًا، وذلك بأن يأتي بها بإحرامٍ جديدٍ، لأن الإحرام الأول قد فسد، والمبتنى عليه فاسد والخروج بالفاسد كان لضرورةٍ إذ لو لم يخرج بالفاسد لبقي فيه أبدًا فحكم بخروجه بما فعله من الأفعال على وصف الفساد للضرورة، ولم يسقط الأمر بالخروج بالأفعال الصحيحة بإحرامٍ صحيحٍ فلزمه استئناف الإحرام وفعل الأفعال على وجه الصحة ليخرج على موجب الشرع وقضيته.

فهذا هو وجه الجواب عن الحج.

وأمّا الصوم فليس بلازم شرعًا، وليس فيه دليل على اللزوم بوجهٍ ما على ما سبق.

والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

[٦١/ب] **إذا نذر أحد يومي العيد وأيام التشريق لم يصح نذره عندنا[١].**

وعندهم: يصح نذره[٢]، ويصوم أيام أخر بعد هذه الأيام، وإن صام هذه الأيام خرج عن موجب نذره[٣].

لنا:

إنه أضاف النذر إلى غير محله فيبطل، كما لو نذر صوم الليالي بدل الأيام.

وإنما قلنا: «إنه أضاف النذر إلى غير محله»؛ لأن المنذور هو الصوم وهذه الأيام ليست بمحل الصوم، والدليل على أنها ليست بمحل الصوم أنه لا يحصل صومها، ولو صام كان صومه معصية ولو كان الأيام محل الصوم لجاز صومه طاعة، ولم يتصور أن يكون معصية، لأن فعل الصوم في محل الصوم من أهل الصوم يكون قُربة فيستحيل أن يكون معصية.

ثم الدليل على ما قلنا أن الصوم عقد شرعي فلا يكون صحيحًا إلّا بالشرع والشرع في الصوم هو الإيجاب مرة، والاستحباب أخرى، وليس له

(١) المهذب ١/٢٥٤، النكت: ورقة ١٢٤/ب، حلية العلماء ٣/١٧٨، المجموع ٦/٣٩٦.
وهو قول الإمام مالك وأحمد، الإشراف للبغدادي ١/٢١٠، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٤٦، المغني ١٣/٦٤٧/٦٤٨، الإفصاح ١/٢٤٨.

(٢) الأسرار: ورقة ٢٥٧/ب (شهيد علي)، مختصر الطحاوي ص ٣٢٤، ٣٢٥، بدائع الصنائع ٦/٢٨٦٥، رؤوس المسائل ص٥٢٢.

(٣) بدائع الصنائع ٣/١٠٦٥.

رتبة دون هذا، ولا إيجاب في صوم هذا اليوم ولا استحباب بل هو منهيٌ عنه بالنص الثابت فانتفى الشرع في صوم هذه الأيام بالكلية، وإذا لم يكن مشروعًا بوجهٍ لم يكن الفعل صومًا أصلًا، لأن ما ثبت بالشرع لا يتصوّر صحته بدون الشرع.

وأمّا وجه تقريب هذه الأيام بالليالي هو أن هذه الأيام أيام الأكل بنص الرسول ﷺ فإنه قال: (إنها أيام أكل وشرب)[١].

كالليالي زمان الأكل بنص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ﴾ إلى أن قال: ﴿وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ﴾[٢].

فثبت أن أحد الزمانين كالآخر فإذا لم يصح النذر في أحدهما لا يصح في الآخر.

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٨/١٧، مع النووي، في باب «تحريم صوم أيام التشريق».
وأبو داود في سننه ٢/٨٠٤ مع المعالم في باب «صيام أيام التشريق».
والنسائي في سننه ٢/٩٢، في باب «تأويل قوله تعالى: ﴿قَالَتِ ٱلْأَعْرَابُ ءَامَنَّا قُل لَّمْ تُؤْمِنُوا۟ وَلَٰكِن قُولُوٓا۟ أَسْلَمْنَا﴾».
والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/٢٤٤، ٢٤٥.
والترمذي في سننه ٢/٦٣ مع تحفة الأحوذي في باب «كراهية صوم أيام التشريق» وقال: «هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم يُكَرِّهون صيام أيام التشريق إلا أن قومًا من أصحاب رسول الله ﷺ وغيرهم رخَّصوا للمتمتع إذا لم يجد الهَدْي ولم يصم العشر أن يصوم أيام التشريق، وبه يقول مالك بن أنس، والشافعي وأحمد وإسحاق» ا. هـ.
ورواه الإمام أحمد في مسنده ٢/٢٢٩، ٣/٤٥١، ٤٦٠، ٤/٣٣٥، ٥/٧٥، ٧٦.

(٢) سورة البقرة، من الآية ١٨٧.

فإن قالوا: «إن أيام رمضان متعينة للصوم بالنص ومع ذلك تقبل ضده وهو الفِطر».

قلنا: نعم، متعينة للصوم لكن فعلًا فإذا لم يفعل لم يتصوّر الصوم.

وأمّا هذه الأيام متعينة للأكل إلّا من حيث الفعل بدليل أنه لو لم يأكل فيها شيئاً لا حَرَج عليه مثل الليالي سواء، وإنما معنى تعيينها للأكل هو نفي الصوم عنها، بدليل أنه لا يأثم إلّا عند الصوم مثل أيام رمضان متعينة لفعل الصوم فيها بدليل أنه ما لم يترك فعل الصوم لا يأثم فكما أن تعين أيام رمضان للصوم فعلًا يمنع خروجها عن محلية الصوم، فكذلك تعين هذه الأيام للأكل يمنع ثبوت محلية الصوم لها.

❁ **وأمّا حُجَّتهم:**

قالوا: يوم، فيكون محلًا للصوم.

دليله: سائر الأيام.

واستدلوا في هذه الأيام محل الصوم بالنص والمعنى:

أمّا النص فلأن النبي ﷺ نهى عن صوم هذه الأيام، والنهي عن الشيء دليل على تكونه، ألا ترى أنه لا يقال للأعمى لا تبصر وللآدمي لا تَطِر، لأنه لا يُتصوّر منهما ذلك، ولأن النهي طلب الانتهاء والأمر طلب الفعل فصارت قضية الأمر ليصير الشيء حاصلًا بفعله، وصارت قضية النهي ليصير منعدمًا بكفه وتركه.

فإذا قلنا: إنه لا يكون محلًا للصوم لم يكن لانعدامه لفعله وكفه.

وأمّا المعنى: فلأن اليوم إنما صار محلًا للصوم، لأنه بياض نهار.

والدليل عليه: أن الصوم عبادة كف النفس عن قضاء الشهوات وإنما يكون عبادة بالكف عن قضاء الشهوات في زمان قضاء الشهوة والنهار زمان قضاء الشهوة، فأما الليل هو زمان الاستراحة ولأن العبادة عبادة مخالفة النفس الأمَّارة بالسوء، ومخالفة النفس بفعل على خلاف العادة أو بكف خلاف العادة، وذلك يكون وجوده في النُّهُر دون الليالي.

فثبت أن ما به صار الصوم صومًا موجود في هذه الأيام إلّا أنه نهى عن الصوم فيها لمعنى في غير الصوم، وهو تحقيق إجابة الداعي فإن الناس أضياف الله تعالى في هذه الأيام، وقد دعاهم إلى الأكل لتحقيق الضيافة ونهاهم عن الصوم لتحقيق الإجابة وإذا كان النهي لمعنًى في غيره لم يوجب فوات الصوم أصلًا أو خروج الأيام عن محليّة الصوم، وهذا كالصلاة في الأرض المغصوبة، وكالبيع وقت النداء، والطلاق زمان الحيض، والإحرام وقت الوطء.

قالوا: وقولكم: «إن الصوم في هذه الأيام معصية».

قلنا: بلى، ولكن معصية لغيرها لا لعينها مثل الصلاة في الأرض المغصوبة، وكالبيع وقت النداء إذا كان معصية لغيرها لا لعينها لم يوجب ذلك انتفاء الصحة مثل هذه المسائل.

وربما يقولون: الصوم في هذه الأيام مشروع بأصله لا بوصفه، ومعنى قولنا: «مشروع بأصله» لأنه مشروع من حيث إن اليوم يوم.

ومعنى قولنا: «إنه غير مشروع بوصفه» فإنه غير مشروع من حيث إن اليوم يوم عيد أو يوم فطر وأكل، والعيد وصف اليوم، إلّا أنه وصف لا يزايل اليوم فمن حيث أنه وصف العيد كان الصوم غير مشروع فصار فعله معصية، واتصف بالحظرية والقُبحية ومن حيث أصل الصوم.

قلنا: يكون محل...[1] عذرًا له فيصح [٦٢/أ] نذره وإن أضاف النذر إليه.

يبيّنه: أن عندنا إنما يصح نذره من حيث أصله لا من حيث وصفه، وليس كما لو شرع في صوم هذه الأيام؛ لأن الشروع إنما يوجب الصوم بدليل المنع من إبطاله شرعًا، والصوم في هذه الأيام لما كان قبيحًا محظورًا أطلق له تركه ولم يجب حفظه ففات المعنى الموجب فلم يجب. وأما النذر فهو واجب بالالتزام، والالتزام قد وُجِد من أهله في محله، أما الأهلية معلوم، وأمّا المحلية لما سبق من قبل.

قالوا: وأمّا إذا شرع في الصلاة في الأوقات المنهية فإنما لم تجب لأن سبب الوجوب هو الشروع، والشروع بالتكبير، والتكبير ليس من الصلاة التي نهى عنها فلزمت الصلاة به، وههنا نهى عن الصوم والشروع في الصوم صوم فلم يكن الشروع موجبًا لورود النهي، ولا يكون موجبًا عندنا لا لعينه بل بواسطة وجوب حفظه فإذا لم يجب حفظه، لأنه منهيٌّ عنه لم يكن سببًا للوجوب.

قالوا: وأمّا إذا قضى صومًا في هذه الأيام إنما لم يجز، لأنه لما كان مشروعًا بأصله دون وصفه كان الصوم فيه ناقصًا، والواجب عليه من القضاء واجب كامل فلم يتأدّ الكامل بالناقص إلّا أن في مسألتنا إذا صام هذه الأيام

(١) كلمة غير مقروءة في المخطوطة.

إنما خرج عن موجب النذر، لأنه قد أضاف الصوم إليها والخروج لحق الإضافة.

قالوا: وليس كما لو نذرت أن تصوم يوم حيضها، لأن اليوم هناك قابل للصوم إلّا أن فساد النذر في هذه الصورة إنما كان، لأن الناذر ليس بأهل للصوم فإن طهارتها عن حَدَث الحيض شرط لتصير أهلًا لفعل الصوم مثل طهارة الرجل عن الحَدَث شرط ليصير أهلًا لفعل الصلاة.

وقد استدل بعض مشايخهم على كون هذه الأيام محل الصوم: بأن تخللها في صوم شهري التتابع، ولو لم يكن محلًا للصوم لم يقطع، كما نقول في الليالي إذا تخلّلت، ومعتمدهم الأول.

۞ **الجواب:**

أمّا قولهم: «يوم».

قلنا: اليوم اسم زمان ومثل هذا لا يصلح لبناء الشرعيات عليه، كقول القائل: وقت، أو قطعة زمان وما أشبه ذلك.

وأمّا استدلالهم بالنهي وهو معتمدهم.

قلنا: إنما صحّ النهي؛ لأنه يتحقق محسوسًا وإن لم يتحقق مشروعًا، وهذا لأن الصوم له حقيقتان: حقيقة حسيّة، وحقيقة شرعية، فصحّ النهي لوجود الحقيقة الحسيّة ثم كان عمل النهي في نفي الحقيقة الشرعية على ما سبق بيانه.

وسؤالهم على هذا أن النهي وَرَدَ عن الصوم، والصوم هو الصوم

الشرعي لا الصوم الحسي، فاقتضى النهي وجود ما هو الصوم حقيقةً.

قلنا: قد كان يقتضي ذلك إلا أنه لا يمكن إثبات الصوم الشرعي بعد ورود النهي عنه لما بيّنا.

ثم الجواب المعتمد تحقيقًا:

إن الصوم حقيقة من العبد ليس إلّا بالإمساك مع النيّة، والنهي منصرف إلى ما هو فعل العبد، والذي هو فعل العبد متصوّر منه فصحّ النهي عنه لتصوره منه.

وأمّا كونه عبادةً وصومًا شرعيًا بالشرع، والنهي لا يُتصور عنه أصلًا غير أنه انتفى بانتفاء الشرع، فثبت بهذا تحقُّق النهي وتكوّن المنهي عنه، ثم ظهر عمل النهي في نفس المشروعية من قِبَل الشارع، وإذا انتفت المشروعية من الشارع انتفى الصوم الشرعي قطعًا، وهو مثل النهي عن نكاح المشركات ونكاح الأمهات والبنات ونكاح امرأة الأب وبيع الحر وغير ذلك، صحَّ النهي في هذه الصور كلها لتصور وجودها من العبيد على غاية ما يمكن منهم ثم انتفت الصحة شرعًا، لأن النهي نفي المشروعية ولا يُتصوَّر عقد مشروع مع انتفاء المشروعية.

وأمّا قولهم: «في التفريق بين النهي الوارد عن الشيء لعينه أو لغيره».

فهذا تفريق لا يُعرف، والنهي عن الشيء لعينه لا يُتصوّر عندنا، لأن النهي بخطاب الشرع ولا ينهى عن الشيء لعينه بحال، وأيضًا لو نهى عن شيء لعينه لم تتصور إباحة مثله بوجهٍ من الوجوه، فإن النهي عن القتل لو

كان لعين القتل فينبغي أن لا يباح القتل بحال، وكذلك الزنا وغير ذلك، فهذا كلام مردود متلقى من القائلين بكون الأشياء واجبة عقلًا محظورة عقلًا أخرى، وهذا مذهب مردود وهو بدعة وضلالة.

وأمّا عندنا: فالحظر والإباحة والإيجاب بالسمع لا غير.

ونقول: إن الشيء إذا وَرَدَ النهي عن نفسه كان نفس الشيء وهو العقد أو غيره منهيًا عنه أوجب فساده.

وإن شئت قلت: أوجب خروجه عن كونه عقدًا شرعيًا أو مشروعًا على الإطلاق.

وقولنا: «إن نفسه يكون منهيًا عنه».

يُعرف ذلك بأن لا يوجد النهي إلّا بوجود ذلك الشيء مثل النهي عن نكاح الأمهات والبنات والأخوات، وكذلك النهي عن الجمع بين الأختين، وكذلك النهي عن نكاح المشركات، والوثنيات وبيع [٦٢/ب] الأحرار وبيع المضامين(١) والملاقيح(٢) وغير ذلك، فإنه لا يوجد النهي عن شيء من هذه العقود إلّا بهذه العقود، وكذلك في مسألتنا لا يوجد النهي عن صوم هذه الأيام إلّا بوجود الصوم حتى لو أمسك ولم يأكل في هذه الأيام لا عَنَتَ عليه.

فثبت بهذا أن النهي يتناول نفس الصوم فأوجب ما ذكرناه.

---

(١) المضامين قال أبو عبيد: المضامين ما في أصلاب الفحول فيبيعه ما يضربه الفحل في عام أو في أعوام ذكره عنه ابن قدامة في المغني ٦/٢٩٩.

(٢) الملاقيح: ما في البطون وهي الأجنة فكانوا يبيعون الجنين في بطن أمه، نقله ابن قدامة في المغني عن أبي عبيد. ينظر: المغني ٦/٢٩٩.

وخرج على هذه المسائل:

فإن في مسألة الصلاة في الأرض المغصوبة ليس النهي عن نفس الصلاة، بدليل أنه لو شغل الأرض المغصوبة بشيء آخر سوى الصلاة كان منهيًا عنه، وكذلك البيع وقت النداء ليس النهي عن نفس البيع بدليل أنه لو اشتغل بشيء آخر سوى البيع يكون منهيًا عنه، وكذلك الطلاق في زمان الحيض ليس النهي عن نفس الطلاق بل هو عن تطويل العِدَّة والإضرار بالمرأة حتى لو طلَّق قبل الدخول في حال الحيض لا بأس به، وكذلك لو طوّل العِدَّة عليها بالمراجعة من غير رغبة والطلاق بعد ذلك محرَّم، وكذلك الإحرام مجامعًا ليس النهي عن الإحرام إنما النهي عن المجامعة عند الإحرام، فهذا وجه بيّن تُخَرّج عليه جميع المسائل.

ويمكن أن يقال: إن النهي عن الشيء إذا كان لطلب ضده فيكون النهي عن نفس الشيء وإذا لم يكن لطلب ضده فلا يكون عن نفس الشيء، وقد نهى في مسألتنا عن الصوم وهذه الأيام لطلب ضده وهو الفِطر.

فدلّ أن نفسه منهي عنه مثل النهي عن نكاح الأم والبنت كان لطلب ضده وهو عدم النكاح وكذلك النهي عن الجمع بين الأختين كان لطلب ضده، وهو التفريق إن أراد النكاح أو ترك النكاح أصلًا.

وعلى هذا خرج المسائل:

فإن النهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة ليس لطلب ضدها، وهو ترك الصلاة، وكذلك في البيع وقت النداء حتى لو باع وهو يسعى إلى الجمعة لم يكن منهيًا عنه، وكذلك في الطلاق حالة الحيض لم يكن لطلب ضده وهو

بقاء النكاح حالة الحيض، ألا ترى أنه لو طلَّق وهي طاهرة ثم حاضت فلا نكاح والحيض موجود، وكذلك النهي عن الإحرام مجامعًا وغير ذلك مما يوردونه كل ذلك خارج على الأصل الذي ذكرناه.

وأمّا المسائل الإلزامية من فصل الشروع وعدم جواز القضاء في هذه الأيام، وفساد نذر المرأة صوم يوم حيضها مسائل لازمة، واعتذارهم ضعيفة عند التأمل، تركنا الكلام عليها لظهورها ولئلا تطول المسألة.

وأمّا فصل انقطاع التتابع فإنما كان كذلك لوجود الانقطاع صورة، وكذلك في الليل إلّا أن الاحتراز لا يمكن هناك فسقط اعتباره بخلاف مسألتنا فاعتبر وبطل التتابع. والله أعلم.



※ (مَسْألة):

لا يُشترط الصوم لصحة الاعتكاف عندنا(١).

وعندهم: هو شرط(٢).

---

(١) المهذب ١/٢٥٧، مختصر المزني مع الأم ٢/٣١، ٣٢، النكت: ورقة ٩٥/أ، شرح صحيح مسلم للنووي ٨/٦٧، حلية العلماء ٣/١٨٢، المجموع ٦/٤١٦، ٤١٧، قال النووي في المجموع: «إنه مستحب وليس شرطًا لصحة الاعتكاف على الصحيح عندنا، وبهذا قال الحسن البصري وأبو ثور، وداود، وابن عباس، وابن المنذر وهو أصح الروايتين عن أحمد، قال ابن المنذر: وهو مروي عن علي بن أبي طالب، وابن مسعود» ا. هـ.
شرح صحيح مسلم للنووي: ١١/١٢٥، ١٢٦.
قال ابن قدامة في المغني ٤/٤٥٩: «والمشهور في المذهب أن الاعتكاف يصح بغير صوم» ا.هـ.

(٢) الأسرار: ورقة ٢٨٨/أ (شهيد علي)، ويقصدون بأنه شرط في الواجب أما النقل فلا. =

فعلى هذا نقول:

يجوز الاعتكاف في الليالي على الانفراد(١).

وعندهم: لا يجوز(٢).

❋ لنا:

حديث عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر أن عمر نذر أن يعتكف ليلًا في المسجد الحرام في الجاهلية، فسأل النبي ﷺ عن ذلك فقال: «أوفِ بنذرك»، والخبر في الصحيحين(٣).

وروى عبد العزيز(٤) بن محمد ....

= مختصر الطحاوي ص٥٧، ومختصر القدوري مع الجوهري ١/١٨٨.
المبسوط ٣/١١٥، رؤوس المسائل ص٢٣٧، بدائع الصنائع ٣/١٠٥٩.
قال النووي في المجموع: «وبه قال ابن عمر، وابن عباس، وعائشة، وعروة بن الزبير، والزهري، ومالك، والأوزاعي، والثوري، وأحمد، وإسحاق في رواية عنهما» ا. هـ.
المجموع ٦/٤١٧، الإشراف للبغدادي ١/٢١٢، المغني ٤/٣٤٩، المحلى ٥/٢٦٧، شرح صحيح مسلم النووي ١١/١٢٦.

(١) المجموع ٦/٤١٥، حلية العلماء ٣/١٨٢، النكت: ورقة ٩٤/ب.
وهو المشهور في المذهب عند الحنابلة، المغني ٤/٤٦١، المحلى ٥/٢٦٧.

(٢) مختصر القدوري مع الجوهرة ١/١٨٨، المبسوط ٣/١١٥، بدائع الصنائع ٣/١٠٥٩.

(٣) ينظر: صحيح البخاري ٤/٢٧٤ مع الفتح، في باب «الاعتكاف ليلًا».
صحيح مسلم ١١/١٤٢ مع النووي في «نذر الكافر وما يفعله إذا أسلم».
ورواه أيضًا الترمذي في سننه ٧/٢٢، ٢٣ مع العارضة في باب «ما جاء في وفاء النذر».
وأبو داود في سننه ٣/٦١٦ مع المعالم، في باب «مَنْ نذر في الجاهلية ثم أدرك الإسلام».
وابن ماجه في سننه ١/٦٨٧، والبغوي في شرح السُّنّة ٦/٤٠٢.
والدارمي في سننه ٢/١٨٣، والنسائي في سننه ٧/٢٠.

(٤) عبد العزيز بن محمد بن عبد الله الداروردي أبو محمد الجهني مولاهم المدني، صدوق=

عن أبي[1] سهيل بن مالك[2] ـ عَمّ[3] مالك بن أنس ـ عن طاووس، عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال: (ليس على المعتكف صيام إلّا أن يجعله على نفسه)[4].

وأمّا هم يروون عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: (لا اعتكاف إلّا بصيام)[5].

قالوا: وأمّا الخبر الأول الذي رويتم فقد روى عمرو بن دينار عن عمر أنه سأل النبي ﷺ عن اعتكاف عليه فأمره أن يعتكف ويصوم[6].

= كان يحدّث من كتب غيره فيخطئ، قال النسائي: حديثه عن عبيد الله العمري منكر، من الثامنة، مات سنة ٢٨٦هـ، أو ٢٨٧هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٢١٦.

(١) في المخطوط: (ابن)، والتصويب من سنن الدارقطني.

(٢) أبو سهل نافع بن مالك بن أبي عامر الأصبحي التيمي المدني، ثقة من الرابعة، مات بعد الأربعين، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣٥٥.

(٣) في المخطوط: (عن)، والتصويب من سنن الدارقطني.

(٤) رواه الدارقطني في سننه ٢/١٩٩، وقال: «رفعه هذا الشيخ ـ محمد بن إسحاق السوسي ـ وغيره لا يرفعه» ا. هـ.
ورواه ابن حزم في المحلى ٥/٢٦٧ موقوفًا عن علي وابن مسعود.
ورواه الحاكم في المستدرك ١/٤٣٩، وقال: هو حديث صحيح على شرط مسلم.

(٥) رواه ابن حزم في المحلى ٥/٢٦٨ موقوفًا عن ابن عباس وابن عمر.
واستدل به الدبوسي في أسراره: ورقة ٢٨٩/أ (شهيد علي).
ورواه الحاكم أيضًا في المستدرك ١/٤٤٠، ثم قال: «ولم يحتج الشيخان بسفيان بن حسين وعبد الله بن زيد» ا. هـ.
والدارقطني في سننه ٢/٢٠٠، وقال: «تفرد به سويد عن سفيان بن حسين».

(٦) رواه أبو داود في سننه ٢/٨٣٧، ٨٣٨ مع المعالم.
والدارقطني في سننه ٢/٢٠٠، وابن حزم في المحلى ٥/٢٧٠. =

قالوا: وأما الخبر الثاني، فالصحيح منه أنه موقوف[1].

❁ **الجواب:**

أما الخبر الذي رووه فقد تفرد به سويد بن عبد العزيز عن سفيان بن حسين عن الزهري[2]، وقد تكلموا في سويد وسفيان بن حسين فيما ينفردان[3] به.

ويحتمل أن يكون المراد من الخبر نفي الكمال لا نفي الجواز[4].

وأمّا الخبر الثاني: تفرَّد به عبد الله[5] بن بديل عن عمرو بن دينار وهو ضعيف[6].

(قال أبو بكر عبد الله[7] بن زياد النيسابوري: هذا حديث منكر، لأن

= وعبد الرزاق في المصنف رقم (٨٠٣٨)، (٨٠٤١) من قول الزهري ومن قول عروة. واستدل به الدبوسي في أسراره: ورقة ٢٨٩/أ (شهيد علي).

(١) قاله الدارقطني في سننه ٢/١٩٩.
وذكر ذلك الدبوسي في أسراره ٢٨٩/أ (شهيد علي).

(٢) قاله الدارقطني في سننه ٢/٢٠٠، والشيرازي في نكته: ورقة ٩٤/ب.

(٣) ينظر: سنن البيهقي ٤/٣١٧، وقال فيها: «وهذا وهم من سفيان بن حسين أو من سويد ابن عبد العزيز، وسويد بن عبد العزيز الدمشقي ضعيف بمرة لا يقبل منه ما تفرّد به» ا. هـ.

(٤) قاله الشيرازي في نكته: ورقة ٩٤/ب، ولفظه: «ثم نحمله على الفضيلة» ا. هـ.
والنووي في المجموع ٦/٤١٨.

(٥) عبد الله بن بديل بن ورقاء، ويقال: ابن بديل بن بشر الخزاعي الليثي المكي، صدوق يخطئ، من الثامنة، روى له البخاري تعليقًا، وأبو داود والنسائي. ينظر: التقريب ص١٦٨.

(٦) قاله الدارقطني في سننه ٢/٢٠٠.

(٧) في المخطوط: «أبو بكر بن عبد الله»، والتصويب من سير أعلام النبلاء. =

الثقات من أصحاب عمرو بن دينار لم يذكروه مثل ابن جريج وابن عيينة وحماد بن زيد وحماد بن سلمة وغيرهم، قال: وابن بديل ضعيف الحديث)[١].

وروى مثل مذهبنا عن عليّ وابن مسعود[٢].

وهم يروون عن عائشة وابن عباس وغيرهما[٣].

وأمّا الكلام من حيث المعنى نقول:

الاعتكاف عبادة بنفسها فيصح من غير صوم.

دليله: الصلاة.

والدليل على أنه عبادة بنفسه: أن الصوم عندهم شرط لصحة الاعتكاف ثم إذا انضم هذا الشرط إلى الاعتكاف فيكون الاعتكاف هو العبادة بنفسه، وكذلك الطهارة عن الحَدَث إذا انضمت إلى الصلاة تكون الصلاة هي العبادة بنفسها.

ويدل عليه أن الله تعالى أطلق الاعتكاف...[٤] فقال: [٦٣/أ] ﴿وَأَنتُمْ

= هو: أبو بكر عبد الله بن زياد النيسابوري الإمام الحافظ العلّامة شيخ الإسلام، تفقه بالمزني والربيع، وخلق كثير، وبرع في العلمين: الحديث والفقه، وفاق الأقران، أخذ عنه موسى بن هارون، والدارقطني، وخلق سواهم. مات سنة ٣٢٤هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء ١٥/٦٥، ٦٦.

(١) ما بين القوسين نقلًا من سنن الدارقطني ٢/٢٠٠، ٢٠١.
ونقله عن أبي بكر النيسابوري ابن قدامة في المغني ٤/٤٦٠.

(٢) ينظر: المجموع ٦/٤١٧، المحلى ٥/٢٦٧.

(٣) المرجع السابق، المحلى ٥/٢٦٨، ٢٦٩.
الأسرار: ورقة ٢٨٩/أ، (شهيد علي).

(٤) في النسخة طمس ولعله: (وحده).

عَٰكِفُونَ فِي ٱلۡمَسَٰجِدِۗ﴾[1]، دلَّ أنه بنفسه عبادة مثل إطلاقه الصوم والصلاة وغير ذلك.

وإذا ثبت أن الاعتكاف عبادة فاستغنى عن الصوم ليكون عبادة مثل سائر العبادات.

يبيّنه: أن الصوم ركن من أركان الإسلام، فيبعد أن يكون شرطًا لعبادة من النوافل، والاعتماد على الأول.

وقد تعلق الأصحاب[2] بجواز الاعتكاف ليلًا، وقالوا: لو كان الصوم شرطًا لما صح بالليل؛ لأنه ليس بزمان الصوم فإذا جوّزنا الاعتكاف فيه فقد جوَّزنا بلا صوم[3].

وإن قالوا: إن الاعتكاف بالليل تبع للاعتكاف بالنهار، أو قالوا: إن الصوم بالنهار شرط الاعتكاف ليلًا ونهارًا إلّا أنه يختص بالنهار، لأنه لا يُتصور ليلًا.

نقول: كِلَا الكلامين باطل؛ لأن دعوى التبعية لا دليل عليه.

ولأن الصوم عندهم شرط، وقد انعقد الاعتكاف بالليل، وصح الابتداء به إذا وصل إليه الاعتكاف بالنهار، وشرط العبادة: إما أن يتقدم عليها كالطهارة أو يقارنها كالاستقبال وستر العورة والطهارة عن النجاسة، فأما أن يتراخى عنها فلا يُعرف.

---

(١) سورة البقرة، من الآية (١٨٧).

(٢) منهم الشيرازي في نكته: ورقة ٩٥/أ، المهذب ٢٥٧/١.

(٣) الشيرازي في نكته: ورقة ٩٥/أ، المهذب ٢٥٧/١.

وقولهم: «إنه لا يُتصوّر الصوم بالليل».

قلنا: إن لم يُتصور الصوم بالليل يُتصور قصر جواز الاعتكاف على النُّهُر دون الليالي ليتفق زمان الشرط، والمشروط فيُتصوّر مقترنًا به أو متقدمًا عليه.

وقد قال بعض أصحابنا[1]:

إن الصوم لو كان شرطًا لصحة الاعتكاف لم يصح في أيام رمضان، لأن الصوم ليس له بل هو وظيفة هذا الزمان ابتداءً، ولو وجب الصوم لصح الاعتكاف به وجب أن يلزم أن يكون الصوم للاعتكاف.

وهذا ليس بشيء؛ لأنهم يقولون: إن الصوم شرط، والشرط يجب وجوده في صحة المشروط له، فأما أن يكون وجوده له فهذا غير معتبر بدليل أن الطهارة لما كانت شرطًا للصلاة اعتبر وجودها ولم يعتبر أن تكون الطهارة للصلاة حتى لو توضأ للنفل وأدَّى به الفرض يجوز مع أنه لم يتوضأ للفرض، لكن اكتُفي بوجوده، كذلك ههنا، والاعتماد على ما سبق.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

تعلقوا بالخبر الذي قدَّمناه، وقد بيَّنا الكلام عليه.

وأمّا المعنى:

قال مشايخهم: لبث في مكان مخصوص فلا يكون عبادة إلّا بانضمام عبادة أخرى إليه.

(١) الشيرازي في نكته: ورقة ٩٥/أ.

دليله: الوقوف بعرفة، وهذا لأن اللبث في مكان وملازمة بقعة لا يكون مخيلًا في كونه عبادة، فإذا صار عبادة إنما يصير عبادة بعبادة أخرى تنضم إليه وليس ذلك إلّا للصوم.

وأمّا معتمدهم قالوا: (أجمعنا على أنه لو نذر أن يعتكف صائمًا يلزمه الاعتكاف بصوم)[1]، فلا يخلو إما أن يكون بالنذر أو بكونه شرطًا له شرعًا، ولا يجوز أن يكون بالنذر؛ لأن النذر لم يلاقه فإنه قال: لله عليّ أن أعتكف صائمًا، والنصب في قوله: «صائمًا» على الحال؛ كأنه قال: لله عليّ أن أعتكف في حال صومي، والنذر إنما يصح في العبادة ووصف العبادة، أما حال المتعبد لا يدخل تحت النذر فكان ينبغي أن لا يجب فلما وجب دلَّ أنه شرط بالشرع.

قالوا: وليس كما لو قال: لله عليّ أن أصوم متتابعًا، لأن التتابع صفة الصوم.

ألا ترى أنه يقال له «صوم متتابع» ولا يقال «اعتكاف صائم».

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن قوله: «صائمًا» نصب على إضمار المصدر، لأن هذا يستقيم في قوله: «ضربتُه وجيعًا، وكلمتُه بليغًا» أي: ضربًا وجيعًا وكلامًا بليغًا، لأنه إذا أظهره صح هذا الكلام، فأما ههنا فلا يستقيم هذا التقدير، لأنه لا يستقيم أن يظهره فيقول: أعتكف اعتكافًا صائمًا أو صومًا.

❁ **الجواب**:

أمّا قولهم: «لبث في مكان مخصوص»، فقد ذكروا فيه القلب المعروف

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ورقة ٢٨٩/ب (شهيد علي).

وهو أن يقال: فوجب أن لا يكون الصوم شرطًا[1].

دليله: ما قاس عليه.

وأما قولهم: «إن اللبث في مكان مخصوص ليس فيه معنى مخيل في كونه عبادة».

قلنا: العبادة ما جعله الله تعالى عبادة ولا يعتبر المعنى المخيل الذي ظنوه وعلى أن ملازمة مكان العبادة وترك الترددات مشعرة بكونه عبادة، وهو لعلة فوق الطواف حول البيت فإذا كان التردد حول بيت العبادة بكونه عبادة فملازمة موضع العبادة؛ لأن يكون عبادة أولى.

وأما تعلقهم بفصل النذر فقد منع على أحد القولين.

وقيل: إنه لا يجب الاعتكاف بالصوم لكن يجبان جميعًا ـ أعني الصوم والاعتكاف ـ ولو أفرد كل واحد منهما بالفعل فإنه يصح.

وعلى أنَّا سلَّمنا أنه يجب الاعتكاف بشرط الصوم فإنما يجب بالنذر، وليس فيما أنه يجب بالنذر ما يدل على أنه يجب لا بالنذر كأصل الاعتكاف.

وقولهم: «إن النذر لم يلاق الصوم».

قلنا: إنما أوجبنا الصوم لضرورة صحة قولكم، لأنه كما يجب الاعتكاف في حال الصوم فلابد من وجوب الصوم ليصير حالًا له فيصح نذره بالاعتكاف على [٦٣/ب] هذه الحالة وكل ما كان من ضرورة قوله فهو كالمصرَّح به.

(١) النكت للشيرازي: ورقة ٩٥/أ، ب.

فإن قالوا: «وجب أنه إذا قال: لله عليّ أن أصوم معتكفًا أن يلزمه على هذا الشرط، وكذلك إذا قال: لله عليّ أن أعتكف مصليًا».

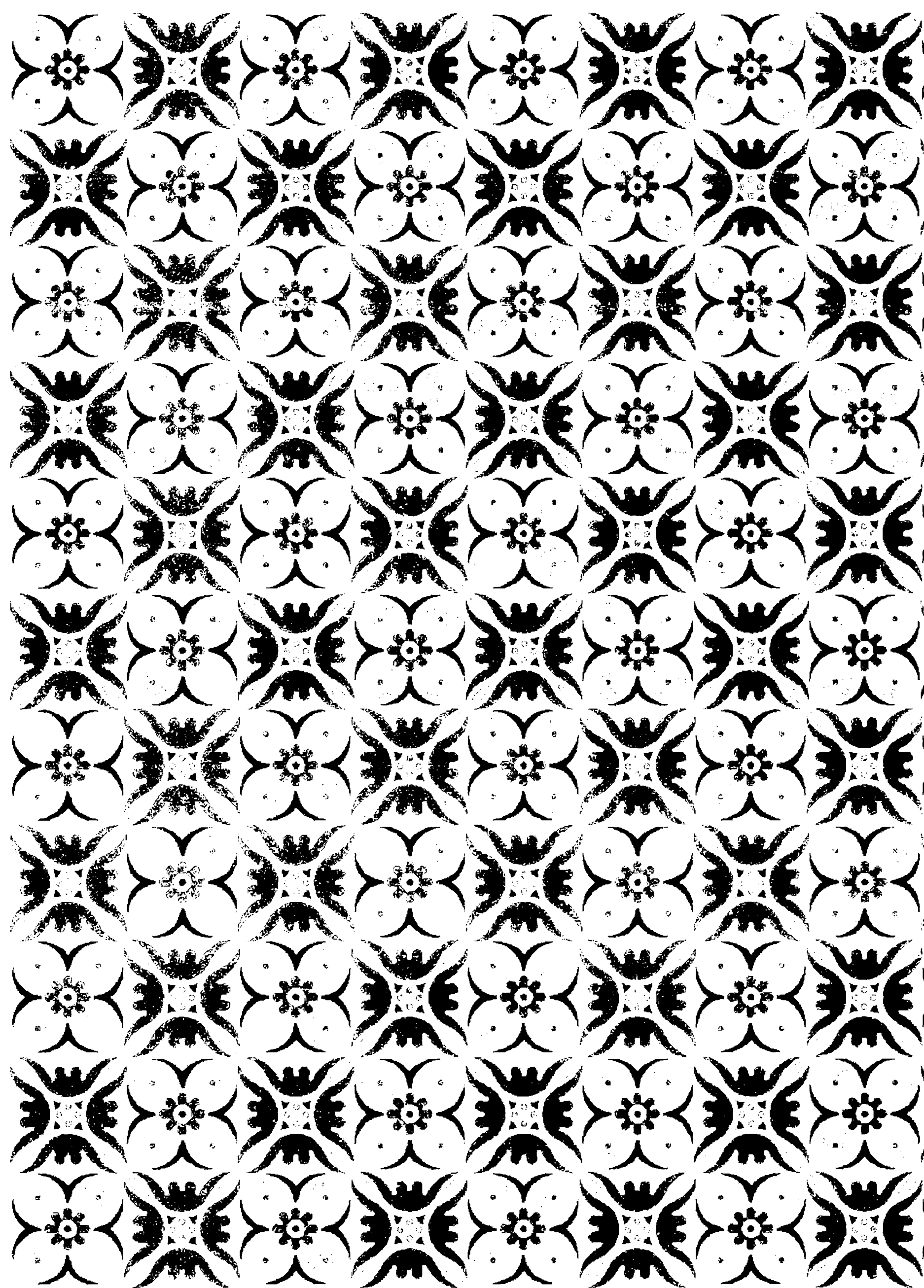
قلنا: في المسألة الأولى كذلك نقول، وأمّا المسألة الثانية فهي مسلَّمة، ولكنها مجرد استغراق من غير بيان وجه الإلزام ووجوب الفرق.

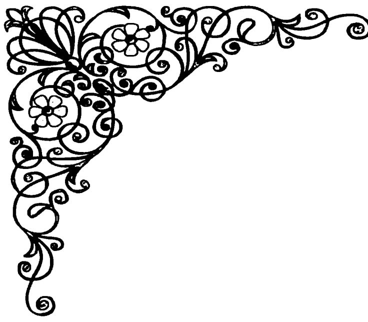
ونحن إذا بيّنا وجه اتصال النذر بالصوم خرجنا وتقصينا عن عهدة كلامهم، وما اعتمدوه في تعلقهم.

وقد أجاب الأصحاب عن المسألة التي ألزموها وقالوا: ليس بين الصلاة والاعتكاف مناسبة ومشابهة؛ لأن أحدهما فعل الجوارح والآخر ليس من فعل الجوارح، فإذا لم يكن بينهما مناسبة لا يصير أحدهما شرطًا في الآخر.

وأمّا الصوم والاعتكاف فبينهما مناسبة ومشابهة؛ لأن كل واحد منهما عبادة كف فجاز أن يصير أحدهما شرطًا في الآخر ليصير كل واحد منهما كاملًا لصاحبه متزينًا به، هذا غاية الإمكان. والله تعالى أعلم بالصواب.








كِتَابُ الْحَجِّ(١)

※ (مَسْأَلَة):

تثبت الاستطاعة ببذل الابن الطاعة عندنا(٢).

وعندهم: لا تثبت(٣).

وقد ذكر مشايخهم رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الاستطاعة لا تثبت بمجرد المال بحال(٤)، وزعموا أن هذه الرواية هي الرواية الظاهرة عنه(٥).

ورووا عن أبي حنيفة رحمة الله عليه رواية أخرى أن الاستطاعة تثبت

---

(١) الحج لغة: القصد.
وفي لسان الشارع: قصد بيت الله بصفه مخصوصه في وقت مخصوص بشرائط مخصوصه.
ينظر: المغني ٥/٥، أحكام القرآن للجصاص ٨١/١، المصباح ١٢١ مادة حج.

(٢) المهذب ٢٦٦/١، المجموع ٦٧/٧، ٧٥، روضة الطالبين ١٥/٣، المنهاج مع مغني المحتاج ٤٧٠/١، حلية العلماء ٢٠٣/٣، ٢٠٤، النكت: ورقة ٩٥/ب، شرح السُّنَّة للبغوي ٢٧/٧.

(٣) الأسرار، كتاب المناسك ص١٩ بتحقيقنا.
بدائع الصنائع ١٠٨٦/٣، المبسوط ١٥٤/٤، رؤوس المسائل ص٢٤٥.
وهو قول الحنابلة والمالكية، الإفصاح ٢٦٥/١، المغني ٩/٥، أحكام القرآن لابن العربي ٢٩٠/١.

(٤) المبسوط ١٥٣/٣، ١٥٤، البحر الرائق ٣٣٥/٢.

(٥) البحر الرائق ٣٣٥/٢ قال ابن نجيم في البحر: «هذا ظاهر المذهب عن أبي حنيفة وهو رواية عنهما» ا. هـ، حاشية ابن عابدين ٤٥٩/٢، ويقصدون بظاهرة الرواية ما في الكتب الستة: الجامع الصغير والجامع الكبير والسير الصغير والسير الكبير والمبسوط والأصل.

بمجرد المال[1].

وزعم المحققون منهم أن هذه الرواية هي الأصح[2]، وفائدة الروايتين تظهر في المعضوب[3] الموسر، هل يجب الحج عليه أم لا ؟.

❁ لنا:

قوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾[4]، وإنما قلنا إنه يصير مستطيعًا، لأن الاستطاعة ليس إلّا الإمكان وقد أمكنه الحج حين بذل له الابن الطاعة وهو أن يكون معضوبًا فقيرًا فيبذل له أن يحج عنه أو يكون فقيرًا صحيحًا فيبذل له المال، فقد تحققت الاستطاعة في الصورتين، أما في الصورة الأولى فليس بينه وبين حصول الحج له إلّا الأمر به، وهو مما يدخل تحت الأمر وتجري فيه النيابة، وفي الصورة الثانية، أمكنه الحج بإنفاقه مال الابن في سفر الحج، كما أمكنه إذا كان المال له؛ لأن الإمكان لا يختلف في الموضعين فإن ركوبه مركوب الغير وركوبه مركوب نفسه واحد، وكذلك لا يختلف في المطعوم والمشروب.

فثبت أن الإمكان موجود، وإذا وُجِد الإمكان وجب عليه الحج، لأنه لا شرط له سواه، وكذلك في المعضوب الموسر وجد الإمكان وهو أن يبذل

---

(١) المبسوط ٤/١٥٣، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة، البحر الرائق ٢/٣٣٥.
وهو ظاهر الرواية عن الصاحبين، حاشية ابن عابدين ٢/٤٥٩.

(٢) ينظر: البحر الرائق ٢/٣٣٥، حاشية ابن عابدين ٢/٤٥٩.

(٣) تقدم في ص٦٩.

(٤) سورة آل عمران، من الآية (٩٧).




ماله ليحج عنه غيره فوجب أيضًا[١].

وهذه المسألة مبنية على أن النيابة جارية في الحج، وسنبين من بعد.

ويدل عليه: أنه لو كان مستطيعًا للحج بنفسه فطرأ عليه العجز بقي الوجوب عليه، وكذلك إذا وجد المال وهو معضوب جاز أن يجب عليه أيضًا، لأن الباقي هو الواجب عليه ابتداء، والواجب عليه ابتداء هو الباقي، فإذا جاز أن يبقى عليه وجوب الحج، وهو عاجز ببدنه ليؤدي بماله، فكذلك في الابتداء جاز أن يجب عليه أيضًا.

۞ **وأمّا حُجَّتهم:**

قالوا: غير مستطيع للحج فلا يجب عليه الحج، كما إذا كان الباذل أجنبيًا، وإنما قلنا: «إنه غير مستطيع»؛ لأن الاستطاعة بملك الزاد والراحلة بالنص وهو الإجماع[٢] بيننا وبينكم ولم يوجد[٣].

ثم قالوا: لو صار مستطيعًا لصار مستطيعًا ببذل الابن المال له وهذا لا يجوز شبهًا ولا معنى.

أما الشبه فالدليل عليه: أن العبد لو أذن له مولاه في الحج وبذل له المال فإنه لا يجب عليه الحج، ولو ثبتت الاستطاعة بالبذل والإباحة وجب أن يثبت ويجب الحج في هذه الصورة؛ لأن العبد من أهل الحج

(١) المهذب ١/٢٦٦.
وهو قول الحنابلة. الإفصاح ١/٢٦٤.
(٢) الإجماع: هو اتفاق علماء العصر على حكم النازلة. ينظر قواطع الأدلة للمؤلف ٣/١٨٨
(٣) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك ص ٢٤.

والإمكان قد وُجِد.

يبيِّنه: أنه إنما لم يجب لعدم الإمكان مثل العُسر لا يجب عليه لعدم الإمكان والسيد حين بذل له المال فقد تحقق الإمكان، وهذا شبه معتمد.

ويدل عليه: أن الابن إذا بذل المال في كفّارة اليمين والظَّهار جميعًا فكذلك ههنا لا يحكم بالاستطاعة.

وأمّا المعنى:

قالوا: الاستطاعة بالزاد والراحلة شرط لوجوب الحج بالإجماع(١)، وهو استطاعة بمال لا يوجد مباح الأصل في العادة، فوجب أن يكون الملك شرطًا لوجوب الحكم المبتنى عليه، لأن أصل القدرة على ما...(٢) هو بالملك، [٦٤/أ] وأما القدرة بالإباحة عارضة، والأحكام إنما تتعلق بالأصول لا بالأعراض، ألا ترى أن الصلاة قائمًا إنما تتعلق بالاستطاعة ينالها الإنسان بسلامة أحواله، ولا تجب بما يحدّها بمعين بعينه من ولده أو غيره للمعنى الذي بيّنا، وهو أن الأصل أن الاستطاعة مبنية على سلامة الحال، والأخرى عارض، ولا يلزم على هذا الماء في الطهارة، لأن الماء على العادة موجود مستعمل على الإباحة فصار الإمكان بالإباحة في حق الماء أصلًا فقام مقام الملك، وأما الزاد والراحلة قلّ ما يوجد على أصل الإباحة وإنما يتمكن الإنسان من استعمالها على العادات الجارية بالملك، والإباحة عارضية فبنى الحكم على الملك ولم يعتبر العارض.

---

(١) ينظر المغني ٥/٦، الأسرار، كتاب المناسك ص ١٩، المجموع ٤٥/٦.

(٢) كلمة غير واضحة في المخطوط.

قالوا: وأما المعضوب الموسر فيجب عليه الحج على الصحيح من المذهب لأن ملك الزاد والراحلة قد وُجِد.

وقد نص مشايخهم في إحدى الروايتين عن صاحبهم.

وقالوا: تعلق الحج بالبدن فوق تعلقه بالمال؛ لأنه يؤدي بالبدن وإنما المال وصلة، ثم إذا كان عاجزًا بماله لم يجب عليه الحج وهو الفقير الصحيح فإذا كان عاجزًا ببدنه أولى أن لا يجب.

قالوا: وأما قولكم: «إنه لو كان صحيحًا موسرًا فعرض العجز يبقى عليه وجوب الحج».

قال: هذا لا يدل على أنه يجب عليه ابتداء كالميت يبقى عليه وجوب الحج ولا يجوز أن يجب عليه ابتداء.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «إنه لا يجوز أن يصير مستطيعًا ببذل الابن له الطاعة بدليل الأجنبي».

قلنا: قد منع بعضهم(١).

والصحيح على المذهب أنه لا يصير مستطيعًا إلّا ببذل الابن على الخصوص(٢)، وإنما كان كذلك؛ لأن الإمكان قد وُجِد صورةً ومعنىً ببذل الابن ماله، أما الصورة معلومة، وأما المعنى فلأنه لا منّة تلحقه ببذل الابن

---

(١) ينظر: روضة الطالبين ٣/١٥، ١٦.

(٢) ينظر: روضة الطالبين ٣/١٥، ١٦.

وإباحته ماله له ليحج به، لأن هذا وإن كان إحسانًا لكن إحسان الأب إليه أكثر فيكون هذا على معنى المجازاة والشكر لإحسانه إليه لا على معنى الامتنان به عليه، لأن الشرع أضافه ماله إليه إضافة الملك إلى مالكه، ولأنه سمى الولد كسبًا له مثل ما يكون العبد كسبًا لسيده فيكون حجه بماله مثل حجه بسائر أكسابه، فثبت أنه لا منّة تلحقه في بذل الابن فتحقق الإمكان صورةً ومعنىً، وهذا لا يوجد في غير الابن فلم يوجد الإمكان معنى، لأن تحمل المنّة في غاية الشدة، وهي دقاقة لأعناق الرجال.

*** وأما فصل العبد الذي تعلقوا به:**

قلنا: إنما لم يجب، لأنه ليس من أهل وجوب الحج عليه والدليل عليه النص والحكم:

أما النص: قوله ﷺ: (أيّما عبد حج عشر حجج ثم عُتِق فعليه حجة الإسلام)[1].

وأما الحكم: فإنه لو حضر بعرفات مع سيده لم يجب عليه الحج، ولو كان عدم الوجوب لعدم الإمكان فإذا حضر بعرفات وجب أن يجب عليه

---

(١) رواه البيهقي في سننه ٣٢٥/٤، في باب «إثبات فرض الحج» عن ابن عباس موقوفًا.
وابن عدي في الكامل في ترجمة الحارث بن سريج النقال من روايته عن يزيد بن زريع مرفوعًا، وقال: «إنه سَرَقَه من محمد بن المنهال».
ينظر: الكامل ٦١٥/٢.
وعزاه الزيلعي في نصب الراية، كتاب الحج ٧/٣، لأبي داود في مراسيله.
وعزاه ابن قدامة في المغني ـ في كتاب الحج ـ إلى سنن سعيد بن منصور.
ينظر: المغني ٤٥/٥.

الحج كالفقير، خصوصًا إذا كان السيد قد أذن له في فعل الحج، وحين أجمعنا على أنه إذا فعل الحج في هذه الصورة لم يكن فاعلًا واجب الحج عليه بخلاف الفقير، وبخلاف العبد الذي حضر الجمعة مع سيده ويؤديها، دلَّ أنه إنما لم يكن لأجل أنه ليس من أهل فرض الحج عليه أصلًا.

❋ **أما فصل الكفّارة**[1]:

فلا نسلِّم، ونقول: إذا بذل الابن الرقبة أو الطعام لأبيه لم يجز له أن يعدل إلى الصوم، وعلى أن الكفَّارات حق مالي فلا يتأدى إلّا بماله أو بما يصل إليه بماله.

وأمّا الحج بدني، فلا يحصل إلا ببدنه أو ببدن يصل إليه بأيّ سبب كان ويقوم بدن ذلك الغير مقام بدنه ولم يعتبر أن يكون الوصول بالمال؛ لأنه ليس بواجب مالي فاعتبر أصل الوجوب فحسب، والأصح المنع في الطعام خاصة، وفي العتق إذا وهب الرقبة له أنه يجب عليه قبولها، وعلى هذا في مسألتنا لو وهب الزاد والراحلة له يجب عليه قبولها[2] أيضًا.

وفيه وجه آخر: أنه لا يجب القبول[3]؛ لأن المنّة تكثر في ذلك ما لا يكثر في مجرد البذل.

وأمّا دعواهم ببيان المعنى، وقولهم: «إن الأصل هو القُدرة بالمال

---

(١) الكفارة: في اللغة: الستر، سميت بذلك لأنها تستر الذنب وتُذهبه. تحرير ألفاظ التنبيه صـ١٢٥.

(٢) ينظر: المجموع ٧/٧١، حلية العلماء ٣/٢٠٣، المنهاج مع المغني: ١/٤٧٠.

(٣) ينظر: المجموع ٧/٧١، المنهاج مع المغني ١/٤٧٠.

الذي يكون له».

قلنا: لا نسلّم، بل الأصل هو القُدرة بأي وجه كان؛ لأن الشرط تيسير الوصول إلى الحج بالإمكان الذي يوجد إما بماله أو بمال ولده، فأما اعتبار ماله فلا معنى له، كما نقول في الوضوء، فإنه لا فرق بين أن يكون إمكانه بماله أو بمال غيره وقد بذل ذلك الغير له.

وقولهم: «إن الماء يوجد مباحًا والزاد والراحلة لا يوجدان مباحان»[1].

قلنا: وبأن كان يوجد الماء مباحًا في الأصل بخلاف الزاد والراحلة لم ينبغي أن يفترقا في مسألتنا، والماء مملوك للغير إباحة له، وكذا الزاد والراحلة إلّا أن التعلق بفصل الماء في الوضوء يقتضي أن لا يفترق الحكم بين أن يكون الباذل أجنبيًا أو غيره.

وقد بيّنا أن الأصح التفريق [٦٤/ب] وحرف الجواب ما قدَّمنا، ونقول: إن الإمكان أمر حسّي لا يُتصور أن يختلف بماله ومال غيره، والموجود بمال غيره هو الموجود بماله ولا يُتصوّر أيضًا أن يجعل أحدهما أصلًا والآخر فرعًا.

وأمّا تعلق مشايخهم بالمعضوب الموسر، فقولهم: «إن تعلق الحج بالبدن فوق تعلقه بالمال».

فليس بشيء؛ لأنَّا إن سلَّمنا لهم ذلك لكن القُدرة على الحج بدنًا قد وُجِد، لأن بدن غيره يقوم مقام بدنه على ما عُرِف. ولأن الحج يجب بمجرد

---

(١) في المخطوط: «مباحًا»، والتصويب من المحقق.

القُدرة بدليل أن الفقير إذا حصل بعرفات فوجب أن يجب بمجرد المال، والاعتماد على ما سبق.

وأمّا فصل الميت الذي ذكروه، فليس بشيء؛ لأنه ليس من أهل التكليف ابتداء بخلاف المعضوب فإنه من أهل التكليف ابتداء، وإنما بقي الحج على الميت بقاء الديون، فكما تبقى سائر الديون عليه بقي الحج عليه أيضًا، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

وجوب أداء الحج على التراخي عندنا[1].

ومعنى قولنا: «على التراخي» أنه ليس على الفور.

وعندهم: على الفور، وزعموا أنه قول أبي يوسف[2].

وحكوا عن محمد بن الحسن أنه قال على التراخي[3].

قالوا: وليس عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية في ذلك[4].

(١) الأم ٢/١٠١، المهذب ١/٢٦٥، المجموع ٧/٧٦، روضة الطالبين ٣/٣٣، النكت: ورقة ٩٨/أ، قواطع الأدلة للمؤلف: ورقة ٢١/ب.

(٢) وهو قول الحنابلة والمالكية. ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣١، الهداية مع فتح القدير ٣/٤١٢، بدائع الصنائع ٣/١٠٨٠، المبسوط: ٤/١٦٣، المغني ٥/٣٦، الإشراف ١/٢١٧، رؤوس المسائل ص ٢٤٩، نصب الراية ٣/٤.

(٣) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣١، المبسوط ٤/١٦٤، مختلف الرواية: ورقة ٦٠/ب، بدائع الصنائع ٣/١٠٨٠، نصب الراية ٣/٤.

(٤) المبسوط ٤/١٦٤، الهداية مع فتح القدير ٢/٤١٢. =

وقال بعضهم: عنه روايتان[1].

وقد صحَّحوا كونه على الفور[2].

❖ **لنا:**

إن مطلق الأمر لا يقتضي الفور، ولم[3] يوجد في الحج إلّا مطلق الأمر، والدليل على أنه لا يقتضي الفور أن قول القائل لغيره: «افعل كذا» حقيقة طلب الفعل وليس فيه تعرض للوقت بوجهٍ ما فصار جميع أوقات الحج وقتًا له على وجه واحد حتى إنه في أي وقت أدى يكون ممتثلًا للمأمور، وهذا كالمكان في الصلاة فإن الله تعالى أمر بالصلاة في زمان ولم يتعرض للمكان فصار جميع أمكنة الصلاة مكانًا للصلاة على وجه واحد حتى إن في أي مكان أدى يكون ممتثلًا للمأمور، كذلك ههنا.

والحرف أن الأمر بالفعل لا يقتضي إلّا طلب الفعل، وأما التعجيل والتأخير فليس عليه دليل من صيغة اللفظ فصار مطلق الأمر مقتضيًا مطلق الفعل فتقييد الأمر تقييد زائد لابد فيه من دليل زائد، وإذا سقط التقييد بالفورية والبِدَار من ظاهر اللفظ فصار هو بالتأخير مؤخرًا للفعل من زمان الفعل إلى زمان الفعل فجاز له ذلك، وهذا كما لو أخّر الصلاة من أول وقتها

= قال في المبسوط: «وذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة: «أنه سئل عَمَنْ له مال أيحج به أم يتزوج؟ فقال: بل يحج به»، قالوا: فهذا يدل على أن الوجوب عنده على الفور.

(١) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣١، بدائع الصنائع ٣/١٠٨٠، المبسوط ٤/١٦٣، ١٦٤.

(٢) الأسرار، كتاب المناسك، ص٣١، وقال فيه: «وهو أصح الروايتين عن أبي حنيفة»، رؤوس المسائل ص٢٤٩.

(٣) في المخطوط: «ولو»، والتصويب من المحقق.

إلى آخر وقتها، فإنه يجوز للمعنى الذي بيّناه.

يدل عليه أن الواجب من الفعل كما يصلح واجبًا على الفور والبدار حتى يتضيق عليه بوجود أول أوقات الإمكان فيصلح واجبًا لا على الفور والبدار حتى يتوسع عليه في مدة عمره فيفعله في أي وقت أحبّ من أوقات عمره من غير أن يخلى الوقت عنه، والدليل على أن الإيجاب على مثل هذا جائز، المشروع والمعقول:

أما المشروع: فلأنه قد وُجِد نظير ذلك في الزكوات والكفّارات وقضاء رمضان إذا كان الفطر بعذر، كذلك على نحوه وجب الصلاة في الأوقات المحدودة؛ لأنها أوقات تفضل عما يسع للفعل فلم يكن الوجوب إلّا على هذا الوجه وهو الأمر بالفعل لا على وجه الفور والبدار لكن على التوسع في الوقت المضروب حتى يفعله في أيّ وقت أحبّه من غير أن يخلى الوقت المضروب منه، فصار الوقت المحدود هنالك كمدة العمر ههنا.

وأما المعقول: فلأن الإيجاب على وجه التضييق ومبادرة الفعل، كما يجوز أن يكون هو مراد الآمر ومصلحة المأمور فيجوز أن يكون الإيجاب على وجه التوسيع في الوقت مراد الآمر ومصلحة المأمور، فإذا جاز أحدهما جاز الآخر، فهذا الذي ذكرناه هو المعتمَد من الدليل، وهو في نهاية القوة، وفي المسألة إلزامات حكمية ذكرناها في التعليق، واقتصرنا في هذا الموضع على هذا القدر، وفيه الغُنية.

وقد تعلَّق الشافعي رضي الله عنه بتأخير النبي عليه السلام الحج من السنة التي وجبت فيها إلى السنة الأخيرة من سني عمره، وهي السنة العاشرة مع التمكن من

فعله فإنه ﷺ لما فتح مكة في سنة ثمان في شهر رمضان وعاد إلى المدينة، واستخلف على الحج عتاب بن أسيد، وبعث أبا بكر الصدِّيق ﷺ في السنة الثانية وهي سنة تسع، وحج سنة عشر فقد أَخَّر سنتين من أول سني الإمكان.

ولنا في رسول الله أسوة، وبه قدوة مما أطلق له فمطلق لنا، وإن ادّعوا عذرًا في التأخير فلابد من بيانه.

وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: الأمر المطلق على الفور؛ لأنه مفيد للوجوب، والواجب ما لا يسع تركه والتأخير ترك.

يبيّنه: أن الأمر بالفعل قد تناول أول سني الإمكان فأفاد الوجوب فيها، وإذا وجب الفعل في أول سني الإمكان لم يجز تركه، لأنه إذا جاز تركه لم يكن واجبًا فعله.

وحرفهم: أن الواجب ما لا يجوز تركه في زمان وجوبه.

[٦٥/أ] فإن قلتم: إنما يجوز إلى بدل وهو العزم.

قال: لا يجوز أن يكون العزم بدلًا عن الفعل، لأنه لو كان بدلًا عن الفعل لقام مقامه بحال في حصول المطلوب منه، وتأدى المأمور به كسائر الإبدال، ولأن العزم على الفعل واجب قبل دخول الوقت، وما يجب قبل دخول الوقت لا يُتصور أن يقوم مقام الواجب في الوقت، ولأنه لا دليل على كونه بدلًا، ولا يجوز إثبات بدل بلا دليل، فدل عليه أنكم جوّزتم تركه مطلقًا لا إلى بدل، وهذا لا يجوز؛ لأنه يكون نفلًا ولا يكون فرضًا.

قالوا: ولأن التأخير يؤدي إلى أقسام كلها باطلة فيكون التأخير باطلًا، لأن ما يؤدي إلى الباطل باطل، وإنما قلنا ذلك، لأنه لا يخلو: إما إن جاز التأخير لا إلى غاية أو إلى غاية.

فإن قلتم يجوز تأخيره لا إلى غاية فيكون باطلًا، لأنه ينافي الوجوب فإن الوجوب لابد له من فائدة، فإذا جوّزنا التأخير لا إلى غاية سقطت فائدة الوجوب، وهذا لأن الأمر طلب الفعل، فإذا جاز التأخير على الإطلاق بقي أمر بلا فعل، وإن قلتم: وجد بدله وهو العزم، فقد تكلمنا عليه.

وإن قلتم: يؤخر ويوصي، فليس كل الأوامر مما تجوز فيها الوصية، ولأنَّا إذا قلنا يؤخر المأمور ويوصى فكذلك وصيُّه يُوصى، ووصيٌّ وصيّه يُوصى فيؤدي إلى تسلسل الوصية أبدًا، فلا يوجد فعل ما.

وإن قلتم: يجوز التأخير إلى غاية، فلا تخلو تلك الغاية، إما أن تكون غاية معيَّنة أو موصوفة.

فأمّا المعينة: بأن تقول أخِّر الفعل إلى سنة كذا أو يوم كذا، وتعيين السنة أو اليوم، وهذا غير موجود بالإجماع.

وأما الموصوفة: فهو أن يُطْلِق له التأخير إلى أن يغلب على ظنه أنه لو أخَّر فات وهذا أيضًا باطل، لأن الظن لا عن أمارة هو الظن السوداوي[1]، وذلك غير معتبر، وأما الظن عن أمارة من علوِ سنٍ أو مرضٍ فالناس يختلفون في ذلك، وإنما لا يظن أصلًا فيؤخر ويموت فيفوت الفعل أو يموت فجاءةً

(١) في المخطوط: (السوداي)، ولعل الصوب ما أثبته، كما جاء في المحصول ٢/ ١١٧، ونفائس الأصول ٣/ ٣١٤

وبغتةً فيفوت أيضًا، والأمر بالفعل يقتضي الفعل لا محالة، وبهذا الطريق وجب الفعل، وفيما قلتم إخراج الأمر من أن يكون موجبًا للفعل لا محالة، وأيضًا ما قلتم يقتضي أنه إذا أَخَّر حتى مات أنه لا يعصي الله بتأخيره فيكون هذا والنافلة سواء.

قالوا: وأمّا الكفَّارات والزكوات والقضاء وغير ذلك قالوا على هذه الطريقة: إن قضية الأمر فيها أنها على الفور وإن جوّزنا التأخير إنما جوّزنا بقيام دليل.

وأما أبو زيد فقال في هذه المسألة[1]: إن التأخير عن السنة الأولى تفويت فلا يجوز التأخير عن السنة الأخيرة من سني العمر، وإنما قلنا ذلك، لأن فوات العبادة بفوات وقتها، والحج له وقت معيَّن من السنة فإذا أُخِّر عنه فقد فات، ألا ترى أنه فعله لا يجوز والتفويت محظور.

قالوا: فإن قلتم إن لم يحج في هذه السنة يحج في السنة القابلة قال: إنما يمكنه الحج في السنة القابلة عند مساعدة الحياة إلى السنة القابلة وقد يجوز أن تساعد، ويجود أن لا تساعد فلا يجوز إطلاق تفويت متيقنٍ به بإدراك مشكوكٍ فيه.

وربما يقولون: لو جعل غير مفوت لجعل بإدراكه وقت الحج في السنة الثانية فإذا كان إدراك الحج في السنة الثانية على الشك لم يجز الحكم بإدراكه ولم يذهب الفوات.

قالوا: وليس كما لو أَخَّر القضاء إلى الغد؛ لأنه وإن فات الصوم بدخول

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣٥ ـ ٣٧.

الليل لكن موتة الليل نادر، والنادر لا يعتبر.

فأمّا موته في السنة الثانية فليس بنادر، وهذا لأن السنة مدة طويلة ليتقابل فيها احتمال الحياة والممات ولا يظهر رجحان، فأما الليلة فمدة قريبة فيترجح جانب الحياة.

قالوا: وعلى هذا تخرج الزكوات والكفَّارات؛ لأن الفوات لا يوجد بالتأخير فإن وقت فعلها وقت ممتد وليس بوقت يوجد وينقضي مثل ما يكون الحج.

قالوا: وأما قول مشايخكم: «إنه يكون مؤديًا للحج في أي سنة فعله».

قال: إنما كان كذلك لأنَّا إنما جعلناه مفوِّتًا؛ لأنه لا يقين لإدراكه وقت الحج في السنة الثانية.

قال: إدراك جاء اليقين وذهب الشك فنزلت السنة الثانية منزلة السنة الأولى، وكذا في الثالثة والرابعة إلى ما بعدها من السنين.

قالوا: وأمّا تعلقكم بتأخير النبي ﷺ حجه إلى آخر عمره، فإنما يستقيم التعلق به إذا كان عن غير عذر فبيِّنوا أنه أخّر لا عن عذر حتى يصح التعلق به.

والدليل عليه: أن عندنا يجب فعل الحج في أول سني الإمكان ولا يجوز التأخير.

وعندكم: الأفضل أن لا يؤخر أيضًا، والرسول ﷺ كان لا يترك الأفضل ولكن ترك لعذر، كذلك عندنا ترك الواجب بعذر جائز.

وقد قال بعضهم: إنما أخَّر بعذر الفقر؛ لأنه قد كان اختاره على الغنى، أو أخَّر لأنه خاف المشركين على المدينة فلم يمكنه أن [٦٥/ب] يقربها(١).

أو أخَّر لأن العرب كانوا يحجون على سنن الشرك وكان بينه وبينهم عهد فلم يرد أن يحج وهم يظهرون أعلام الشرك بحضرته ولا يكون منه تغيير(٢).

وقال أبو زيد(٣) على طريقته:

«إن الله تعالى كان أعلم النبي ﷺ أنه لا يموت حتى يحج فلم يكن التأخير تفويتًا، وكان على يقين من الإدراك في المستقبل وهذا لا يوجد في غيره».

الجواب:

أمّا دلائلهم في أن الأمر المطلق على الفور.

نقول: قولكم: «إن الأمر يفيد الوجوب» مسلَّم.

وقولكم: «إن الواجب ما لا يسع تركه» مسلَّم، ولكن هذا ليس بترك على الإطلاق بل هو ترك في وقت ليؤديه في وقت مثله مع استواء الوقتين فيما يرجع إلى فعل المأمور.

وقولهم: «إنه وجب في الوقت الأول».

---

(١) كذا في المخطوط ولعله: «يتركها».

(٢) نقل ابن جرير ذلك في تفسيره عن مجاهد ٦١/١١.

(٣) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٤٠.

قلنا: بلى، ولكن على التوسع لا على التضييق، ومعنى التوسع أن جميع زمان العمر مجعول كالوقت الواحد في قبول فعل المأمور، والتخير ثابت للمخاطب بالفعل ليؤديه في أي أوقات هذا الزمان الممتد متى شاء بشرط أن لا يخلى العمر من فعله.

وقد بيّنا أن هذا جائز مشروعًا ومعقولًا، فإذا عُرِف هذا تبين الفرق بين هذا وبين النفل؛ لأن في النفل يجوز إخلاء العمر عنه.

واعلم أنّا لا نزعم أن العزم يدل على الفعل الواجب ولا يحتاج إليه وإن كان قد قاله جماعة من الأصوليين[1]؛ لأنه إذا عُرِف الوجوب على الوجه الذي بيّنا كان ترك فعله في أول أوقات الإمكان مطلقًا ولم يحتج إلى إقامة بدل مقامه، وهذا لأن الآفة للمخالف جاءت من الجهل بمعرفة تنوع الواجب، فإذا عُرِفَ تنوع الواجب وإنما يكون مضيقًا مرة وموسعًا أخرى ففارق النفل في إلزام الفعل على الجملة وفارق المضيق في جواز التأخير ليؤديه في وقت آخر مثل الوقت الأول، فصار جواز التأخير عن أول سني الإمكان؛ لأنه واجب موسع، لا لأنه ليس بواجب موسع.

وأمّا قولهم: «إن التأخير لا يخلو من كذا».

قلنا: يجوز التأخير عندنا إلى أن يغلب على ظنه أنه لو أخَّر عن هذه السنة يعجز عن فعله في السنين التي تليها.

وقولهم: «إن الناس يختلفون في الظنون».

(١) ينظر: قواطع الأدلة للمؤلف: ورقة ٢٠/ب.

قلنا: نحن نعلم أن للموت أمارات وعلامات، ونعلم أن تلك الأمارات يغلب على ظن العاقل ما ذكرناه، والحكم بالأمارة المغلبة للظنون صحيح في الشرع بدليل الأقيسة والاجتهادات[1].

وأمّا غلبة ظن السوداوي[2] من غير أمارة غير معتبر، فأمّا إذا كان عن أمارة فهو معتبر مثل غلبة الظن عن الأشباه والمعاني المخيلة معتبرة في الأحكام.

وأما غلبة الظن لا عن شبهٍ ولا عن معنىً مخيل غير معتبر، وقد ورد لهذا نظير في الشرع فإن الوصية واجبة في ابتداء الإسلام على المريض إذا غلب على ظنه الموت من ذلك المرض[3].

فإن قالوا: إذا مرض يمكنه أن يوصي، وإذا مرض لا يمكنه أن يحج.

قلنا: لابد له من مرض معجز ليضيق الواجب عليه، لكن نقول: إذا غلب على ظنه أنه إذا أخَّر عجز عن أدائه يتضيق وبناء الحكم على غالب الظن عن أمارة مثل بناء الحكم على النص بدليل الشرعيات وكان الشرع ضيق الصلوات الموظفة في الأوقات بوجود آخرها من حيث النص، وضيّق الحج وأشباهه من الأوامر المطلقة بوجود آخر أوقاتها من حيث غالب الظن، والكل صحيح جائز.

وأمّا العصيان وإلزام سمته تارك الحج فقد تخبط فيه الأصحاب.

---

(١) ينظر: قواطع الأدلة للمؤلف: ورقة ٢١/أ.

(٢) في المخطوط: (السوداي)، ولعل الصوب ما أثبته، كما جاء في المحصول ٢/ ١١٧، ونفائس الأصول ٣/ ٣١٤

(٣) ينظر: قواطع الأدلة للمؤلف: ورقة ٢١/أ.

والأولى أن نقول:

«يجوز التأخير ولا يوصف بالعصيان إلى أن يغلب على ظنه ما ذكرناه، فإذا وجد غلبة الظن وأخّر لحقته حينئذ سِمةُ العصيان، وإن مات لقي الله تعالى عاصيًا وإن مات فيما بين ذلك بغتة قبل أن يوجد غلبة الظن عن أمارة نقول: لا يكون عاصيًا»[1].

فإن قالوا: قد ترك واجبًا عليه إلى أن مات فلا يجوز أن لا يكون عاصيًا.

قلنا: نعم، ترك، ولكن إنما يترك واجبًا موسعًا عليه، وقد كان ينتظر تضيقه عليه بوجود غلبة الظن، وذلك أمر معهود في عادات الناس فإذا اخترمته المنية، واختزلته من بين سائر الناس قبل أن يبلغ المعهود في أجناسه لم يكن عليه عيب ولم تلحقه سمة العصيان؛ لأنه كان على عزم أنه إذا تضيق عليه لا يؤخره مثل مَنْ عليه الصلاة مات قبل أن يبلغ آخر الوقت[2]، وكذلك على أصلهم في الزكوات والكفَّارات إذا أخَّرها ومات في خلال ذلك.

فهذا تتمة ما قصدناه من الجواب عن هذه الطريقة المذكورة على سمة الأصول وهو تام بيّن بحمد الله ﷻ.

وقد انتصب جماعة من المنتسبين إلى الكلام للذب عن أصول الفقه، وظنوا أنهم يمشون من ذلك ما يعجزُ الفقهاءُ عن تمشيه، وادَّعوا أنهم أصحاب الحقائق وأن الفقهاء أرباب الأشباه والظنون من غير عثور على حقيقة[3].

---

(١) قواطع الأدلة للمؤلف ورقة ٢١/أ.

(٢) المرجع السابق.

(٣) في المخطوط (وعلى حقيقة)، ولعل ما أثبته يصح به المعنى.

وعندي أن المتكلمين أجانب عن أصول [٦٦/أ] الفقه، ومَنْ لم يعرف معاني الفقه وقوانينه لا يجوز الاعتماد عليه في معرفة أصولها فلا ينبغي لفقيه أن يعدل عن سمة أهل الفقه، وأن يأخذ أصول مذهبه عن مَنْ لا يعرف معاني مذهبه فلهذا وأمثاله [ضَعُف](١) البيان عن الفقه وقَلّ طلّابه واستولى على الناس محض التقليد والله المستعان، وسنبين في أصول الفقه إن شاء الله تعالى ما يكشف عن عورات هذه الطبقة وما تقر به أعين المتّبعين للحقائق والذّابين عن معاني الفقه ومسالكه.

وأمّا طريقة أبي زيد ففي نهاية الضعف فإن حرفه في طريقته أن الحياة ربما لا توجد في السنة الثانية.

قلنا: الغالب الوجود؛ لأن الموت من غير أمارات الموت من كبرٍ ومرضٍ ووجود ضعفٍ وغير ذلك نادر، والأغلب أن الشاب الطري يعيش إلى أن يهرم وعلى هذا بنى الله أمر العالَم ولو كان على خلاف ذلك لخربت الدنيا ولم تبق إلى هذا الوقت.

وإن تعلَّقوا بجواز الوجود، فهذا غير معتبر بدليل قضاء الصوم يؤخره إلى الغد ويجوز أن يموت الليلة، وكذلك الصلاة يؤخرها إلى أن يفعلها في آخر الوقت ويجوز أن يموت قبل ذلك، وهذا لأن الأصل موافقة الحياة للآجال والمدد المضروبة وإن كانت على الشهور والسنين الكثيرة وأحكام الشرع مبنية على ذلك.

ولهذا لو أجَّل الأثمان إلى السنين الكثيرة أو كاتب العبيد ونَجّم إلى

(١) بياض في المخطوط، ولعل ما أثبته يصح به المعنى.

سنين يجوز، وكذلك الدية على العاقلة تجب إلى ثلاث سنين ولو اعتبرنا ما قالوا لم يصح شيء من ذلك، كما لو ضرب الأجل إلى زمان لا يعيش إلى مثله قطعًا من مائتي سنة أو ثلاثمائة سنة وأمثال ذلك.

ويقال لهم بطريق الجدل: لو ثبت للفوات لثبت لعدم الإدراك في السنة الثانية وذلك على الشك فلا يثبت الفوات بالشك.

والاعتماد على الأول.

وأمّا التعلق بسُنَّة الرسول ﷺ في الحج فصحيح، وقد كان ﷺ واجدًا لما يحج به، ألا ترى أنه كان يجهز الجيوش ويبعث السرايا وقد فتح الله عليه الفتوح ووسَّع عليه الدنيا.

وقولهم: «إنهم كانوا يحجون على سَنَن الشِرك»[1].

قلنا: إن كان ثم عهد فلا بأس بترك التغيير؛ لأنه وفاء بالعهد، وإن لم يكن فكان ينبغي أن يحج ويغيّر.

وأمّا قولهم: «إنه علم أنه لا يموت حتى يحج»[2].

قلنا: هذا لابد فيه من نقل، ودعوى علم الغيب على الرسول محال، وإنما أخّرنا للبناء على غالب الظن هذا هو الأصل إلى[3] يثبت غيره، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ١٣٩.
(٢) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٤٠.
(٣) كذا في المخطوط، ولعل صحة العبارة: «أن يثبت».

※ (مَسْأَلَةٌ):

مَن عليه فريضة الحج إذا نوى التطوع يقع عن الفرض عندنا[1].

وعندهم: لا يقع[2].

على هذا لا يجوز للصّرورة[3] أن يحج عن غيره[4].

وعندهم: يجوز[5].

❖ **لنا:**

ما رواه الحسين[6] بن ذكوان قال: حدثنا عمرو[7] بن دينار عن عطاء

---

(١) الأم ٢/١٠٩، المهذب ١/٢٦٨، المجموع ٧/٩٣، النكت: ورقة ٩٧/ب، روضة الطالبين ٣/٤٣، معالم السنن ٢/٤٠٣، حلية العلماء ٣/٢٠٨.
وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة، الإنصاف ٣/٤١٦، المغني ٥/٤٢، شرح السُّنَّة للبغوي ٧/٣٢.

(٢) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٤٢، المبسوط ٤/١٥١، رؤوس المسائل ص ٢٤٨.
وهو قول المالكية وروى مثل ذلك عن الإمام أحمد.
الإشراف للبغدادي ١/٢١٧، الإنصاف ٣/٤١٦، المغني ٥/٤٣.

(٣) الصّرورة ـ بالفتح ـ: الذي لم يحج. المصباح المنير، مادة (صّر).

(٤) المهذب ١/٢٦٨، الأم ٢/١٠٩، حلية العلماء ٣/٢٠٨، النكت: ورقة ٩٧/أ، معالم السنن ٢/٤٠٣، المجموع ٧/٩١، وهو الصحيح من المذهب عند الحنابلة، المغني ٥/٤٢، الإنصاف ٣/٤١٦.

(٥) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٤٢، المبسوط ٤/١٥١، رؤوس المسائل ص٢٤٨.
وهو قول المالكية. الإشراف للبغدادي ١/٢١٧.

(٦) في المخطوط: (الحسن)، والتصويب من سنن الدارقطني ٢/٢٦٩، وهو الحسين بن ذكوان المعلم المكتب العوذي البصري، ثقة. ينظر: التقريب ص ٧٣.

(٧) عمرو بن دينار المكي، أبو محمد الأغرم الجمحي مولاهم، ثقة، ثبت من الرابعة،=

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: «سمع رسول الله ﷺ رجلًا يقول: يلبي عن شبرمة فقال له رسول الله: (هل حججت أنت قط؟ قال: لا، قال: هذه عنك وحج عن شبرمة)»[1].

وروى أبو بكر[2] بن عياش عن[3] عطاء، عن ابن عباس قال: «سمع رسول الله ﷺ رجلًا يقول: لبيك عن شبرمة، قال: (حججتَ عن نفسك؟ قال: لا، قال: عن نفسك فلبِّ)»[4].

وفي رواية ثالثة: (أيّها الملبي عن فلان إن كنت لم تحج حجة الإسلام فلبِّ عن نفسك)[5]، والخبر نص.

قالوا: روى خالد بن صبيح عن الحسن بن عمارة، عن عبد الملك[6] ابن ميسرة عن طاووس، عن ابن عباس أن النبي عليه السلام سمع رجلًا يلبي عن نُبيشة، فقال: (أيُّها الملبي عن نُبيشة هل حججتَ عن نفسك؟ قال: لا، قال:

= مات سنة ١٢٦هـ، روى له الجماعة. ينظر: التقريب ص٢٥٩.

(١) روى هذه الرواية الدارقطني في سننه ٢/٢٦٧، ورواها البيهقي في سننه ٤/٣٣٧.

(٢) أبو بكر بن عياش بن سالم الأسدي الكوفي المقرئ الحناط، ثقة عابد إلا أنه لما كبر ساء حفظه وكتابه صحيح، من السابعة، مات سنة ١٩٤هـ، وقد قارب المائة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب، ص ٢٩٦.

(٣) كذا في المخطوط، وفي سنن الدارقطني والبيهقي: «عن ابن عطاء، عن عطاء».

(٤) روى هذه الرواية الدارقطني في سننه ٢/٢٦٩، والبيهقي في سننه ٤/٣٣٧.

(٥) روى هذه الرواية الدارقطني في سننه ٢/٢٦٩.

(٦) عبد الملك بن ميسرة الهلالي أبو زيد العامري الكوفي الزرّاد، ثقة من الرابعة، روى له الجماعة. ينظر: التقريب ص ٢٢٠.
قال ابن سعد في الطبقات: توفي في ولاية خالد بن عبد الله القسري بالكوفة. ينظر: الطبقات: ٦/٣١٩.

فهذه عن نُبيشة وحج عن نفسك)[1].

❁ **الجواب:**

(إنه تفرَّد بهذه الرواية الحسن بن عمارة وهو متروك الحديث والمحفوظ عن ابن عباس حديث شبرمة)[2] الذي ذكرناه.

وقد روى الحسن بن عمارة مثل ما رواه غيره، ذكره الدارقطني في السنن[3]، قال: (وهذا هو الصحيح عن ابن عباس وما قبله وهم: قال: والحسن بن عمارة كان يرويه على ما رووا ثم رجع إلى الصواب فحدّثه على موافقة غيره من الرواة وهو متروك الرواية على كل حال)[4].

والمعنى: أن وقوع الحج المنوي عن فريضة الحج نوع نظر من الشرع للعبد، وقد ورد مثل هذا النظر في الحج بدليل أنه لو أطلق النيّة، فإنه يقع عن الفرض ونية المطلقة ونية النفل واحد؛ لأنه ليس للنفل وصف زائد على مطلق العبادة.

وقولهم: «إنها نفل» معناه ليس بفرض، ولهذا المعنى في جميع العبادات إذا أطلق النية تقع عن النفل، ولكن إذا أطلق نيّة الحج يقع عن الفرض نظرًا من قِبَل الشرع، وكذلك إذا طاف النفل وعليه فريضة الطواف

(١) روى هذه الرواية الدارقطني في سننه ٢/٢٦٩.
والبيهقي في سننه من طريق الدارقطني ٤/٣٣٧.
(٢) ما بين القوسين نقلًا من سنن الدارقطني ٢/٢٦٨.
(٣) ينظر: سنن الدارقطني ٢/٢٦٨، ٢٦٩.
(٤) ما بين القوسين نقلًا من سنن الدارقطني ٢/٢٦٩.

يقع عن الفرض أيضًا، وإنما كان هذا التخصيص من النظر للعبد في أمر الحج؛ لأنه عبادة شاقّة ويحتاج في أدائها إلى كلف شديدة وقطع شُقَّة بعيدة، وتحمل مؤنات كثيرة على ما ورد به نص الكتاب فقال تعالى: [٦٦/ب] ﴿لَّمۡ تَكُونُواْ بَٰلِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ ٱلۡأَنفُسِ﴾[1]، ولا يجوز أن يقال: إن هذا في حق بعض الناس دون البعض؛ لأن هذا موجود في حق أكثر الناس وإنما يوجد العدد اليسير حضورًا لحضرة الكعبة.

فأما عامة الناس فإنهم يدانونه من البُعد ويضربون أكباد الإبل ويقطعون المفاوز البعيدة والبراري الشاسعة حتى يصلوا إلى الحج فاحتاج لهذا المعنى مَنْ عليه الحج إلى نوع نظر من قِبَل الشارع فكان من النظر أن منع مَنْ عليه فريضة الحج أن يقصد النفل منه، وعيّن عليه الفرض ثم اكتفى منه بنية أصل الحج وألغى كل وصف يضمه إليه مما لا يلائم صفة الواجب عليه من وصف نفل أو نيّة عن الغير أو نيّة نذر وما أشبه ذلك فصار الحج في هذه الصورة مثل الإسلام المفروض ولو أسلم عن الغير فإنه يكون إسلامه عن الفرض الذي عليه بكل حال، كذلك ههنا.

۞ **وأمّا حُجَّتهم:**

قالوا: عبادة مقدَّرة بأفعالها فلا يقع بفعلها عن فرضها.

دليله: الصلاة.

والدليل على أنها مقدَّرة بالأفعال أنه إذا سأل عن الحج فإنه يُعلم

(١) سور النحل، من الآية (٧).

بالأفعال فيقال: إحرام ووقوف وطواف وسعي ورمي وحلق، مثل الصلاة تُعرف بالأفعال فيقال: افتتاح، وقيام، وقراءة، وركوع، وسجود، وقعود، وهذا لأن العبادة لما كانت أفعالًا فوجوبها في الذمة وكان الوقت خاليًا عنها إلى أن يأتي بها ثم إذا أتى بها لا يكون الوقت لتقدير العبادة حتى إذا قدر بنوع من العبادة لا يقبل غيره بل كان محلًا وشرطًا للعبادة مثل الوضوء شرط للصلاة، فإن فعل الفرض فيه صحَّ، وإن فعل النفل فيه صح، ومثل الوضوء إن صلى الفرض به يصح وإن صلَّى النفل به يصح وهو مثل وقت الصلاة.

قالوا: وأمّا الصوم فإنه عبادة مقدَّرة بالوقت فإذا قُدِّرت عبادته لم يبق غيرها مقدَّرة به وصار ذلك الوقت مسمى بهذه العبادة على التخصيص فلم يُتصور أن يكون لغيرها مثل ما يوضع شيء في مكان وشغل به لا يتصور أن يكون غيره مشغولًا به، وكذلك مَنْ استأجر رجلًا ليعمل له عملًا في وقت معلوم فعلى أي وجه عمل ذلك العمل يكون عن ذلك العمل المسمى فيه بالعقد.

قالوا: وأما إذا أطلق النية إنما وقع عن الفرض؛ لأنه وُجِدت نِيَّة الفرض بدلالة الحال، وإن لم توجد بالصريح والنص، ودلالة الحال هي أن الإنسان لا يتكلف أداء مثل هذه العبادة عن جهة النفل، وعليه الفرض فهو وإن أطلق النيّة ولم يرده صريحًا فكأنه أراده دلالةً، ومثل هذه الدلالة لا توجد في الصلاة غير أن هذه الدلالة إنما يُصار إليها إذا لم يوجد التصريح بالنفل، فأما إذا صرّح بالنفل سقط حكم الدلالة مثل نقد البلد فإنه يتعين في البياعات بدلالة الحال ثم إذا وُجِد التصريح بغيره سقط دليل الحال.

قالوا: وأمّا إذا طاف عن النفل وعليه طواف الفرض فذلك فعل مستحَق عليه بأصل الإحرام فتغييره بالنيَّة باطل، مثل ما لو نوى بسجود الصلاة سجود النفل فإنه تبطل نيته ويقع عن الفرض.

۞ **الجواب:**

أن أصل كلامهم، مسلَّم، ولكن يدخل عليه الصوم، وليس لهم عذر واضح.

وقولهم: «إنه مقدَّر بالزمان».

قلنا: وإن كان كذلك لكن الواجب عليه فعل يفعله وهو الكف عن قضاء الشهوات على ما عُرِف، وليس بشيء محسوس فوُضِع في مكان حتى لا يتصور أن يكون ذلك المكان مشغولًا بغيره، وكما أن الوجوب في أفعال الحج والصلاة يلاقي الذمة، كذلك الوجوب في فعل الصوم يلاقي الذمة، وكما أن الوقت في الصلاة والحج يكون خاليًا إلى أن يأتي بالأفعال كذلك في الصوم يكون الوقت خاليًا إلى أن يأتي بالفعل الذي هو الصوم، وكما يقبل وقت الحج والصلاة الخلو عن فعل العبادة أصلًا كذلك وقت الصوم يقبل الخلو عن الصوم أصلًا فيبقى على هذا أنه إذا أتى بالفعل لا يكون آتيًا بالفرض ويصير كأنه لم يأت بالصوم أصلًا، وعلى الجملة لا يتضح لهم عذر عن الصوم بحال.

وأمّا عذرهم عما إذا أطلق النيِّة، فليس بشيء، فإنه لو أبهم النيَّة في الإحرام ولم ينو حجًا ولا عُمْرةً فإنه لا يقع عن الحج عندهم، وإن كانوا

يقولون إن العمرة تطوع والحج فرض، ودلالة إن كانت توجد إذا أطلق النية في الحج فيوجد إذا أبهم بأن أحرم ولم ينو حجًا ولا عمرةً فاجعلوا إحرامه عن الحج في هذه الصورة كما جعلتم حجه عن الفرض في تلك الصورة لأجل دلالة الحال.

فأمّا ما قالوه من دلالة الحال موجود في الموضعين، وهذا لا يلزم على أصلنا؛ لأن عندنا العُمرة فرض كالحج سواء، وإن كان قد أدَّى العُمرة فإن إحرامه كيف فعله يقع عن النفل، فإن الاعتبار [٦٧/أ] دليل الحال ساقط من وجه آخر، وذلك أن الإنسان لا يتكلف لفعل هذه العبادة الشاقة ويحمل المؤنات الكثيرة ثم يدع نيّة الفرض فدلالة الحال موجود في ترك الفرض لا في فعل الفرض، فاجعلوا مطلق النيّة بمنزلة نيّة النفل بدليل الحال فإن هذا أقرب إلى الصواب.

وأمّا مسألة نقد البلد، فليس يدخل على هذا؛ لأن الكلام فيما يحتاج إلى النية من العبادات.

فأمّا أمر المعاملات فعلى خلاف أمر العبادات ولا حاجة فيها إلى النيّة أصلًا، والعُرف حكم في المعاملات في كثير من المواضع فجُعِل أيضًا حكمًا في هذا الموضع.

وأمّا مسألة الطواف فلازمة.

وقولهم: «إنه مستحق عليه فعله بعقد الإحرام».

قلنا: نعم، ولكن الوقت واسع فقولوا: إذا طاف بنيّة النفل يقع عن

النفل، ثم إذا طاف بعد ذلك عن الفرض يكون عما عليه من الفرض مثل مَنْ عليه فرض الصلاة إذا فعل فعلًا، ومع ذلك لم يجز ووقع عن الفرض، دلَّ أنه كان للمعنى الذي بيَّناه من النظر الشرعي بالفائت في أمر الحج على الخصوص.

وأمّا قولهم: «لو سجد بنيّة النفل وعليه سجود الفرض يقع عن الفرض».

قلنا: هذا عندكم، أمّا عندنا تبطل صلاته. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

لا يجوز الإحرام بالحج قبل أشهر الحج عندنا، ويكون حرامه لعُمرة[1].

وعندهم: ينعقد الحج[2].

وحرف المسألة: أن[3] عندنا فعل من أفعال الحج[4].

---

(١) المهذب ٢٦٩/١، المجموع ١١٧/٧، النكت: ورقة ٩٨/ب، حلية العلماء ٢١١/٣، ٢١٢.

(٢) الأسرار، كتاب المناسك، ص٥٠، مختصر الطحاوي ص ٦٣، بدائع الصنائع ٣٣٣/١.
وهو قول المالكية، قال البغدادي في إشرافه: «يكره أن يحرم بالحج قبل أشهره فإن فعل لزمه».
ينظر: الإشراف ٢١٩/١، أحكام القرآن لابن العربي ١٠٠/١، الجامع لأحكام القرآن ٣٤٣/٢.

(٣) كذا في المخطوط، ولعل صحة العبارة «أن الإحرام عندنا».

(٤) المجموع ٢٠٥/٧، المنهاج مع المغني ٥١٣/٣، النكت ٩٨/ب.
وهو قول المالكية، والحنابلة. ينظر: الكافي في فقه أهل الكوفة ٣٥٩/١، قوانين الأحكام ص ١٤٨، الإفصاح ٣٦٩/١.

وعندهم: شرط الحج وليس بفعل من أفعاله[1].

وعلى هذا الخلاف، تحريمة الصلاة[2].

لنا:

إن الإحرام فعل من أفعال الحج فلا يجوز في غير وقته.

دليله: سائر أفعاله، وكما لا تجوز أفعال الصلاة في غير وقت الصلاة، والدليل على أنه فعل من أفعال الحج أنه شروع في الحج، والحج فعل عبادة، والشروع في فعل عبادة لا يكون إلّا بفعل العبادة، وإن شئت قلت: الإحرام شروع في أداء العبادة والشروع في أداء العبادة لا يكون إلّا بأداء العبادة.

والوجيز من الكلام هو أن الشروع في الأداء أداء، وهذا دليل في نهاية القوة، وهو على مثال الدلائل القطعية.

يبيّنه: أنه يقال له قبل الإحرام حج، ويقال له بعد الإحرام أتم الحج، ولو قيل له بعد الإحرام حج يكون القائل هاذيًا لاغيًا، وقبل الإحرام يكون في قوله مستقيمًا محقًا، ولأنَّا اجتمعنا على أن النيّة شرط عند الإحرام، وكذلك في الصلاة عند التحريمة، والنيّة إنما تُشترط لصحة الأداء، ولو لم تكن التحريمة من الصلاة والإحرام في الحج من الأداء لما شُرِط إحضار نيّة الأداء

---

(١) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٠، مختصر الطحاوي ص ٦٣، بدائع الصنائع ١/٣٣٢، ٣/١١٧٢، بداية المبتدئ مع فتح القدير ٢/٤٣٧، مختلف الرواية: ورقة ٦٣/ب، الدر المختار ٢/٤٦٧.

(٢) فعند الحنفية شرط وليست بركن، بدائع الصنائع ١/٣٣٢.
وعند الشافعية وبقية العلماء هي ركن من أركان الصلاة. ينظر: المهذب ١/١١٦.

عند التحريمة والإحرام فثبت بهذه الدلائل أن الإحرام فعل من أفعال الحج.

وإذا عُرِف هذا فنقول:

وقت الحج هو الأشهر المعلومة، وذلك شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة.

والدليل عليه: الوحي الناطق، والحكم الصادق.

أمّا الوحي فقوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾[1]، ومعناه وقت الحج أشهر معلومات، لأن نفس الحج أفعال وليس بأشهر، غير أن العبادة تذكر ويُراد بها وقتها، يقال: شك صلاة الظهر، أي: وقت صلاة الظهر، وقال النبي ﷺ: (إن للصلاة أولًا وآخرًا)[2] معناه لوقت الصلاة أولًا وآخرًا بدليل أنه فسّره بالوقت فقال: إن أول وقت الظهر كذا وآخر وقته كذا.

يدل عليه: أنه تعالى قال: ﴿فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ ٱلْحَجَّ﴾[3]، ومعناه فعل فيهن الحج، يعني في هذه الأشهر.

وقد أجمع المفسرون أنها شوَّال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة[4].

وأمّا الحكم فعلى أصلنا ظاهر، وإنما الحاجة في بيان ذلك على أصلهم

---

(١) سورة البقرة، من الآية (١٩٧).

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، أما معناه فقد جاء في الأحاديث الواردة في تحديد أوقات الصلوات.

(٣) سورة البقرة، من الآية (١٩٧).

(٤) ذكر ذلك الفخر الرازي في كتابه «مفاتيح الغيب» فقال: «اتفق المفسرون على أن تلك الثلاثة: هي شوَّال، وذي القعدة، وبعض من ذي الحجة». ينظر: مفاتيح الغيب ٥/١٧٤.




فالدليل (أنهم قالوا: فيمن أحرم لعُمرة في رمضان وقضاها ثم حج من عامه لا يكون متمتعًا، ولو أحرم بالعُمرة في شوَّال وقضاها ثم حج من عامه يكون متمتعًا، وكذلك على أصلهم لو أحرم بالعُمرة في رمضان وأتى بأفعالها في شوّال، وإنما افترقت الصورتان، لأن المتمتع هو الذي يجمع بين النسكين في وقت الحاجة، ولو كان رمضان وقتًا لكان متمتعًا في الحالين.

وكذلك قالوا: لو أحرم بالحج في رمضان وسعى فيه كان عليه أن يعيد السعي إذا طاف يوم النحر، ولو كان طاف في شوَّال والمسألة بحالها لم يعد السعي، لأن السعي من أفعال الحج فلا يجوز أداؤه قبل الوقت)[1]، وفي المسألة الأولى أتى به خارج الوقت، وفي المسألة الثانية أتى به في الوقت.

وقالوا: أيضًا (لو وجد الزاد والراحلة في رمضان وحضره الموت لا يلزمه أن يوصى بالحج، ولو وجد في شوَّال وحضره يلزمه أن يوصي به)[2]، والفرق ما بيّنا.

فثبت أن وقت الحج مقصور على هذه الأشهر، وثبت بما قدمنا أن الإحرام فعل من أفعال الحج فلم يجز قبل وقته.

۞ **وأمّا حُجَّتهم:**

قالوا: الإحرام شرط لأفعال الحج[3] وليس [٦٧/ب] بفعل من أفعاله

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٤.
وينظر: الجامع الصغير، ص ١٦٢.
(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٢.
(٣) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٠.

ولا هو ركن من أركانه، ومحله محل الطهارة في الصلاة ووقت فعل العبادات لا يشترط لشرط العبادة، ألا ترى أنه يجوز الوضوء قبل دخول الوقت ولم يعتبر لصحته وجود وقت الصلاة، ثم الدليل على أنه شرط وليس بركن أنه معنى يستوعبه كل أفعال العبادة مثل الطهارة في الصلاة، وهذا هو حدّ الشرط وهو ما يراعي قيامه لفعل العبادة كلها إلى أن تنتهي إلى آخرها[1] كالطهارة وستر العورة والمكان والوقت في باب الحج والجمعة. وأمّا حدّ الركن ما تؤدي به العبادة ويكون انقضاؤه بشروع في ركن مثله كالقيام يكون انقضاؤه شروعه في الركوع، والركوع ينقضي بالسجود، وهذا لأن العبادة التي تشتمل على أفعال مختلفة تكون أفعالها على التوالي والترادف[2] يفرغ من فعل ويشرع في فعل بدليل أفعال الصلاة، وكذلك سائر أفعال الحج، فلو كان الإحرام فعلًا من أفعال الحج لكان سبيله هذا ولم تعتبر استدامته ليؤدي كل الأفعال ثم يتحلل منه.

قالوا: ولأن أفعال الحج تنفصل عن الإحرام بدليل أنه يُحْرِم في أول هذه الأشهر، ثم إنه يأتي بالأفعال في الأيام المخصوصة ولو كان الإحرام فعلًا من أفعال الحج لم يجز أن ينفصل عنها كسائر أفعاله، وان من حقها أن توجد على الترادف والتوالي مثل أفعال الصلاة، ولأن الحج زيارة أمكنة معلومة وحضور مشاهد مخصصة تعظيمًا لها وقضاءً لحقها لامتثال أمر الواضع لتلك الحرمات والمثبت لتلك الحقوق، والتلبية ليس من هذا في شيء، وإنما هي ذكر باللسان وليس عبادة الحج عبادة الأذكار إنما هي عبادة الأفعال على

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥١.

(٢) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٢.

ذلك المنهج المخصوص.

قالوا: ولهذا يختص كل فعل من أفعال الحج بمكان مخصوص، وكذلك بزمان مخصوص، بخلاف الإحرام فإنه لا يختص بزمان على التعيين ولا بمكان، فثبت بهذه الدلائل أنه شرط وليس بركن فأشبه الطهارة على ما ذكرنا.

قالوا: (وليس كالخطبة في الجمعة حيث يُعتبر لها وقت الجمعة وإن كانت شرطًا، لأن وقت الجمعة إنما اعتبر لها؛ لأنها أقيمت مقام الركعتين)(١) في الشرع على ما وَرَدَ عن الصحابة رضوان الله عليهم، فإذا أقيمت مقام الركعتين لم يكن بُدٌّ من اعتبار وقت الصلاة لها.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه لو كان شرطًا لما لزمه المضي في العبادة بمباشرة الشرط، كما لا يلزمه المضي في الصلاة بمباشرة الطهارة؛ لأن عندنا وإن كان الإحرام شرطًا لكنه مع ذلك عقد على الأداء وهو نظير عقد الإجارة على أصلنا فمن حيث إنه عقد على الأداء يلزمه المضي في الحج بخلاف الطهارة.

قالوا: ولهذا يكره الإحرام بالحج قبل أشهر الحج، لأنه عقد على الأداء.

وبعضهم قال: إنما كُرِهَ لخوف أن يقع في محظورات الحج لامتداد الوقت فيكون التقديم سببًا للوقوع في الجناية فيُكره لهذا المعنى.

والجملة أنهم يقولون: الإحرام شرط لأداء العبادة وعقد على أداء العبادة وإلى أيّهما نظرنا لا يكون ركنًا من أركان العبادة فلم يعتبر وقت

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٧.

العبادة في فعله.

قالوا: وأمّا تحريمة الصلاة إنما اعتبر لها وقت الصلاة، وإن لم تكن من الصلاة عندنا، لأنها لا تصح إلّا متصلة بالأداء وهو القيام فينظر لها ما يُشترط في الصلاة لأجل القيام بخلاف الإحرام، فإنه يوجد منفصلًا عن أفعال الحج فلا يُشترط له ما يشترط لأفعال الحج.

وقد قال أبو زيد في الأسرار[1]: «إن الإحرام التزام الحج فأشبه النذر، واستدل في أنه التزام للحج بالوجوه التي بيّناها.

وقال أيضًا: إنه من وجه يشبه النذر؛ لأنه التزام غير متصل بالأداء في الحال، ومن وجهٍ يشبه تحريمة الصلاة؛ لأنه التزام يفضي إلى الأداء بنفسه من غير حاجة إلى عقد الأداء وعلى هذين الشبهين قسم الأحكام.

قالوا: ولأجل الشبه بالتحريمة كرهنا الإحرام في غير أشهر الحج.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: بأن الإحرام يتصل به الكف عن المحظورات وهو فعل من أفعال الحج، وذلك لأن الكف عن المحظورات ليس من أفعال الحج ولا هو أداء له بوجهٍ ما.

ألا ترى أنه وإن طال الكف شهرا أو شهرين لا يتأدى به شيء من الحج، ويكون الحج بعد ذلك في الكمال مثل ما لو أحرم وأتى بالأفعال عقيبه، ولا يقال إذا مضى أوقات في الكف أنه فعل ببعض الحج بخلاف ما لو أتى ببعض الأفعال، وهذا لأن الحج أفعال على ما ذكرنا أنه عبارة عن

---

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٨.

زيارة أمكنة على سبيل التعظيم لله تعالى، وليس بعبارة عن الكف وليس من شرط الأداء أن يكون كافًّا عما حظره عليه إحرامه كالصلاة عبارة عن الأفعال ولكن من شرط الأداء أن يكون كافًا عما لا يليق بالصلاة من كلام الناس وغيره.

وأمّا الصوم ففعله نفس الكف بدليل أنه إذا مضى بعض اليوم يقال فعل بعض الصوم.

قالوا: [٦٨/أ] ولا يجوز أن يقال إن الإحرام لو كان التزامًا للحج لكان يصح لسنة أخرى كالنذر، لأنَّا قد ذكرنا أنه التزام كالنذر وعقد على الأداء كتحريمة الصلاة فمن حيث إنه التزام منفصل عن الأداء صح قبل الوجوب، ومن حيث إنه عقد على الأداء يتناول يصلح له كعقد الإجازة يتناول أول وقت يصلح له وأشبه نيّة الصوم فإنه إذا نوى بالليل أن يصوم يتناول أول اليوم الذي يليه ولا يتأدى بها صوم يوم آخر، وإن صحَّت النيّة في غير وقت الأداء فلم يتناول نيّة اليوم الذي يليها، كذلك الإحرام يتناول الوقت الذي يليه، ولم يجز أن يستديم الإحرام ليؤدي الحج في سنة أخرى.

الجواب:

إنّا قد دللّنا على أن الإحرام أحد أفعال الحج ودعواه أنه شرط بعيد جدًا بدليل ما قدَّمنا، وبدليل وجوب مباشرة أفعال الحج وتحريم تأخرها عن هذه السنة مباشرة شرط العبادة لا يوجب فعل العبادة بدليل الطهارة وستر العورة وهذا الدليل أيضًا وارد على قولهم: «إنه التزام»؛ لأنه لو كان كذلك لصار كالنذر ولو كان كالنذر وجب أن يحتاج إلى ابتداء المباشرة ثم يكون

ذلك إلى اختياره.

وقولهم: «إنه عقد على الأداء».

يقال لهم: على الأداء من حيث الشروع أو من حيث الالتزام؟ فإن قلتم: من حيث الشروع، جاء ما قلنا على ما سبق تقريره، وإن قلتم: من حيث الالتزام، فوجب أن يكون بمنزلة النذر ويكون حكمه على ما قدّمنا.

وقولهم: «إنه يشبه هذا من وجهٍ وهذا من وجهٍ».

قلنا: الشروع في مثل هذا الكلام علامة عجز المدَّعى عن تمشية ما ادعاه، ويقال: إذا كان التزامًا لا يكون شبه بالشروع وإذا كان شروعًا لا يكون له شبه بالالتزام، وأيضًا إذا كان الالتزام المحض يجوز قبل دخول الوقت والشروع المحض لا يجوز قبل دخول الوقت، فما يشبه الالتزام ويشبه الشروع لم يجز[1] قبل دخول الوقت وما يجوز من وجه ولا يجوز من وجه لِمَ قلتم إنه يجوز؟.

وأمّا الذي اعتمدوا عليه من قولهم: «إنه معنى يستوعب جميع العبادة».

فوجه الجواب عنه:

إن الإحرام ركن من أركان الحج وفعل من أفعاله، وهو أيضًا شرط لسائر أفعال الحج حتى إنه ما لم يكن قائمًا لا تجوز سائر الأفعال وإنما قلنا ذلك بحسب قيام الدليل، فإن الدليل قد قام أنه فعل من أفعاله على ما قدَّمنا، وقام الدليل أن وجوده شرط لصحة سائر الأفعال فقلنا بهما جميعًا، ولا

(١) في المخطوط: «يجوز»، والتصويب من المحقق.

يستنكر أن يكون الشيء الواحد فعلًا في عبادة من العبادات ثم يكون وجوده شرطًا لصحة سائر الأفعال، وقد وَرَدَ مثل هذا فإن الإسلام معنى واجب في نفسه وهو أصل كل أركان الدين ثم هو شرط لصحة سائر أفعال العبادات.

وأمّا تعلقهم بانفصال الأفعال عن الإحرام.

قلنا: وقد ينفصل وقد لا ينفصل بدليل أنه لو أحرم وطاف وسعى عقيبه فإنه يعتد بهذا السعي عن السعي الواجب في الحج، وكذلك طواف القدوم مشروع فعلًا من أفعال الحج، وقد أتى به عقيب الإحرام فدل على أن الانفصال الذي قالوه ليس بشيء لازم، بل يجوز أن يوجد ويجوز أن لا يوجد، وعلى أن مبنى أفعال الحج على الانفصال مكانًا وزمانًا، ألا ترى أن بعضها يُفعل في مكان من الحِلّ وبعضها يُفعل في مكان من الحرم وبعضها يُفعل بقرب البيت وبعضها يُفعل بالبُعد من البيت فلما كان وضع هذه الأفعال على الانفصال فيجوز أن تقرب مرة مدة الانفصال وتبعد مرة مدة الانفصال، وأما الصلاة موضع أفعالها على الاتصال.

وأمّا قولهم: «إن الحج عبارة عن زيارة بقاع مخصوصة وحضور مشاهد معلومة».

قلنا: مع هذا كله يجوز أن يكون الذِكر فعلًا من أفعال الحج، ألا ترى أن ذِكر الله تعالى من التلبية والتكبير مشروع في أثناء الحج على وجه السُّنَّة وذلك فعل من أفعال الحج، فكذلك يجوز أن يكون مشروعًا في الابتداء ويكون فعلًا من أفعال الحج فهذا وجه الجواب عما تعلَّقوا به، والله أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَة):

وعلى هذا الأصل الذي قدَّمناه نقول:

إذا أحرم بحجتين لم تنعقدا وينعقد أحدهما[1]، وكذلك إذا أحرم بعُمرتين[2].

ومذهب محمد مثل مذهبنا[3].

وعند أبي حنيفة رضي الله عنه وأبي يوسف ينعقدان جميعًا[4]، ثم ترتفض أحدهما في الحال على قول أبي يوسف[5].

وعند أبي حنيفة ترتفض إذا شرع في العمل لأحدهما[6].

---

(١) المهذب ١/٢٧٥، الأم ٢/١١٦، النكت: ورقة ١٠٢/ب، المجموع ٧/١١٧، ١١٨.
وهو قول مالك وأحمد. ينظر: الإشراف للبغدادي ١/٢٣٦، المنتقى للباجي ٢/٢١٣، الإنصاف ٣/٤٥٠، المغني ٥/١٠٠.

(٢) المجموع ٧/١١٨.

(٣) بدائع الصنائع ٣/١١٩٤، الأسرار، كتاب المناسك، ص ٦١، مختلف الرواية، ورقة ٦٠/أ.

(٤) بدائع الصنائع ٣/١١٩٥، مختلف الرواية: ورقة ٦٠/ب.

(٥) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٦٥، مختلف الرواية: ورقة ٦٠/ب.
قال في البدائع: «وعن أبي حنيفة روايتان: في الرواية المشهور عنه: «يرتفض إذا قصد مكة»، وفي رواية: «لا ترتفض حتى يبتدئ بالطواف» ا. هـ.
وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الجزاء إذا قتل صيدًا:
فعند أبي حنيفة ومحمد يجب جزاءان لانعقاد الإحرام بهما.
وعند أبي يوسف يجب جزاءٌ واحدٌ لانعقاد الإحرام بأحدهما.
انتهى من بدائع الصنائع ٣/١١٩٥.

(٦) ينظر: المراجع السابقة.

والدليل على أنهما لا ينعقدان أن الإحرام ركن من أركان الحج فلم يُتصوّر الجمع بين ركنين من الحج كما لا يجوز الجمع بين وقوفين وطوافين، وكذلك لا يصح الجمع بين حجتين في سنة واحدة أداءً أو قضاءً.

وأما أبو حنيفة [٦٨/ب] رحمة الله عليه وأبو يوسف قالا: الإحرام التزام للحج فيصح الجمع فيه بين حجتين.

دليله: النذر.

يبيّنه: أن فساد الجمع بين الحجتين إنما هو لأجل الأداء فإن الله تعالى ما شرع أداء حجتين في سنة واحدة من واحد بحال، كما لم يشرع أداء صومين في يوم واحد بحال فإذا كان الفساد للأداء والأداء ينفصل عن الإحرام لم يفسد الإحرام لتعذر الأداء، كما لو أحرم ليلة عرفة بالكوفة أو بأقصى خراسان فإنه عاجز عن أداء الحج في هذه الصورة ومع ذلك ينعقد إلا أن العجز في هذه الصورة من حيث عجز العبد عن إدراك الحج وفعله، والعجز في مسألتنا من حيث إن الشرع لم يجعل له أن يجمع أداءين في وقت واحد فإذا كان العجز في أحد الموضعين لا يمنع الانعقاد كذلك في الموضع الآخر.

قالوا: وليس كما لو جمع(١) بين أختين حيث لا ينعقد واحد من النكاحين، لأن مسألتنا مخالف لهذه المسائل بدليل أن في مسألة النكاح لا ينعقد واحد من النكاحين، وفي مسألتنا انعقد إحدى الجهتين بلا خلاف فوجب أن ينعقد الآخر، لأنه لو بطل الانعقاد كان يبطل فيهما.

---

(١) في المخطوط: (أجمع)، والتصويب من المحقق.

ثم قالوا: النكاح إيجاب مِلْك محلل وما له حكم غير ذلك، وهذا الحكم فائت إذا جمع بين الأختين، لأن الجمع فائت شرعًا لا يثبت بحال مثل ما يفوت في الخمس من الأجنبيات، والعقد لا ينعقد إلّا لحكمه فلا ينعقد إذا تحققنا فوات حكمه.

وأمّا الإحرام فينعقد في الحال لأجل الالتزام وفي المال للأداء، فالأداء إن لم يتصوّر جمعًا، فالالتزام يُتصور ثم الخروج عن حكم الالتزام، بفعل أحدهما وقضاء الآخر.

وأمّا الارتفاض في أحدهما فعند أبي يوسف في الحال[1]، لأنه لو بقي لبقي الأداء والأداء جمعًا فلابد أن يرتفض أحدهما فارتفض في الحال.

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه لا بد للارتفاض من رافض فجعل الشروع في أحدهما[2] ثم حصول التوجه إلى أحدهما فصار الآخر مثل ما جعل الظهر مرفوضًا بالتوجه إلى الجمعة.

الجواب:

إن هذه كلها بناء على أن الإحرام التزام الحج، وقد بيَّنا أنه حج في نفسه والجمع غير مشروع في الحج فَبَطَلَ، وليس كما لو أحرم بأقصى خراسان ليلة عرفة، لأنه أحرم لمشروع إلا أنه عجز عنه فصار بمنزلة فائت الحج، وأما ههنا أحرم بما ليس بمشروع.

---

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٦٥، بدائع الصنائع ١١٩٥/٣.

(٢) ينظر: المرجعَين السابقَين.

وأمّا انعقاد إحرامه بإحدى الحجتين فلأنه لا مانع منه، أما إذا جمع بين أختين فقد تعلق به منازعة الأذى في حقه، وليس إثبات الحق لأحدهما بأولى من الآخر فبطلا، وهذا لا يوجد في مسألتنا.

وأمّا إذا أحرم بصلاتين أو نوى صومين ففي النفلين أو النفل والفرض ينعقد أحدهما نفلًا، وفي الفرض لم ينعقد لعدم التعيين، ونيّة التعين شرط في صحة الفرض. والله أعلم.



※ (مَسْألَة):

يجوز الاستئجار على الحج عندنا[(١)].

وعندهم: لا يجوز[(٢)].

وعلى هذا الخلاف الاستئجار على تعليم القرآن، والاستئجار على الأذان على أحد الوجهين[(٣)].

والجملة أن عندهم لا يجوز الاستئجار على شيء من الطاعات[(٤)].

---

(١) النكت: ورقة ٩٧/ب، وقال فيه: «مسألة: يجوز الاستئجار على نفل الحج».
روضة الطالبين ٣/١٨، المجموع ٧/٩٤، ١١٣، شرح صحيح مسلم للنووي ٤/١٨٨.
وهو قول مالك وأحمد في رواية.
ينظر: الإشراف للبغدادي ١/٢١٧، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٤٠٨، ٤٠٩، المغني ٥/٢٣.

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢٦٠٢.
وهو رواية عن الإمام أحمد، المغني ٥/٢٣.

(٣) النكت: ورقة ١٦٨/ب، المهذب ١/٨٧، ٥٢٢، وهو قول الحنابلة. ينظر: الإفصاح ٢/٤١.

(٤) بدائع الصنائع ٥/٢٥٩١، ٦/٢٦٠٢، ٢٦٠٣.

وعندنا: يجوز على كل عمل معلوم يمكن تسليمه وإيفاؤه غير مفترض على الأجير فعله.

❉ **لنا:**

أنه استأجر على عمل معلوم يمكن تسليمه وإيفاؤه غير مفترض على الأجير فعله فجاز.

دليله: إذا استأجر على نصب قنطرة أو بناء مسجد أو بناء رباط وغير ذلك من أفعال الخير.

وقولنا: «معلوم» ظاهر، لأن أفعال الحج معلومة في نفسها متعين زمانها ومكانها.

وقولنا: «إنه يمكن إيفاؤه وتسليمه» يعني أنه متصوّر تلبيته ووقوفه وطوافه عن الغير، وإذا فعلها صارت كالمسلَّمة إليه شرعًا، ولهذا سقط الفرض عنه ـ أعني الآمر ـ وكذلك إذا استأجره على تعليم سورة بعينها فإيفاء ذلك السورة بتعليمها مثل ما لو استأجره على تعليم الخط والحساب أو كتاب معلوم من اللغة وعلوم العربية وغيرها.

وقولنا: «غير مفترض على الأجير» حتى إنه لو افترض في موضع فعله لم يجز الاستئجار عليه.

وندل على جواز النيابة في الحج فنقول: أجمعنا على أنه لو قال المعضوب لغيره: «حج عني»؛ فإنه يصح هذا الأمر والمأمور ينوي الحج

عنه أو يقول: لبيك عن فلان؛ ويظهر عمله في حقه حتى سقط الحج المفروض عن ذمة الآمر، وكذلك إذا أوصى بالحج عنه فإنه إذا مات جاز الحج المأمور عنه.

وقال أبو حنيفة ﵀: «لو مات رجل فحج عنه ابنه يجزيه إن شاء الله تعالى»، وإنما أدخل الاستثناء لأنه صوّر المسألة فيما إذا حج عنه بغير أمره، فأما إذا أمره أن يحج عنه فإنه يجوز عنه قطعًا.

فثبت أن النيابة جائزة في الحج فنقول: عمل تجري فيه النيابة فيجوز الاستئجار عليه بالمال.

دليله: سائر الأعمال.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: عبادة بدنية فلا يجوز [٦٩/أ] الاستئجار عليها.

دليله: الصوم والصلاة، وإنما قلنا إنها عبادة بدنية من الوقوف والطواف والسعي والرمي وغير ذلك.

قالوا: والفقه في ذلك: أن العبادات أُوجبت على وجه الابتلاء للعباد، والابتلاء لا يوجد في العبادات البدنية إلا بإتعاب البدن؛ لأنه يظهر عند إتعاب البدن طواعية العبد لربه وانقياده لحكمه أو كراهية لذلك ونفوره عنه، فيُعرف الصادق من الكاذب والمطيع من العاصي والمخلص من المنافق، ويتحقق الابتلاء والاختبار الذي أُوجبت العبادات بوصفه.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول:




لا يوجد معنى الابتلاء إلّا فيما يفعله العبد بنفسه، ويتحمل تعبه بذاته وجسمه، فأمّا عند أمره غيره بفعله واستنابته في ذلك من تسبيبه فلا يتحقق معنى الابتلاء فيه بحال، وهذا لأن الابتلاء في التعب، ولا تعب في الأمر إنما التعب في الفعل.

قالوا: ولهذا لم تجز النيابة في الصلاة والصوم، وكذلك لم تجز النيابة في الحج عند القدرة على فعله، وأما الزكاة وسائر واجبات المال فالابتلاء فيها بتنقيص المال، وذلك يوجد سواء فعله بنفسه أو فعله نائبه، ولهذا دخلتها النيابة مع قدرته على فعلها بنفسه.

وإذا ثبت هذا الأصل أن النيابة غير داخلة في هذه العبادات فالاستئجار عليها باطل.

قالوا: وأمّا إذا أمر غيره أن يحج عنه فإنما جاز ذلك عند العجز أو جاز بعد موته على معنى أن فرض الحج لازم عليه بدنًا، وقد عجز عن نفسه فالشرع نقَلَ الفرض الذي كان على بدنه إلى المال الذي يبذله له في الحج فيكون له ثواب النفقة على الحج وسقط به الحج عنه، لأنه فعل ما كان عليه بقدر الإمكان، أو لأنه لما انتقل الواجب من البدن إلى المال فلا بد من سقوطه عنه.

ونظيره الشيخ الهِمّ[1] إذا تصدق بدل الصوم فإنه يسقط الفرض عنه لانتقال الواجب إليه.

وقال أبو زيد في «الأمالي» محتجًا في هذه المسألة:

---

(١) الشيخ الفاني. ينظر: المصباح المنير، مادة (هـ م م).

إن الحاج عن الغير لا يكون حاجًا عنه إلّا بعد ما يقع الحج عن الحاج وإذا وقع الحج عنه لم يستحق الأجر على غيره.

دليله: الأذان.

والدليل على أنه يقع حجه عن نفسه أنه لا يصح حجه ما لم يكن من أهل الحج عن نفسه حتى إذا كان كافرًا لا يصح، لأنه ليس من أهل الحج عن نفسه، ولو كان الفعل يقع عن الآمر لم يشترط لصحته كون الفاعل من أهله لنفسه.

ألا ترى أن بناء القناطر والرباطات والمساجد لما صح للعامل فيها أن يكون أجيرًا ووقع عمله عن الآمر جاز أن يكون الأجير فيه كافرًا، وهذا لأن العبد متعين لفعل العبادة حقًا لله تعالى، إما فرضًا أو نفلًا، فلا يتصور مع كونه فاعلًا فعل العبادة أن يكون فاعلًا عن غيره بخلاف بناء الرباط والمساجد؛ لأن فعلها في ذاته ليس بعبادة عن الفاعل، بدليل أنه يجوز منه وإن لم يكن من أهل العبادة مثل أن يكون الأجير كافرًا.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن النيابة صحيحة».

فالقياس أن لا يصح؛ لأنه عبادة بدنية على ما ذكرنا، ولكن الشارع جوّز ذلك لما فيه من المال، لأن الحج لا يتأدّى إلّا بنفقة فأخذ شبهة الزكاة من هذا الوجه حتى إذا استعان برجل ليحج عنه ولم يعطه النفقة لا يجوز، وكذلك إذا أمر أن يحج عنه فأنفق المأمور عامة النفقة من جهة نفسه لا يجوز.

فثبت أن جواز النيابة لشبهه بالزكاة من حيث النفقة، فأما من حيث

إنه عبادة بدنية فلا ينبغي أن تجوز فيه النيابة فجوّز الشرع فيه النيابة في حال اليأس عن فعله بنفسه لشبهه بالزكاة ولم يجز في غير حال اليأس لشبهه بالصلاة وإذا جازت النيابة فيه من ذلك الوجه لم يكن بد من نيته عنه، وتلبيته باسمه وصح أمره إياه بأن يحج عنه، وسقط الفرض عن الآمر لا عن المأمور.

وأمّا الأجر على أصلكم إنما وجب للأجير من حيث إنه فعل الحج بدنًا وأقام فعله ببدنه مقام فعله بنفسه، ومن هذا الوجه لا ينبغي أن تجوز فيه النيابة، لأنه عبادة بدنية فلم يجز الاستئجار عليه ولم يجب له الأجر، هذا نهاية ما يمكن.

❁ **الجواب:**

أمّا قولهم: «إنه عبادة بدنية».

قلنا: يمكن أن يقال: ليس بعبادة بدنية محضة، وقد سلّم هذا في الطريقة الثانية حيث قال: «إنه يشبه الزكاة من وجه، وعلى أنّا وإن سلمنا أنه عبادة بدنية لكنه عبادة بدنية تجري فيها النيابة، وفيه الإجماع»(١) ولا يمكن منعه بحال.

والحرف أن أداء العبادة بدنًا قد وُجِدَ إلا أنه قد قام فعل الأجير بدنًا مقام فعل المستأجر بعقد مشروع وهو عقد الإجارة فصار كأنه الفاعل بنفسه.

وأمّا قولهم: «إن وصف الابتلاء لا يوجد إلّا لفعله بنفسه».

---

(١) ينظر: المغني ٥/٤٢.

قلنا: هذا لا يغني بعد [٦٩/ب] أن تلجئهم الضرورة إلى تسليم جواز النيابة فيه، وعلى أن معنى الابتلاء موجود وإن أدّى بفعل الأجير، لأنه لابد من لأمر بفعله ولابد من بذل المال لفعله فيوجد الابتلاء، ألا ترى أن الابتلاء موجود في العبادات المالية، كذلك ههنا يوجد الابتلاء ببذل المال غير أنه كان الابتلاء بفعله بدنًا والتوصل إليه مالًا، وههنا الابتلاء كله انتقل إلى المال.

وأمّا الذي قالوه: «إن النيابة غير جارية أصلًا لكن سقط الفرض عن الآمر ببذل النفقة»، فكلام في غاية الرذالة والنذالة[1] ولا يُتصور فرض الحج إلّا بفعل الحج.

فإن قالوا: إنه إذا انتقل الفرض من البدن إلى بذلك المال فينبغي أن يؤمر بصدقته على الفقراء ويكون وجوبه باسم الفدية على الحج مثل الشيخ الهمّ تجب عليه الفدية عن الصوم، فأما أن يقال إن الحج بقي وجوبه عليه حتى يجب عليه أن يأمر نائبه بالحج عنه ويجب على النائب أن ينوي عنه الحج ويسميه في تلبيته ثم الحج يكون عن الحاج ويكون للآمر ثواب النفقة ويسقط الحج عن ذمته بثواب النفقة، فهذا كلام غير مفهوم، ولا يستجيز اعتقاده والقول به فقيه، وإن صار واجب الحج واجب بذل المال فبأيّ وجهٍ تعيّن بذل المال في جهة الحج بل ينبغي أن يجب صرفه إلى مصارف الصدقات، ثم كيف يتعيّن بذله في حج يفعله النائب عن نفسه، ويكون واجبًا عليه أن ينويه عنه، ويسميه في تلبيته، ولو نواه عن نفسه كان مخالفًا ويلزمه ردّ ما أخذه عليه، فهذه كلها تخبطات عظيمة وحكايتها كافية عن الكلام عليها.

(١) هذا من المؤلف فيه حدة وشدة على المخالف وماكان للمؤلف رحمة الله أن ينزل الى مثل هذه الألفاظ.

وأمّا طريقتهم الثانية، وقولهم: «إن الحج وقع عن الحاج».

فقد قال بعضهم: وقع عن الحاج نفسه من وجه وإنما يجوز عقد الإجارة إذا وقع عن المستأجر من كل وجه.

فنقول: لم يقع عن الحاج بوجهٍ ما وهو واقع عن الآمر من كل وجه.

وأمّا قولهم: «إنه يشترط أن يكون من أهل الحج لنفسه».

قلنا: إنما اعتبر ليكون من أهل الحج وإنما يجوز الاستئجار على الحج لمن يكون من أهل الحج، وهذا بمنزلة كل فعل يُستأجر الإنسان عليه، إنما يجوز إذا كان الأجير من أهل ذلك الفعل إلا أن الحج فعل شرعي فيعتبر أن يكون من أهل فعله شرعًا، وهو بمنزلة ما يستأجره على فعل حسّي يعتبر أن يكون من أهل فعله حسًّا.

ونظير هذا إذا استأجر المسلم مجوسيًا لذبح شاة لا يجوز وإن كان الذبح محسوسًا يوجد منه مثل ما يوجد من المسلم، ولكن قيل إن الذبح المحلل فعل شرعي فيعتبر في الأجير أن يكون من أهل فعله شرعًا، فإذا لم يكن، لم يصح الاستئجار عليه، ولم ينظر إلى تصوّره محسوسًا منه، كذلك ههنا، وهذه الطريقة كان بناؤها على هذا الأصل وإذا حصل الجواب بطل الباقي منها.

وقولهم: «إنه يصح النيابة من حيث وجود المال فيها لا من حيث أصل الفعل».

قلنا: هذا إنكار المحسوس؛ لأن النائب إنما فعل ما فعله بدنًا لا مالًا،

والنيّةُ وُجِدت منه في الحج بدنًا، والآمر قال له: «حج عني»، وقوله: «حج عني» ينصرف إلى الأفعال البدنية.

وقول مَنْ قال: إن النيابة جازت من حيث المال لا من حيث البدن لغو باطل.

يبيّنه: إن النيابة جوازها من حيث الأمر، والأمر يتناول الواجب عليه، وإذا كان الواجب هو الفعل فيكون الأمر بالفعل، وإذا كان الأمر بالفعل تكون النيابة جارية في الحج من حيث الفعل.

وأمّا المال سبب يتوصل به إلى الحج، وأمّا الوجوب لا يتناوله ولا الأمر يتناوله فسقط ما قالوه. والله أعلم.



※ (**مَسْألَة**):

العُمرة(١) واجبة عندنا(٢).

وعندهم: تطوع(٣).

---

(١) العمرة: الزيارة وقيل القصد. ينظر تحرير ألفاظ التنبيه صـ١٢٣

(٢) وهو القول الصحيح عند الأصحاب والمنصوص في الجديد، المجموع ٧/٩.
وقال في الأم: «والذي أشبه بظاهر القرآن وأولى بأهل العلم عندي وأسأل الله التوفيق أن تكون العمرة واجبة» ا. هـ. الأم ٢/١١٣، روضة الطالبين ٣/١٧.
وهو إحدى الروايتين عن أحمد وروى ذلك عن عمر، وابن عباس، وزيد بن ثابت، وابن عمر وغيرهم، وبه قال الثوري وإسحاق.
المغني ٥/١٣، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٤١٦.

(٣) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٥٤، مختصر الطحاوي ص ٥٩، بدائع الصنائع ٣/١٣٢٠، =

❖ لنا:

ما رواه ابن[1] فضيل عن حبيب[2] بن أبي عمرة، عن عائشة[3] بنت طلحة، عن عائشة أم المؤمنين قالت: قال: يا رسول الله، هل على النساء جهاد؟ قال: (عليهن جهاد لا قتال فيه، الحج والعُمرة)[4].

وروى محمد[5] بن كثير الكوفي قال: حدثنا إسماعيل[6] بن يعلى بن

= رؤوس المسائل ص٢٥١.
وبه قال مالك وصحابه، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، والقول القديم للشافعي.
ينظر: الكافي في فقه أهل المدينة ١/٤١٦، قوانين الأحكام ص١٦١، روضة الطالبين ٣/١٧، أحكام القرآن لابن العربي ١/١١٨، المغني ٥/١٣، وقال النووي في المجموع: «إنها سُنَّة مستحبة» ٧/١٠٩.

(١) هو: محمد بن فضيل بن عزوان الضبي، مولاهم أبو عبد الرحمن الكوفي صدوق عارف، رُمِي بالتشيع، من التاسعة، مات سنة ١٩٥هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣١٥.

(٢) حبيب بن أبي عمرة القصاب أبو عبد الله الحماني الكوفي، ثقة، من السادسة، مات سنة ١٤٢هـ، روى له البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجه، والبخاري في الأدب المفرد. ينظر: التقريب ص ٦٣.

(٣) عائشة بنت طلحة بن عبيد الله التيمية أم عمران كانت فائقة الجمال، وهي ثقة من الثالثة، روى لها أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ٤٧٠.

(٤) رواه أحمد في مسنده ٦/١٦٥.
وابن ماجه في سننه ٢/٩٦٨، في باب «الحج جهاد النساء».
والدارقطني في سننه ٢/٢٨٤.
والبيهقي في سننه ٤/٣٥٠، في باب «مَن قال بوجوب العُمرة»، قال الألباني في الإرواء صحيح ٤/١٥١

(٥) محمد بن كثير الكوفي القرشي أبو إسحاق ـ ضعيف ـ من التاسعة. ينظر: التقريب ص٣١٦.

(٦) كذا في المخطوط: (إسماعيل بن يعلى بن مسلم). =

مسلم، عن محمد بن سيرين، عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله ﷺ: (إن الحج والعُمرة فريضتان لا يضرك بأيّهما بدأت)[1].

وروى الزهري عن أبي بكر[2] بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ كتب إلى اليمن[3] كتابًا وبعث به مع عمرو بن حزم وفيه: (إن العُمرة الحج الأصغر، وألّا يمسّ القرآن إلَّا طاهرٌ)[4].

وفي بعض ما رواه عمر عن النبي عليه السلام أن جبريل عليه السلام سأله عن الإسلام فقال: (أن تشهد أنْ لا إله إلا الله وأنَّ محمدًا رسول الله، وأن تقيم الصلاة، وتصوم رمضان، وتحج وتعتمر)[5]، وهم يروون بطريق حجاج بن أرطأة عن

= والذي في سنن الدارقطني والمستدرك للحاكم: (إسماعيل بن مسلم)، وفي سنن البيهقي: (إسماعيل بن سالم عن ابن سيرين مرفوعًا وموقوفًا) ٤/٣٥١.
وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: هو إسماعيل بن مسلم المكي، وهو ضعيف.
ينظر: التلخيص الحبير ٢/٢٢٥.

(١) رواه الدارقطني في سننه ٢/٢٨٤، والحاكم في المستدرك ١/٤٧١، والبيهقي في سننه ٤/٣٥١.
وقال الذهبي في التلخيص: «الصحيح أنه موقوف» أي: على زيد بن ثابت.

(٢) في المخطوط: (أبو بكرة)، والتصويب من سنن الدارقطني ٢/٢٨٥.

(٣) كذا في المخطوط، وفي سنن الدارقطني: (أهل اليمن).

(٤) رواه الدارقطني في سننه ٢/٢٨٥، والبيهقي في سننه ٤/٣٥٢.

(٥) روى حديث عمر: مسلم في صحيحه ١/١٥٧ مع النووي في باب: (تعريف الإسلام والإيمان).
والترمذي في سننه ١٠/٧٧، ٧٨ مع العارضة، في باب «ما جاء في وصف جبريل للنبي ﷺ الإيمان والإسلام».
والنسائي في سننه ٨/٩١، في باب «صفة الإيمان والإسلام».
وابن ماجه في سننه ١/٢٤.
ولكن هذه الزيادة ـ أعني قوله: «وتعتمر» ـ لم يروها سوى الدارقطني في سننه ٢/٢٨٢، ثم قال: إسناد ثابت صحيح أخرجه مسلم بهذا الإسناد.

محمد بن المنكدر[1] عن جابر قال: سأل رجل رسول الله ﷺ عن الصلاة والزكاة أواجبة هي؟ قال: (نعم)، فسأله عن العُمرة أواجبة هي؟ قال: (لا، وأن تعتمر خير لك)[2].

وروى عبيد الله[3] بن المغيرة [٧٠/أ] عن أبي[4] الزبير عن جابر قال قلت: يا رسول الله، العمرة واجبة فريضتها كفريضة الحج؟ قال: (لا، وأن تعتمر خير لك)[5].

ويروون بطريق طلحة بن عبيد الله[6] أن النبي عليه السلام قال: (الحج جهاد،

(١) في المخطوط: (المكندر)، والتصويب من سنن الترمذي.

(٢) رواه أحمد في المسند ٣١٨/٣.
والترمذي في سننه ٤/١٦٢ مع العارضة، في باب: «ما جاء في العُمرة أواجبة هي أم لا».
والبيهقي في سننه ٤/٣٤٩، في باب «مَن قال العمرة تطوع».
وقال: «والمحفوظ عن جابر موقوف غير مرفوع، وقد روى عنه مرفوعًا خلاف ذلك، وكلاهما ضعيف».
ورواه الدارقطني في سننه ٢/٢٨٥، ٢٨٢، وقال: «رواه يحيى بن أيوب عن ابن جريج، وحجاج ابن أرطأة عن ابن المنكدر عن جابر موقوفًا من قول جابر» ا. هـ.

(٣) في المخطوط: (عبد الله)، والتصويب من سنن الدارقطني ٢/٢٨٦.
وهو عبيد الله بن المغيرة بن معيقيب أبو المغيرة السبائي، صدوق، من الرابعة، مات سنة ١٣١هـ، روى له الترمذي وابن ماجه.
ينظر: التقريب ص٢٢٧.

(٤) في المخطوط: (ابن)، والتصويب من سنن الدارقطني.
أبو الزبير: محمد بن مسلم بن تدرس الأسدي مولاهم المكي، صدوق إلا أنه يدلس، من الرابعة، مات سنة ١٢٦هـ.
روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص ٣١٨.

(٥) رواه الدارقطني في سننه ٢/٢٨٦.

(٦) في المخطوط: (عبد الله)، والتصويب من سنن الدارقطني.

والعُمرة تطوع)[1].

واعلم أن في أسانيد كل هذه الأحاديث مقال:

فإن الخبر الأول إنما أسنده الحجاج بن أرطأة وعبيد الله[2] بن المغيرة، وهما ضعيفان[3].

وخبر طلحة رواه عمر[4] بن قيس وهو متروك[5].

وكذلك الأخبار التي رويناها في أسانيدها أيضًا مقال يطول ذكرها إلا الخبر الذي ذكرناه أن النبي ﷺ قال: (وأن تحج وتعتمر)، حين سئل عن الإسلام معتمد، وهو رواية سليمان[6] بن طرخان[7] التيمي عن يحيى بن معمر عن عبد الله بن عمر، عن عمر وهو خبر جبريل المعروف حيث جاء فسأل

(١) رواه ابن ماجه في سننه ٢/٩٩٥ في باب «العُمرة».
والبيهقي في سننه ٤/٣٤٨، في باب «مَنْ قال العمرة تطوع» من حديث ابن عباس، قال ابن حجر في التلخيص الحبير ٢/٢٢٦، ٢٢٧: «ولا يصح عن ذلك شيء» ا. هـ.
ورواه ابن جرير الطبري في تفسيره ٢/٢١٢.

(٢) في المخطوط: (عبد الله)، والتصويب من سنن الدارقطني.

(٣) ينظر: التلخيص الحبير ٢/٢٢٦.

(٤) في المخطوط: (عمرو)، والتصويب من سنن ابن ماجه ٢/٩٩٥.
وهو عمر بن قيس المكي المعروف بسندل، متروك، من السابعة، روى له ابن ماجه. ينظر: التقريب ص٢٥٦.

(٥) ينظر: التقريب ص٢٥٦.

(٦) سليمان بن طرخان التيمي أبو المعتمر البصري، نزل في التيم فنسب إليهم، ثقة، عابد، من الرابعة، مات سنة ١٤٣هـ، وهو ابن سبع وتسعين، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص١٤٣.

(٧) في المخطوط: (طرحان)، والتصويب من سنن الدارقطني.

النبي ﷺ عن الإيمان والإسلام، وفي آخر الخبر قال: (هذا جبريل أتاكم ليعلمكم معالم دينكم فخذوا عنه)[١].

وهو خبر ثابت، وهذه الزيادات رواتها ثقات.

وقد أوردها الجوزقي[٢] في متفق الصحيحين.

ويمكن أن يُحتج ويُعتمد على قوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾[٣] والمراد من الإتمام في هذه الآية ابتداء الفعل على أكمل الوجوه.

وقد قال جماعة من أهل العلم: إن ابتداء فريضة الحج كان بهذه الآية وهو أول ما نزل في القرآن في إيجاب الحج، وهو تناولت الحج والعمرة تناولًا واحدًا[٤].

وقد قامت الدلائل القطعية أن الأمر على الوجوب فاقتضت وجوب العُمرة كما اقتضت وجوب الحج.

وقد روى النعمان[٥] بن سالم، عن عمرو[٦] بن أوس، ....

(١) سبق تخريجه في ص٦٣٢. ينظر: سنن الدارقطني ٢/٢٨٢.

(٢) أبو بكر الجورقي محمد بن عبد الله بن محمد بن زكريا الشيباني الحافظ المعدل، شيخ نيسابور ومحدثها له كتاب المتفق بين الصحيحين، توفي سنة ٣٣٨هـ.
ينظر: العبر ٢/١٧٥، النجوم الزاهرة ٤/١٩٩، هدية العارفين ٢/٥٦.

(٣) سورة البقرة، من الآية (١٩٦).

(٤) ينظر: تفسير الطبري ٢/٢٠٩.

(٥) النعمان بن سالم الطائفي، ثقة من الرابعة، روى له مسلم وأصحاب السنن.
ينظر: التقريب ص ٣٥٨.

(٦) عمرو بن أوس بن أبي أوس الثقفي الطائفي، تابعي كبير، من الثانية، وَهِمَ مَنْ ذكره من=

عن أبي[1] رزين أنه سأل النبي ﷺ قال: إن أبي شيخ كبير أدرك الإسلام ولا يستطيع الحج والعُمرة ولا الظعن[2]، فقال: (حج عن أبيك واعتمر)[3]. وهذا أمر، والأمر على الوجوب[4]، فقال الدارقطني حين روى هذا الحديث: رجال هذا الحديث كلهم ثقات[5].

وروى أيضًا بطريق روح[6] بن القاسم، عن أبي الزبير، عن جابر، عن سراقة بن مالك، قال: قلت: يا رسول الله، أعمرتنا هذه لعامنا أم للأبد؟ قال: (لا، بل للأبد.. دخلت العُمرة في الحج إلى يوم القيامة)[7].

وقال[8]: رجاله كلها ثقات.

ومثال هذا السؤال لا يكون إلّا في واجب، وقوله: «العُمرة في الحج»،

= الصحابة، مات بعد التسعين من الهجرة.
روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ٢٥٧.

(١) أبو رزين لقيط بن صبرة، صحابي مشهور ـ أبو رزين العقيلي ـ.
روى له البخاري في «خلق أفعال العباد»، وأصحاب السنن. ينظر: التقريب ص ٢٨٧.

(٢) الظعن: يقال ظعن ظعنًا إذا تحرك وسار والظعينة الهودج فيه امرأة. القاموس مادة ظعن ٤/٢٧٤

(٣) رواه الدارقطني في سننه ٢/٢٨٣.
وابن جرير الطبري في تفسيره ٢/٢١١.
والبيهقي في سننه ٤/٣٥٠.

(٤) ينظر شرح الكوكب المنير ٣/٣٩، اللمع صـ ٥

(٥) قاله في السنن ٢/٢٨٣.

(٦) روح بن القاسم التميمي العنبي أبو غياث البصري، ثقة حافظ، من السادسة، مات سنة ١٤١هـ، روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه. ينظر: التقريب ص١٠٥.

(٧) رواه الدارقطني في سننه ٢/٢٨٣.

(٨) أي الدارقطني في سننه ٢/٢٨٣، ولفظه: «كلهم ثقات».

المراد من ذلك في الأفعال على ما سنبين.

وقد ثبت عن ابن عباس قال: «الحج الأكبر يوم النحر، والحج الأصغر العُمرة»[(١)].

وإذا كان حجًا فكل ما يدل على وجوب الحج يدل على وجوبها، ولا معنى يدل على وجوب العُمرة سوى التشبيه بالحج، ومجرد الشبه بلا معنى مخيل لا يعرف حجة.

وأما المخالف: صار إلى أن العُمرة غير مؤقتة، لأنها تجوز في جميع السنة والحج مؤقت، والفارق بين النفل والفرض هذا فإن الفرض لا يكون إلّا مؤقتًا، لأنه واجب علينا ولو قلنا وجب فعله وإذا لم يكن مؤقتًا، وقد خلق الله الناس العباد ليعبدوه وجب فعله في جميع الأوقات، فيؤدي إلى أن يقع الناس في الحَرَج العظيم، أو يؤدي إلى تكليف العاجز، لأن العباد يعجزون عن مباشرة العبادة في جميع الأوقات على العموم.

وأمّا النفل ففعله مفوّض إلى اختيار العبد فالله وإن خلق الناس ليعبدوه وجعل النفل مشروعًا في عموم الأَحوال والأوقات فلا يؤدي إلى الحَرَج ولا إلى تكليف العبد ما يعجز عنه فنظرنا إلى عموم الأوقات على ما دلت عليه الآية واعتبرنا ذلك وقلنا: لا يختص بوقت دون وقت[(٢)].

---

(١) رواه البيهقي في سننه عن ابن عباس موقوفًا، قال: وقد روى هذا عن النبي ﷺ. ينظر: السنن ٤/٣٥٢.
ورواه ابن جرير الطبري في تفسيره عن عبد الله بن شداد ١/٧٦.

(٢) هذا الاستدلال نقلًا من الأسرار مع بعض التصرف في العبارة.
ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٦١.

قالوا: فإن قلتم: «إن العُمرة عندكم لا يجوز فعلها في خمسة أيام من السنة وهي يوم عرفة ويوم النحر، وأيام التشريق».

قلنا: لا نقول إن فعلها لا يجوز لكن يُكره ترجيحًا لأمر الحج على العُمرة[1]. ولا شك أنه مرجح في الشرع، والأيام التي تعيّنت لفعله في الشرع كرهت العمرة فيها تقديمًا للحج على العمرة.

وقد قالوا أيضًا: إن الحج سبب وجوبه البيت، وكذلك العُمرة لو وجبت وجبت بالسبب الذي يجب به الحج، فيؤدي إلى التنافي الواجب، وهذا لا يجوز كما لا يجب ظهران بوقت واحد، وزكاتان بمال واحد وصومان بيوم واحد[2].

الجواب:

إن كلا الدليلين في غاية الضعف والذي قالوا: في التفريق بين الفرض والنفل بالحد الذي قالوه لا يُعرف، وليس عليه دليل فإن الإسلام واجب وهو غير مؤقت، وكذلك الجهاد واجب وكذلك صلاة الجنازة والكفَّارة وما يشبه ذلك، وعلى عكسه النوافل الرواتب في الصلاة والصوم مؤقتة وليس واجبة ونعني في الصوم صوم يوم عرفة، ويوم عاشوراء، والاثنين والخميس وثلاثة أيام من كل شهر.

وأمّا الذي قالوه إن الله تعالى خلق العباد ليعبدوه فيقتضي العبادة على العموم.

---

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٦١.

(٢) ينظر: هذا الاستدلال في الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٦٤ ـ ٥٦٥.

قلنا: لو خلينا هذا والظاهر لاقتضى أنهم عبدوه[1] مرة سقط عنهم الأمر إذ ليس في ظاهر هذا اللفظ دليل على فعلها في[2] [٧٠/ب] عموم الأوقات، وأيضًا إذا قلنا إن الفريضة لا تتوقت لا يؤدي إلى ما قالوه من تكليف العاجز وإيقاع المكلَّف في الحَرَج الذي ظنوه، لأنه يكون مأمورًا بفعله على الجملة حتى لا يجوز تركه، فأما أن يكون مأمورًا بفعله على الاستدامة حتى لا يجوز أن يخلى عنه وقتًا ما فليس عليه دليل.

وأمّا في النفل إذا قلنا إنه لا يتوقت، وقلنا إنه يكون مفوضًا إلى اختيار العبد وربما لا يختار فعله أصلًا فلا يظهر لما قالوه أن العبد خُلِق للعبادة في جميع الأوقات أثر، وعلى أن العباد إذا فعلوا الفرائض في مواقيتها وقاموا بحق الأوامر الموظفة عليهم فقد عبدوا الله في جميع مدى عمرهم حكمًا، وإن كانوا أخلوا بعض الأوقات عن عبادتهم حسًّا.

وأمّا كلامهم الثاني، وقولهم: «إن إيجاب العُمرة يؤدي إلى الثناء في الواجب»[3].

قلنا: لا يؤدّي؛ لأن الثناء بإيجاب حَجَّتين وعُمرتين، فأما إيجاب حج وعمرة وهما عبادتان مختلفتان متغايرتان فلا يؤدي إلى هذا، ولئن جاز أن يقال هذا ثِنى فيجوز أن يقال إن إيجاب الظهر والعصر ثِنى، وإيجاب صدقة الفِطر كل سنة ثِنى، وكذلك إيجاب الزكاة كل سنة ثِنى، ومثل هذا

(١) كذا في المخطوط، ولعل صحة العبارة «إذا عبدوه».
(٢) في المخطوط مكررة (في) مرتين، والتصويب من المحقق.
(٣) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص٥٦٤، ٥٦٥.
والمقصود بالثناء أو ثِنى هو تكرار العبادة مرات كما بيّنه فيما بعد.

لا يدخل فيه فقيه.

وقد ذكر الأصحاب لنا: إن العمرة واحد نسكي القرآن فأشبه الحج.

وقالوا: عبادة يجب المضي في فاسدها فكانت واجبة في الحج، والمعتمد ما سبق. والله أعلم بالصواب.



※ (**مَسْأَلَة**):

حج الصبي صحيح سواء أحرم عنه أبواه أو أحرم بنفسه وهو ممن يعقل الإحرام(١).

وهل يحتاج إلى إذن الولي؟ فيه وجهان(٢).

وإذا صح لزم حتى لا يجوز له الخروج عنه ولو خرج لا يصير خارجًا عنه ويكون حجة في هذا المعنى مثل حج البالغ ولو ارتكب محظور الإحرام لزمته الكفَّارة(٣).

وعندهم: حجه غير لازم، ولا تلزمه الكفَّارة بارتكاب المحظور(٤).

---

(١) المهذب ٢٢٣/١، الأم ١١٢/٢، النكت: ورقة ٩٧/أ، حلية العلماء ١٩٥/٣، روضة الطالبين ١١٩/٣، ١٢٠. وهو قول أحمد ومالك.
ينظر: المغني ٥٠/٥، الإفصاح ٢٦٦/١.
الكافي في فقه أهل المدينة ٤١١/١.

(٢) روضة الطالبين ١١٩/٣.

(٣) روضة الطالبين ١٢١/٣، الأم ١١٢/٢.

(٤) الحجة على أهل المدينة ٤١١/٢، ٤١٣، مختصر الطحاوي ص ٦٠، شرح معاني الآثار=

وبعضهم قال: حجه غير صحيح أصلًا[1].

❖ **لنا**: حديث أبي معاوية[2]، عن محمد[3] بن سوقة، عن محمد بن المنكدر[4] عن جابر قال: رفعت امرأة صبيًا لها إلى رسول الله ﷺ وقالت: يا رسول الله، ألهذا حج؟ قال: (نعم، ولك أجر).

ذكره أبو عيسى الترمذي في جامعه[5].

= ٢٥٨/٢، الأسرار، كتاب المناسك، ص ٧٠، المبسوط ٦٩/٤، بدائع الصنائع ١٠٨٥/٣، تقويم الأدلة للدبوسي: ورقة ٨٨٦/ب، كشف الأسرار ٣٤٢/٢، أحكام الصغار ١٩٨/١، ١٩٩، مختلف الرواية: ورقة ٦٥/ب، مجمع الأنهر ٢٥٥/١.

(١) قال الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٥٧/١: «... إن رسول الله ﷺ أخبر أن للصبي حجًا، وهذا مما قد أجمع الناس عليه، ولم يختلفوا أن للصبي حجًا، كما أن له صلاة، وليس تلك الصلاة بفريضة عليه» ا. هـ.

(٢) أبو معاوية: محمد بن خازم الضرير الكوفي، عمي وهو صغير، ثقة، أحفظ الناس لحديث الأعمش، وقد يهم في حديث غيره، من كبار التاسعة، مات سنة ٢٩٢هـ، وله اثنان وثمانون سنة، وقد رمي بالإرجاء، وروى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب، ص٢٩٥.

(٣) محمد بن سوقة الغنوي أبو بكر الكوفي العابد، ثقة مرضى عابد ـ من الخامسة ـ روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب، ص ٣٠٠.

(٤) في المخطوط: (المكندر)، والتصويب من سنن الترمذي.

(٥) ينظر: سنن الترمذي ١٥٤/٤ مع العارضة في باب «ما جاء في حج الصبي»، وقد رواه أيضًا بإسناد آخر غير إسناد الترمذي كل من: مسلم في صحيحه ٩٩/٩ مع النووي، باب: «صحة حج الصبي وإحرام مَن حج به»، وأبو داود في سننه ٣٥٢/٢ مع المعالم، باب «في الصبي يحج»، والنسائي في سننه ٩١/٥، ٩٢، باب «الحج بالصغير».
وابن الجارود في المنتقى، ص ١٤٧.
وأحمد في المسند ٢١٩/١، ٢٨٨، ٢٤٤، ٣٤٣، ٣٤٤.
والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٥٦/١.

وروى بإسناده عن محمد بن يوسف[١]، عن السائب[٢] بن يزيد قال: «حجّ بي أبي مع رسول الله ﷺ وأنا ابن سبع سنين».

قال: وهذا حديث صحيح[٣].

فثبت بهذين الخبرين صحة حجه فصحّ على ما شرع، وقد شرع لازمًا فوجب أن يصح لازمًا، وهذا كالإسلام على أصلهم فإنه لما صح منه صحّ على ما شرع وهو أن يكون بوصف اللزوم.

والجملة أنه إذا صحّ من الصبي يصحّ على ما يصحّ من البالغ.

والأولى أن يقال: يصحّ على الوضع الشرعي، وهذا لأنه لا يُتصور حج صحيح يمكن الصبي[٤] عليه غير لازم في الشرع، والحج قد صحّ من الصبي، وأمكنه المضي عليه فوجب أن يصح بوصفه.

وأمّا وجوب الكفَّارة عندنا بارتكاب المحظور، فلأنه حق مالي فصار كسائر حقوق المال، وكما تجب على الصبي سائر حقوق المال يجب عليه

---

(١) محمد بن يوسف بن عبد الله الكندي المدني الأعرج، ثقة، ثبت، من الخامسة، مات في حدود الأربعين، روى له البخاري ومسلم والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب، ص٣٢٥.

(٢) في المخطوط: (السائب بن زيد)، والتصويب من صحيح البخاري، وسنن الترمذي وهو السائب بن يزيد بن سعيد بن ثمامة الكندي، صحابي صغير له أحاديث قليلة، وحج به في حجة الوداع، وهو ابن سبع سنين، وولاه عمر سوق المدينة، مات سنة ٩١هـ، وهو آخر من مات بالمدينة من الصحابة.
روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص ١١٦.

(٣) ينظر: سنن الترمذي ٤/١٥٥ مع العارضة، باب «ما جاء في حج الصبي»، وقد رواه البخاري في صحيحه ٤/٧١ مع الفتح، باب «حج الصبيان»، والإمام أحمد في المسند ٣/٤٤٩.

(٤) كذا في المخطوط، ولعله (المضى).

هذا الحق أيضًا، ولأن سببه قد وُجِد في حقه وهو ارتكاب المحظور في حج صحيح، فصار هذا الحق مثل غرامات المتلفات وأروش الجنايات[1].

ويستدل بكفَّارة الصيد إذا قُتِل في الحرم، وقد سلَّموا في هذا الموضع أنه يجب على الصبي، فكذلك إذا قتل وهو محرم وجب أن يكون مثله، لأنه لا فرق بينهما معنى وكل واحد حق الله تعالى.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: لزوم الحج حق من حقوق الله تعالى يحتمل السقوط بالأعذار بعد البلوغ بدليل أنه يسقط بعذر الإحصار وعذر الرِّق فسقط بعذر الصبا؛ لأن رأس الأعذار الصبا قياسًا على أصل الوجوب[2]، وإنما قلنا: «إن اللزوم حق الله تعالى»؛ لأن الإحرام عبادة خالصة لله تعالى، واللزوم صفته فيكون أيضًا لله تعالى، وإذا سقط اللزوم في حقِّ الصبي صار الإحرام بالحج كإحرام الصلاة، وإذا ثبت أنه لا يلزمه شيء بترك لإحرام، فكذلك لا يلزمه شيء بارتكاب المحظور الذي هو جناية عليه بطريق الأولى، لأنه لو وجب وجب بالإدخال نقيضه فيه فإذا لم يجب عليه شيء بتركه أصلًا فلئن لا يجب بإدخال نقيضه فيه أولى، ولأن هذه الكفّارات حقوق الله تعالى على الشخص يحتمل النسخ والتبديل فيسقط بعذر الصبا.

دليله: أصل الصوم والصلاة.

والدليل على أنه يحتمل النسخ أنه لم يكن في الأصل مشروعًا، وإنما

---

(١) الأوروش: جمع أرش وهو دية الجراح. ينظر المصباح: مادة (أرش).
(٢) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٧٢ ـ ٧٣.

شُرِع في شرعنا، وما احتمل إن لم يكن ثَمَّ كان احتمل أن لا يكون أصلًا، ولأن الكفارة دون الصلاة في الوجوب فلما سقطت الصلاة بعذر الصبا في حقه والسبب في حقه قد تحقق وذلك بمجيء الوقت فكذلك الكفَّارة جاز أن تسقط وإن تحقق السبب في حقه.

قالوا: وقولكم: «إن الكفَّارة حق مالي».

قلنا: بلى، ولكن وجبت لله تعالى على طريق الابتلاء، ولا يُتصور الابتلاء إلّا باعتبار فعل العبد، ولو وجبت الكفَّارة لكان أداؤها بفعل الولي بولاية جبرية قهرية، [٧١/أ] فلا يتحقق معنى الابتلاء، وقد ذكرنا هذا على الشرح في مسألة زكاة الصبي[1] فلا معنى لإعادته.

قالوا: وأما جزاء صيد الحرم يجب للصيد لا لله تعالى، لأنه إذا أُمِرَ بالإحرام فصار أمنه حقًا له، وإذا قتله وجب الجزاء حقًا له[2]، وما يجب لغير الله لا يجب على نهج العبادات فلا يتعلق أداؤه بفعل مَنْ عليه على سبيل الاختيار فصح أخذه قهرًا وجبرًا، وصار بمنزلة غرامات المتلفات فصح تأديه لولي يثبت ولايته شرعًا لا باختيار المولى عليه.

فأما ما يجب لله تعالى فإنما يجب على سبيل العبادة فلا يتأدى إلّا بفعل مَنْ عليه عن اختيار وتمييز إما به أو بنائب عنه باختياره وتمييزه؛ لأن المطلوب من الاستعباد امتياز العاصي من المطيع، وذلك لا يحصل بالاستيفاء جبرًا كما بيَّنا في الزكاة.

---

(١) ينظر ص٤٠٣.

(٢) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص٧٥.

والحرف أنهم يقولون: كفَّارة الإحرام محض حق الله تعالى وجب على وجه الابتلاء ولا يمكن إيجابها على الصبي كما ذكروا في الزكاة، وكفَّارة الحرم وجبت حقًا للصيد لا حقًا لله تعالى.

❁ **الجواب:**

أمّا قولهم: «إن اللزوم مسقط بالعذر بعد البلوغ».

قلنا: أولًا هذا يبطل بالصحة، فإن صحة الحج أيضًا تفوت بأسباب بعد البلوغ، فقولوا إنها تفوت بسبب الصبا، وسؤالهم على هذا أن الصبا صار عذرًا بطريق النظر ولا نظر في منع الصحة، فأما في منع اللزوم نظر حتى إذا تركه لا يجب عليه شيء، فلهذا لم تنتف الصحة وانتفى اللزوم، وهذا يدخل عليه الإسلام فإنه يقع لازمًا وإن وُجِد من الصبي على أصلهم، ولا يقال: يصح نظرًا ولا يلزم نظرًا، بل قيل: لما صحّ صحّ على ما وضعه الشرع، كذلك الإحرام لما صحّ صحّ على ما وضعه الشرع من صفة الفريضة.

فإن قالوا: أليس إن الطهر يصح منه ومع ذلك لم يصح على ما وضعه الشرع من صفة الفرضية؟.

قلنا: الصلاة تنقسم إلى لازم وغير لازم، فلم تكن غير لازم في حق الصبي ويُجعل في حقه بمنزلة النوافل، وأما في الحج لما لم ينقسم في اللزوم وغير اللزوم، بل كان لازمًا بكل حال، استوى وجوده من البالغ والصبي.

وجواب آخر:

إن اللزوم مع إمكان المضي لا يسقط بعذرٍ ما، والصبي متمكن من

المضي على إحرامه فوجب إلّا يسقط اللزوم في حقه.

وخرّج على هذا المحصر والعبد؛ لأنهما لا يقدران على المضي، هذا لمكان المنع الحسي، والآخر لمكان المنع الشرعي، وأما الصبي فقادر على المضي.

والمسألة معينة في هذه الصورة والحج في هذه الصورة ولا يُتصور سقوطها بعذرٍ ما.

وإن قالوا: إن الصبا سبب للنظر والمرحمة، وليس من النظر والمرحمة إثبات الإلزام في حقه من النظر.

قلنا: الصبي لا ينافي اللزوم؛ لأن له ذمة صحيحة قابلة للزوم، والنظر والمرحمة قد وجد بمنع وجوب الحج عليه ابتداء من قِبَل الشرع، وإنما هذا شيء جاء من قِبَله.

قالوا: وأمّا قولكم: «إذا أفسد الحج بالوطء».

قلنا: يجب عليه قضاؤه على أصح القولين، وإذا فعله في حال الصبا صحَّ على أصح الوجهين[1].

وأمّا الكفَّارات فوجه وجوبها ما ذكرنا أنها حقوق مالية فجاز إيجابها على الصبيان.

دليله: سائر حقوق المال.

---

(١) ينظر: المهذب ١/٢٨٨.

وقولهم: «إنها وجبت لله تعالى».

قلنا: لا، بل وجبت للفقراء، وقد ذكرنا أن الزكاة واجبة حقًا للفقراء، فإذا قلنا هذا في الزكاة فكيف لا نقوله في الكفّارات؟ وقد سبق إثبات هذا الأصل.

وقولهم: «إنها وجبت على طريق الابتلاء».

قلنا: لا ننكر أن الأوامر بأجمعها فيها معنى الابتلاء، ولكن ما كان فيها من حقوق المال يستقيم إيجابها على الصبيان ويقوم النائب المعيَّن من قِبَل الشرع بمنزلة النائب من قِبَله بعد البلوغ، وهذا أيضًا قد ذكرناه في كتاب الزكاة[1].

وأمّا فصل صيد الحرم ففي نهاية الإلزام.

وقولهم: «إن الواجب في جزاء الصيد حق الصيد».

قلنا: هذا مما لا يُفهم، وإيجاب الحق للصيد مثل إيجاب الحق للجدار، وما يشبهه من سائر الجمادات، وَمَنْ دخل مثل هذه الترهات[2] كفى خصمه أمره.

وقولهم: «إن الأمر لحق الصيد».

قلنا: هذا مثل الأول، ولا يجوز إثبات الحق على أي وجه كان إلا لِمَنْ

(١) ينظر ص٣٥٤.

(٢) الترهات: جمع تُرهه؛ وهو الباطل والأصل للقِفار واستعيرت للأباطيل والأقاويل الخالية من الطائل. نظر القاموس مادة ترهه ٤/٣٨٤.

هو من أهل الحقوق، وإنما مُنِع الإنسان من قتل الصيد في الحرم وإطلاقه له في الحلّ نوع اختبار وابتلاء مثل منعه من قتله في حال الإحرام دون حال الإحلال.

والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألَة):

الإفراد أفضل من القِران عندنا[1]، وكذلك هو أفضل من التمتع[2].

وعندنا: هما رخصة، والواجب دم جبران[3].

وعندهم: القِران أفضل ثم التمتع ثم الإفراد[4].

---

(١) المهذب ١/٢٦٩، النكت: ورقة ٩٩/ب، روضة الطالبين ٣/٤٤، الإيضاح للنووي ص١٥٥، قال النووي في المجموع ٧/١٢٧: «هذا هو المذهب والمنصوص عليه في عامة كتبه» ا. هـ، فتح الباري ٣/٤٢٩، وهو قول الإمام مالك وقول للإمام أحمد ورواية عن أبي حنيفة رواها ابن شجاع.
ينظر: الإشراف للبغدادي ١/٢٢٣، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٦٤، المدونة ١/٣٦٠، المغني ٥/٨٢، التعليق الكبير لأبي يعلى ٣٢/أ، المبسوط ٤/٢٥.

(٢) ينظر: سنن الترمذي نقلًا عن الشافعي ٤/٣٧ مع العارضة، باب: «ما جاء في إفراد الحج».

(٣) النكت: ورقة ١١٨/أ، الغاية القصوى في دراية الفتوى ١/٤٣٦، المجموع ٧/١٤١.
كيف يكون دم جبران ودم الجبران لا يؤكل منه، وقد أكل النبي ﷺ من الهدي وكيف يكون لنقص والنبي ﷺ قد فعله.

(٤) الحجة على أهل المدينة ٢/١، الأسرار، كتاب المناسك، ص٩٠، حكام القرآن للجصاص ١/٢٨٥، المبسوط ٤/٢٥، رؤوس المسائل للزمخشري ص٢٣٥، بدائع الصنائع ٣/١٢٠٥، مجمع الأنهر ١/٢٧٨. =

قالوا: هما عزيمة(١)، والدم دم نُسُك(٢).

❖ لنا:

حديث مالك، عن عبد الرحمن بن القاسم، عن أبيه، عن عائشة أن النبي ﷺ [٧١/ب] أفرد الحج(٣)، خرّجه مسلم(٤) في الصحيح.

وروى أبو نعيم عن أفلح(٥) بن حميد، عن القاسم بن محمد، عن أبيه، عن عائشة، قالت: «خرجنا مع رسول الله ﷺ مهلّين بالحج في أشهر الحج»(٦).

= وهو قول المزني وابن المنذر من الشافعية، المهذب ٢٦٩/١، روضة الطالبين ٤٤/٣، فتح الباري ٤٢٩/٣.

(١) الأسرار، كتاب المناسك، ص ١١١.

(٢) أحكام القرآن للجصاص، ٢٨٧/١، الأسرار، كتاب المناسك، ص٤٣٨، مختلف الرواية: ورقة ٦٧/ب، المبسوط ٧٥/٤، بدائع الصنائع ١٢٠٥/٣.

(٣) رواه مالك في الموطأ ١٢/٢ مع المنتقى، باب «إفراد الحج».
والترمذي في سننه ٣٦/٤ مع العارضة، باب «ما جاء في إفراد الحج».
والدارمي في سننه ٣٥/٢، باب «الإفراد في الحج».
والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٣٩/٢.
وأبو داود في سننه ٣٧٦/٢ ـ ٣٧٩ مع المعالم.
وابن ماجه في سننه ٩٨٨/٢، باب «إفراد الحج».

(٤) في المخطوط: (أبو مسلم)، والتصويب من المحقق، وهو مروي في صحيح مسلم.
ينظر: صحيح مسلم ١٤٩/٨ مع النووي، باب «مذاهب العلماء في تحلل المعتمر المتمتع».
ورواه أيضًا من رواية ابن عمر ٢١٦/٨ مع النووي، باب «الإفراد والقِران».

(٥) أفلح بن حميد بن نافع الأنصاري المدني يكنى أبا عبد الرحمن يقال: ابن صفيراء، ثقة، من السابعة، مات سنة ١٥٨هـ، روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه. ينظر: التقريب، ص٣٨.

(٦) رواها مسلم في صحيحه ١٤٦/٨، ١٤٧، ١٤٩ مع النووي.

وفي رواية: «لا نذكر إلّا الحج»[(١)].

وفي رواية: «لا نرى إلّا الحج»[(٢)].

وهذه الألفاظ كلها روايات ثابتة.

وروى عطاء[(٣)] عن جابر «أن النبي ﷺ أهلّ بالحج»[(٤)].

وفي رواية: «مفردًا»[(٥)].

وفي رواية: «خرجنا مع رسول الله ﷺ حاجًا لا نريد إلّا الحج ولا ننوي غيره»[(٦)].

وروى عبيد الله[(٧)] بن عمر، عن نافع، ....

(١) المصدر السابق.

(٢) رواها مسلم في صحيحه ١٤٥/٨، ١٤٦، ١٤٧ مع النووي.
والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٣٩/٢.

(٣) عطاء بن أبي رباح القرشي مولاهم المكي، ثقة فقيه فاضل، لكنه كثير الإرسال، من الثالثة، مات سنة أربع عشرة على المشهور، وقيل: إنه تغير بآخره، ولم يكن ذلك منه، روى له أصحاب الكتب الستة. التقريب ص٢٣٩.

(٤) رواها مسلم في صحيحه ١٦٥/٨ مع النووي، باب «مذاهب العلماء في تحلل المعتمر المتمتع»، ولفظه: «أهللنا مع رسول الله ﷺ بالحج...».

(٥) رواها مسلم في صحيحه ١٥٨/٨ مع النووي، باب «مذاهب العلماء في تحلل المعتمر المتمتع».
وأبو داود في سننه ٣٨٤/٢ مع المعالم.

(٦) رواها مسلم في صحيحه ١٧٤/٨ مع النووي، باب «حجة النبي ﷺ».
والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٤٠/٢.
والنسائي في سننه ١٢١/٥، باب «ترك التسمية عند الإهلال».

(٧) عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب العمري المدني أبو عثمان، ثقة،=

عن ابن عمر[1] «أن النبي ﷺ أفرد الحج»[2].

وأفرد أبو بكر وعمر وعثمان[3].

وأما هم تعلقوا بما روى حماد[4] بن زيد عن حميد[5]، عن أنس قال: سمعتُ رسول الله ﷺ يقول: (لَبَّيْك بحجة وعُمرة)[6].

وفي رواية أنس أنه سمع النبي ﷺ يقول: (لَبَّيْك عُمرة وحجًا)[7].

= ثبت، قدّمه أحمد بن صالح على مالك في نافع، وقدَّمه ابن معين في القاسم عن عائشة على الزهري عن عروة عنها، من الخامسة، مات سنة بضع وأربعين، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ٢٢٦.

(١) في المخطوط: (عمر)، والتصويب من سنن البيهقي ٥/٤، وصحيح مسلم.

(٢) رواها مسلم في صحيحه ٨/٢١٦ مع النووي، باب «الإفراد والقِران»، ولفظه: «إن رسول الله ﷺ أهلّ بالحج مفردًا» ا. هـ.
والبيهقي في سننه ٥/٤، باب «مَنْ اختار الإفراد».
والدارقطني في سننه ٢/٢٣٨.
والترمذي في سننه ٤/٣٦ مع العارضة.

(٣) رواه الترمذي في سننه ٤/٣٦ مع العارضة، باب «ما جاء في إفراد الحج».
والدارقطني في سننه بأطول منه ٢/٢٣٩.
وابن ماجه في سننه ٢/٩٨٩، باب «الإفراد بالحج».

(٤) حماد بن زيد بن درهم الأزدي الجهضمي أبو إسماعيل البصري، ثقة، ثبت، فقيه، من كبار الثامنة، مات سنة ٢٧٩هـ، وله إحدى وثمانون سنة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٨٢.

(٥) حميد أي: «الطويل».

(٦) رواه الترمذي في سننه ٤/٣٨ مع العارضة، باب «ما جاء في الجمع بين الحج والعُمرة».
وابن الجارود في المنتقى ص ١٥٢ رقم (٤٣٠).

(٧) الحديث رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما، واللفظ لمسلم. =

وعن بكر[1] بن عبد الله المزني قال: قلتُ لأنس بن مالك: كيف صنعتم في حجتكم مع رسول الله ﷺ ؟ فقال: قدمنا ونحن نقول: لَبَّيْك عُمرة وحجًا، فأمرنا رسول الله ﷺ أن نحلّ إلّا مَنْ كان معه الهَدْيِ، فلقيتُ ابن عمر فسألته فقال ابن عمر: إنَّا أهللنا[2] بالحج فأخبرته بقول أنس فقال: نسي ﵀، فلما رجعتُ أخبرت أنس بقول ابن عمر فغضب، وقال: كأنّا صبيان»[3].

وروى عبد العزيز[4] بن صهيب عن أنس قال: سمعتُ رسول الله ﷺ «أهلّ بهما لَبَّيْك عُمرة وحجًا»[5].

= ينظر: صحيح البخاري ٣/٤٠٨ مع الفتح.
صحيح مسلم ٨/٢١٦، ٢٣٣ مع النووي.
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/١٥٣.
وابن ماجه في سننه ٢/٩٨٩، باب «مَنْ قرن الحج والعُمرة».

(١) بكر بن عبد الله المزني أبو عبد الله البصري، ثقة ثبت جليل، من الثالثة، مات سنة ١٠٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٤٧.

(٢) في المخطوط: (إن حللنا)، والتصويب من صحيح مسلم.

(٣) رواه مسلم في صحيحه ٨/٢١٦ مع النووي، باب «الإفراد والقِران».
والنسائي في سننه ٥/١٧٧، باب «القِران».
والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/١٥٢.
والبيهقي في سننه ٥/٩، باب «مَنْ اختار القِران».

(٤) عبد العزيز بن صهيب البناني البصري ثقة، من الرابعة، مات سنة ١٣٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ٢١٤.

(٥) هذه الرواية رواها مسلم في صحيحه ٨/٢٣٣ مع النووي، باب «جواز التمتع في الحج والقِران».
وأبو داود في سننه ٢/٣٩١ مع المعالم.
والنسائي في سننه ٥/١١٦، باب «القِران».
والبيهقي في سننه ٥/٩، باب «مَنْ اختار القِران».

وفي الباب عن عمر[١]، وعليّ، وعمران[٢] بن حصين، قال: «وهذه الرواية أولى لأن فيها زيادة».

وروى عمرو[٣] بن دينار عن عكرمة، عن ابن عباس «أن النبي عليه السلام اعتمر أربع عُمر: عُمرة الحديبية، وعُمرة القضية، وعُمرة الجعرانة، والرابعة[٤] التي مع حجته»[٥].

(وفي الباب عن أنس وعبد الله بن عمرو وابن عمر رضي الله عنهم)[٦].

۞ والجواب:

إن الشافعي رحمه الله احتج برواية الإفراد بفقه عائشة وحفظ جابر وقرب ابن عمر[٧].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٣/٣٩٢ مع الفتح، وهو مما انفرد به البخاري، وأبو داود في سننه ٢/٣٩٤، ٣٩٥ مع المعالم، باب «القِران»، وابن ماجه في سننه ٢/٩٩١.

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/١٥٢.

(٣) عمرو بن دينار المكي أبو محمد الأثرم الجمحي مولاهـم، ثقة ثبت، من الرابعة، مات سنة ١٢٦هـ.

روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٢٥٨.

(٤) في المخطوط: (والرابع)، والتصويب من سنن الترمذي.

(٥) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/١٥٠.

والترمذي في سننه ٢/٣٢ مع العارضة، باب «ما جاءكم اعتمر النبي ﷺ»، ثم قال: «حديث ابن عباس حديث غريب»، وروى ابن عيينة هذا الحديث عن عمرو بن دينار، وعن عكرمة «أن النبي ﷺ اعتمر أربع عمر... ولم يذكر فيه ابن عباس» ا. هـ.

(٦) ما بين القوسين نقلًا من سنن الترمذي ٢/٣٢ مع العارضة.

وقد رواه عن ابن عمر الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/١٤٩، ١٥٠.

(٧) ذكر ذلك المزني في مختصره ٢/٥٥ مع الأم.

أما فقه عائشة فلا إشكال فيه.

وأمّا حفظ جابر؛ فلأنه أحسن الرواة سياقة لحج النبي ﷺ، ولم يرو أحد حج النبي ﷺ من أوله إلى آخره كما رواه جابر. وأمّا قرب ابن عمر فلأنه قال: كان أنس يدخل على النساء، وهن متكشفات، وكنتُ تحت ناقة النبي ﷺ يمسّني لعابها[١].

وروى بكر بن عبد الله المزني عن ابن عمر أنه قال: «ذَهِلَ أنس، إنما أهلّ رسول الله ﷺ وأهللنا معه»[٢].

وفي رواية «رحم الله أنسًا، ذَهِلَ أنس، إنما أهلّ بالحج وأهللنا به»[٣].

واعلم أنه لا يصح في القِران إلّا رواية أنس[٤].

وأمّا غيرها من الروايات فيها مقال كثير، وقد أنكر ابن عمر روايته، وزعم أنه نسي وذَهِلَ.

والخبر الواحد إنما يُقبل بجهة حُسن الظن بالراوي فلابد من سلامته من دعوى النسيان والخطأ عن أمثاله.

وقد ادّعى ابن عمر عليه النسيان والخطأ، ويجوز أن يكون الأمر على ما قال؛ لأنه يحتمل أنه سمع النبي ﷺ يعلّم غيره القِران بين الحج والعُمرة

---

(١) رواه البيهقي في سننه ٥/٩، باب «مَنْ اختار القِران».

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ١٥٢/٢.

(٣) روى هذه الرواية ابن الجارود في المنتقى ص١٥٢.

(٤) قال ابن حجر في الفتح «إن رواية القِران جاءت عن بضعة عشر صحابيًا بأسانيد جياد» ٤٢٩/٣

فظن أنه قاله بنفسه وهذا محتمل[1]، وأنس رضي الله عنه غير معصوم من الخطأ.

وقد ثبت أن أبا بكر وعمر وعثمان أفردوا الحج[2]، والظاهر أنهم اقتدوا في فعلهم بفعل رسول الله صلى الله عليه وسلم، فدلّ أنه كان مفردًا.

فإن قالوا: قد ثبت عن عليّ عليه السلام أنه قَرَنَ.

قلنا: «إنما فعل ذلك حين نهى عثمان عن المتعة وعن الجمع بينهما»[3] فأهلّ بهما ليبين الجواز.

وفي الباب قصة طويلة وروايات كثيرة.

وأمّا الذي رووا عن ابن عباس رضي الله عنه في أن النبي عليه السلام اعتمر أربع عُمر.

قلنا: الصحيح من ذلك الخبر أنه مرسل رواه ابن عيينة[4] عن عمرو ابن دينار، عن عكرمة، عن النبي عليه السلام[5].

وقد اختار أكثر أهل الحديث التمتع وجعلوه أوْلى، وفي فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم المتعة روايات صحيحة، ولعل الجمع بين الروايات المختلفة على طريق مَنْ يقول: إن التمتع أمكن وأفضل وأسهل.

---

(١) قال البيهقي في سننه ٥/١٠، باب «مَنْ اختار القِران»، والشيرازي في النكت: ورقة ١٠١/ب.

(٢) سبق تخريجه في ص٦٥١.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٣/٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣ مع الفتح، باب «التمتع والقِران والإفراد»، والنسائي في سننه ٥/١١٥، باب «القِران».
والدارمي في سننه ٢/٧٠. والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/١٤٩.

(٤) ابن عيينة هو سفيان.

(٥) قاله البيهقي في سننه ٥/١٢، وقد سبق تخريجه في ص٦٥٣.

وأمّا وجه رواية ترجيح الإفراد على رواية القِران فظاهر على ما سبق.

وفي هذه المسألة خطب عظيم.

وقد طعن بعض أهل البدعة في الرواة ونسبوهم إلى الكذب بسبب اختلافهم في هذه الروايات مع اتفاق الكل أن النبي ﷺ لم يحج إلّا حجة واحدة، وقد بيّنا وجه الترجيح والتأويل، فنسأل الله تعالى أن يعصمنا من إساءة القول في السَلَف الصالح، وأن يجعلنا مِمَّنْ يُحسن الظن بهم ويُحسن القول فيهم، وأن نكون مِمَّن يرجع بالتهمة على نفسه بظن التقصير وقلة البلوغ لقلة الآلة، والله تعالى ولي العصمة والمعونة.

وأمّا الكلام في المعنى فنقول:

القِران والمتعة رخصتان، والأصل هو الإفراد، والدليل على أن القِران رخصة أنه يتضمن إسقاط أحد السفرين وإحدى الزيارتين، والحج حقيقة زورة لبقاع معلومة محترمة، وحضور إلى مشاهد مخصوصة معظمة مشرفة وأدنا[1]........[2] مقصود [٧٢/أ] في باب الحج، بدليل أن مَنْ أوصى بأن يُحَج عنه فإنه يُحَج عنه من وطنه، ولولا أن السفر مقصود وإلا لكان يُحَج عنه من أدنى المواقيت[3].

ويدل عليه: أنهم قالوا: لو نذر أن يحج ماشيًا فحجّ به راكبًا يلزمه دم[4]،

(١) كذا في المخطوط.

(٢) في المخطوط كلمة غير واضحة ولعلها: «فإن السفر...».

(٣) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ١٠٠.

(٤) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ١٠١.

وفي القِران اقتصار على زورة واحدة وسفر واحد فعلى فعل السفرين استكثار تحمل التعب والنَصَب، وكلما كثر التعب والعمل فيكون الثواب أكثر، وإذا كان الثواب أكثر كان الفعل أفضل، وأيضًا فإن فعل زيارتين استكثار الزيارة، والحاج زائرٌ لله تعالى، والله تعال مزوره، وكما كانت الزيارة أكثر كان موقعها عند المزور أعظم وأكثر.

وأمّا حرف بيان أن القِران والمتعة رخصة، فلأن في القِران ترك سفر مقصود وزيارة مقصودة، وفي فعل المتعة ترك فعل العُمرة في وقتها، وهو غير أشهر الحج وفعلها في غير وقتها فكان كلا العملين من القِران والمتعة رخصة.

يبيِّنه: أن لفظ المتعة دليل على الرخصة، لأنه ترفه وارتفاق زائد لم يكن مشروعًا في أصل النُسُك فإذا ثبت النقصان وثبت الرخصة مع النقصان ثبت أن الإفراد أفضل، وثبت أن الدم دم جبران لا دم نُسُك، فيكون فعل النسكين على وجه لا نقصان فيه أولى من فعله مع النقصان، وقد قال جماعة من أصحابنا: إن الأعمال تكون أكثر في إفراد النُسُكين، وتعلّق بالتلبية والحلق والسفر الذي بيّناه، والأولى ما سبق وهو حقيقة المسألة وليكن الاعتماد عليه.

۞ أمّا حُجّتهم:

من حيث المعنى في القِران معنيان يدلان على أنه الأفضل:

أمّا الأول: فلأن فيه البدار إلى فعل النُسُكين وقد قال تعالى: ﴿وَسَارِعُوٓاْ إِلَىٰ مَغۡفِرَةٖ مِّن رَّبِّكُمۡ﴾(١)، وقال تعالى في أعمال الخير: ﴿وَهُمۡ لَهَا

(١) سورة آل عمران، من الآية (١٣٣).

سَٰبِقُونَ﴾[1] ومعناه: إليها سابقون[2].

وفي الإفراد تأخير أحدهما وفعل الآخر.

والثاني: قالوا: إن العُمرة تنزل من الحج منزلة نفل الصلاة من فرضها، ألا ترى أنها عبادة من جنس الحج شرع في عموم الأوقات مثل النفل عبادة من جنس الفرض شرع في عموم الأوقات، وإنما شرع كل واحد تكميلًا للحج في أحد الموضعين، وللصلاة في الموضع الآخر وتحسينًا لهما، ثم صلاة الفرض بنفل يتقدمها يكون أفضل وأكمل، فكذلك الحج بعُمرة تتقدمه يكون أفضل وأكمل، وأيضًا فإن العمرة إذا كانت تحسن الحج وتزينه فيكون القِران مشتملًا على زيارة في نفس الحج.

قالوا: وأما دعوى النقصان فلا معنى له، لأن الجمع بين العبادتين لا يوجب نقصًا في واحد من العبادتين، كالجمع بين الصوم والاعتكاف والجمع بين الصوم والإحرام[3].

وأما قولهم: «إنه تضمن إسقاط أحد السفرتين» فالسفر ليس بمقصود، إنما هو شيء يتقدم ليُتوصل به إلى مكان الحج، ألا ترى أن حج المكي وحج غير المكي في الكمال يكون واحدًا، وإن كان يوجد السفر لأحدهما دون الآخر.

وأما فصل الزيارة فالزيارة هو الحج، وقد زار بالقِران زورتين أحدهما

(١) سورة المؤمنون، من الآية (٦١).
(٢) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ١٠٣.
(٣) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ١٠٣، ١٠٤.

بجهة الحج والآخر بجهة العُمرة.

قالوا: «وكذلك لا نقصان في المتعة أيضًا».

وقولكم: «إنها أتي بالعمرة في وقت الحج».

قلنا: أشهر الحج وقت النُسُكين جميعًا على وجه واحد ولا معنى للمنع من العمرة في أشهر الحج حتى يكون الإطلاق رخصة، أو ليضمن فعله إدخال نقص في الحج، وإذا ثبت أنه لا نقص ثبت أن الدم نُسُك وإذا كان نُسُكًا فقد تضمن القِران والمتعة زيادة نُسُك لا يوجد عند الإفراد فصار أفضل.

قالوا: ولهذا يؤكل منه ويختص فعله بيوم النحر؛ لأنه زمان فعل النسك من الضحايا.

قالوا: وأما «تعلقكم بكثرة الأفعال وقلة الأفعال»، فعندنا الأفعال عند القِران مثل الأفعال عند الإفراد أن يكمله.

وأما التلبية فليس من أفعال الحج لكن سبب لوجوب الإحرام، وقد وجب به إحرامان عندي مثل ما يجب إذا كان منفردًا، وكذلك الحلق سبب للتحلل، وقد حصل به تحللان فصار الحاصل للقارن جميع أفعال الحج على التلبية إحرامان وطوافان وسعيان وتحللان فلم يكن نقصان بوجهٍ ما[1].

قالوا: وأما المكي إنما لا يجوز له القِران والتمتع؛ لأن حقيقته لا توجد منهما، وقد ذكرنا هذا في الأوساط، فلا معنى للإعادة.

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ١٠٥.

الجواب:

أما قولهم: «في القِران بدار إلى فعل النُسُك، والبدار إلى الطاعات أفضل».

قلنا: نعم، إذا كان لا يؤدي إلى إدخال نقص في طاعة أخرى، وقد بيّنا أن القِران يؤدي إلى إدخال نقص في الحج.

يدل عليه: أنه إذا أفرد فقد أتى بالحج وأفعاله من غير مزاحم له وحصل الإحرام وأفعاله مسلمة للحج، وإذا قَرَنَ فقد أتى بالحج مع مزاحم له في القصد والسفر والتلبية والأفعال المفعولة [٧٢/ب] ودخول المزاحم ينقص.

وعن الشعبي أنه كان ضئيلًا ضعيفًا فسئل عن ذلك فقال: «زوحمت في الرحم»[١].

وأمّا قولهم: «إن العُمرة من الحج تنزل منزلة فعل الصلاة مع فرضها».

لا نسلِّم ذلك، وقد ثبت عندنا[٢] أن العُمرة فريضة مثل الحج.

وقد سبق من قبل[٣]، والذي قالوا بناء على أصلهم[٤].

وأما الذي قالوا: «إنه لا نقصان».

قد بيّنا وجود النقصان بما فيه كفاية، وفصل الزيارة معتمد، والحج

(١) ذكره الذهبي في سير أعلام النبلاء ٤/٢٩٧.

(٢) أي: عند الشافعية.

(٣) ينظر: مسألة: هل العُمرة فريضة؟ ص٦٣٠.

(٤) وهو أن العمرة ليست بواجبة.

حقيقة زيارة أمكنة لله تعالى على ما سبق، والإتيان بالزيارة مرتين أولى من الإتيان بها مرة واحدة.

وقولهم: «إن القارن زائر مرتين».

فالمحسوس يدفعه، بل زائر مرة بقصدين، فأما أن يكون زائرًا مرتين فمحال.

وأما التمتع فقد جاء بأصل العُمرة وأحرم بالعُمرة من الميقات، وإنما يحرم بالحج من جوف مكة فيكون زائرًا بنيّة الحج من مكة، وإذا أفرد يكون زائرًا بنيّة الحج من وطنه، وكلما كان شرط الزيارة أبعد يكون أفضل ومكانته عند المزور أكثر، وكلما كان أقرب وأدنى كان محله أدنى وأقل وهذا ظاهر جدًا للمتأمل.

وأمّا قولهم: «إن السفر ليس بمقصود».

قلنا: بيّنا إنه مقصود، وقد روى عن عليّ وابن مسعود أنهما قالا: «من تمام الحج والعُمرة أن تحرم بهما من دويرة أهلك»[1].

وأما دعواهم إن الدم دم نُسُك.

فقد دللنا أنه دم جبران وهو بناء على ثبوت دخول النقصان في النُسُك وقد سبق.

(١) أخرجه عنهما الشافعي، باب «الإهلال من دون الميقات».
ينظر: الأم ٧/٢٣٥.
والحاكم عن عليّ في المستدرك ٢/٢٧٦، تفسير سورة الفاتحة.
والبيهقي في سننه ٥/٣٠، باب «مَنْ استحب الإحرام من دويرة أهله».

وقولهم: «إنه يؤكل منه ويختص بيوم النحر هو على أصلهم».

وقد استدل الأصحاب في أنه دم جبران بدخول الصوم بدلًا عنه ولا مدخل للبدل في دماء النُسُك إنما مدخله في دماء الجبرانات.

وأمّا قولهم: «إنه أتى بالأعمال على حسب ما يأتي بها عند الإفراد».

فليس بصحيح بدليل فصل التلبية والحلق.

وأمّا قولهم: «إن التلبية ليست من أفعال الحج».

قلنا: قد دللنا من قبل أنه من أفعال الحج.

وقولهم: «إنه يجب بالتلبية إحرامان».

فهو مذهبهم، أما عندنا فالواجب بها إحرام واحد وسنبين ذلك في المسألة التي تلي هذه.

وأمّا عذرهم عن الحلق.

قلنا: هو وإن كان للتحلل ولكن هو في نفسه نُسُك فإذا أفرد أتى بنُسُكين وإذا قَرَنَ أتى بنسك واحد، وقد قام الدليل لنا أيضًا أن القارن يكفيه طواف واحد وسعي واحد، فهذا وجه الكلام في هذه المسألة على الاختصار وهو أصل كبير، والاعتماد على ما ذكرنا، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

القارن يطوف طوافًا واحدًا ويسعى سعيًا واحدًا[1].

وعندهم: يطوف طوافين ويسعى سعيين[2].

❖ لنا:

حديث عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال: (مَنْ أحرم بالحج والعُمرة أجزأه طواف واحد وسعي واحد فلا يَحِلُّ مَنْ يحلّ من واحد حتى يحلّ منهما)[3].

وقد حملوا هذا على طواف القدوم وعلى طواف الصدر، وليس بشيء؛ لأن الطواف المطلق في باب الحج ينصرف إلى طواف الإفاضة[4] منه، وأيضًا فإنه ﷺ قَرَنَه بالسعي ولا سعي في طواف الوداع وفي طواف القدوم، إنما

(١) المهذب ١/٣١٠، المجموع ٨/٦٥، النكت ١١٠/أ.
وهو قول مالك وأصح القولين عن أحمد، الإشراف للبغدادي ١/٢٣٠، ٢٣١، التعليقة الكبيرة لأبي يعلى: ورقة ١٠٢/ب، المغني ٥/٣٤٧.

(٢) الحجة على أهل المدينة ٢/١، شرح معاني الآثار ٢/٢٠٧.
الأسرار، كتاب المناسك، ص ٧٨، المبسوط ٤/٢٧، وهو الرواية الأخرى عن أحمد، المغني ٥/٣٤٧.

(٣) رواه الدارقطني في سننه ٢/٢٥٧، ولفظه: (مَنْ أحرم بالحج... أجزأه طواف وسعي واحد، ولا يحل من واحد منهما حتى يحل منهما جميعًا) ا. هـ.
والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/١٩٧، من قول ابن عمر.
والدارمي في سننه ٢/٤٣ مرفوعًا، دون قوله: «وسعي سعيًا وحدًا».

(٤) في المخطوط: (الإفاقة)، والتصويب من المحقق.

السعي مقرون بطواف الإفاضة[1]، ولئن جاز عقيب طواف القدوم إنما يجوز على سبيل التعجيل والتقديم، ويدل عليه: قوله ﷺ لعائشة: (طوافك بالبيت وبين الصفا والمروة يكفيك لحجك وعُمرتك)[2]، والخبر صحيح.

وفي حديث عائشة قال: (وأمّا الذين قرنوا وطافوا لهما طوافًا واحدًا[3] وسعوا سعيًا واحدًا)[4]، فهو صحيح أيضًا.

وقال المخالف:

إن عائشة لم تكن قارنة بدليل أن النبي ﷺ قال لها: (ارفضي عمرتك وامتشطي واغتسلي)[5]، ولأن النبي ﷺ دخل عليها وهي تبكي قال لها: ما لك؟ قالت: أكُلّ نسائك يرجعن بنُسُكَين وأنا أرجع بنُسُك واحد؟ فأمر عبد الرحمن بن أبي بكر ـ أخاها ـ حتى أعمرها في التنعيم[6].

---

(١) في المخطوط: (الإفاقة)، والتصويب من المحقق.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٨/١٥٦ مع النووي، باب «مذاهب العلماء في تحلل المعتمر المتمتع»، والدارقطني في سننه ٢/٢٦٣.

(٣) في المخطوط (طواف واحد)، والتصويب من موطأ مالك.

(٤) رواه بهذا اللفظ الإمام مالك في الموطأ.

وأصله في الصحيحين ولفظه فيهما: «وأما الذين جمعوا بين الحج والعمرة فإنما طافوا طوافًا واحدًا» ا. هـ.

ينظر: صحيح البخاري ٣/٤١٥ مع الفتح، باب «كيف تهل الحائض والنفساء».

صحيح مسلم ٨/١٤٠ مع النووي، باب «بيان حج الحائض».

(٥) رواه البخاري في صحيحه ٣/٦٠٥ مع الفتح، باب «العمرة ليلة الحصبة وغيرها».

ومسلم في صحيحه ٨/١٣٨، ١٣٩ مع النووي، باب «حج الحائض».

(٦) رواه البخاري في صحيحه ٣/٤٢١ مع الفتح، باب «التمتع والقِران». =

۞ **والجواب:**

إن الخبر الذي روينا متفق على صحته.

وأمّا قوله ﷺ: (ارفضي عُمرتك) يعني أعمال عُمرتك[1].

قال الشافعي: «وامتشطي واغتسلي».

يجوز للمحرم أن يمتشط ويغتسل غير أنها ترفق بشعرها حتى لا تنتفه[2].

وأمّا بكاؤها، وقولها: «أكُلّ نسائك يرجعن بنُسُكَين وأنا أرجع بنُسُك واحد»؟

فإنما طلبت فعل كل واحد من النُسُكَين على الانفراد، وقد أيّد ما روينا حديث موسى بن عقبة عن نافع، عن ابن عمر، أنه أهَلّ بالعُمرة فلما أتى الجحفة قال: «ما أمرهما إلّا واحد أشهدكم أني قد أدخلت الحج على العُمرة، فطاف لهما طوافًا واحدًا وسعى سعيًا واحدًا، وقال: «هكذا رأيتُ رسول الله صنع»[3]، والخبر صحيح.

= ومسلم في صحيحه ٨/١٤٣، ١٥٣ مع النووي، باب «مذهب العلماء في تحلل المعتمر المتمتع».
ولفظ البخاري ومسلم: «قالت: يا رسول الله، يرجع الناس بعمرة وحجة وأرجع أنا بحجة»؟.
ورواه أيضًا أبو داود في سننه ٢/٣٨٤ مع المعالم، باب «إفراد الحج».
والنسائي في سننه ٥/١٢٨، باب «في المهلة للمرأة تحيض وتخاف فوات الحج».

(١) ذكر ذلك النووي في شرحه على مسلم ٨/١٣٩، ١٤٠.

(٢) ذكر ذلك في الأم ٢/١٧٤.

(٣) رواه مسلم في صحيحه ٨/٢١٣، ٢١٤ مع النووي، باب «جواز التحلل بالإحصار» والبخاري في صحيحه ٣/٤٩٤ مع الفتح، باب «طواف القارن»، ومالك في الموطأ عن ابن عمر=

قالوا: روى عليّ أن النبي ﷺ قَرَنَ فطاف لهما طوافين وسعى لهما سعيين(١).

وفي رواية: «إن عليًّا قَرَنَ فطاف لهما وسعى سعيين، وقال: هكذا رأيتُ رسولُ الله ﷺ فعله»(٢).

۞ **والجواب:**

إن الدارقطني قال: رواه حفص بن أبي داود وهو ضعيف(٣)[٧٣/أ]، وعلى أنَّا بيّنا أنه صح أن النبي ﷺ كان مفردًا ولم يكن قارنًا.

وأمّا الكلام من حيث المعنى:

فهو بناء أنه محرم بإحرام واحد، والدليل على أن الإحرام بالحج عبادة من جنس الإحرام بالعُمرة، ويجوز أن يقال: إن الإحرام فيهما عبادة واحدة؛ لأنها من حيث الإحرام واحد، فإذا فعل في زمان واحدًا منهما لم يجز أن يفعل منهما أخرى في ذلك الزمان.

دليله: الصوم والصلاة.

= ٢/٢٧٥ مع المنتقى، باب «ما جاء فيمن أحصر بعدو»، كلهم رووه من غير طريق موسى بن عقبة.

ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار عن موسى بن عقبة ٢/١٩٧، ١٩٨.

والدارقطني في سننه ٢/٢٥٧ عن موسى بن عقبة أيضًا.

(١) رواه الدارقطني في سننه ٢/٢٦٣.

(٢) المرجع السابق.

(٣) قاله في السنن ٢/٢٦٣.

ودليله: الإحرام بحجتين وعُمرتين فإن عندنا[1] لا ينعقد الإحرام إلا بأحدهما.

وعندهم: إن انعقد إنما ينعقدان جميعًا من حيث إنه التزام، فأما من حيث الفعل فلا يُتصور اجتماعهما، ولهذا المعنى حكموا بارتفاض أحدهما، ولأن الزمان ظرف العبادة، فإذا اشتغل بعبادة لم يُتصوّر اشتغاله بعبادة أخرى من جنسها، مثل المكان المحسوس إذا اشتغل بشيء لم يُتصوّر اشتغاله بشيء آخر، وإذا ثبت أن الإحرام واحد تكون الأعمال واحدة أيضًا.

ويُستَدل من حيث الحكم بالتلبية والحلق فإنه يكتفي بالواحد منهما بالإجماع[2].

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: أحرم بالحج والعُمرة فيطوف طوافين ويسعى سعيين.

دليله: إذا أفرد كل واحد منهما، وهذا لأن القِران ليس إلا الجمع بين عبادتين فلا يوجب تغيير عمل العبادتين كالجمع بين الصوم والاعتكاف، وكالجمع بين الصوم والإحرام.

والحرف أن القِران لم يفد إلّا الجمع، وأما العبادتان فيما وراء الجمع مثلهما أن لو أتى بكل واحد منهما على الانفراد.

---

(١) سبقت هذه المسألة وذكر الأقوال فيها عند مسألة: إذا أحرم بحجتين ص٦١٩.

(٢) لأن الوقت يستغرق أفعال الحجه الواحدة عند الكل، وإنما الخلاف هل تثبت في ذمته حجه أخرى؟ ينظر المجموع ١١٧/٧

واستدلوا في أنه محرم بإحرامين أنه نوى الحج والعُمرة مقرونة بالتلبية وكل واحد من التلبيتين أوجب إحرامًا، وهذا لأنه وُجِد سبب الإحرامين بدليل حال الانفراد وإذا وُجِد سبب الإحرامين يصير محرمًا بإحرامين.

قالوا: وأما التلبية فهي عقد على أداء العبادة فهي وإن كانت عبادة متجددة فالحاصل بهما عقدان مثل مَنْ باع من إنسان عبدين بلفظ واحد، وباع من رجلين بلفظ واحد فإنه يكون الحاصل عقدين، ولا فرق بين أن يبيع العبدين بلفظ أو يبيعهما بلفظين في موجب العقد، كذلك ههنا لا فرق بين أن يلبي تلبية واحدة، أو يلبي تلبيتين في موجبهما من الإحرام، فكما أنه لو أتى بكل واحد منهما على الانفراد يكون الحاصل إحرامان، كذلك إذا أتى بهما جميعًا، كذلك أيضًا. قالوا: «قولكم إن العبادتين من جنس واحد فإذا شغل الوقت بأحدهما لا يُتصوّر اشتغاله بالأخرى».

قالوا: هذا في الأداء مسلَّم، فأما الإحرام الذي هو عقد على الأداء والتزام على ما سبق من قبل فلا، لأن الذمة واسعة للالتزام سواء أكانت في عقدين مختلفين أو في عقدين من جنس واحد.

وكذلك قولنا: «إنه عقد على الأداء»، معناه أنه التزام للأداء.

قالوا: ولهذا قلنا إن الإحرام بحجتين أو عُمرتين ينعقد، وإنما يرتفع واحدهما عند الاشتغال بالأداء، لأن التضايق بينهما في الأداء لا في الالتزام والعقد على الأداء.

قالوا: وكذلك الحلق موجب التحلل والواجب بالحق الواحد تحللان مثل ما قلنا: إن الواجب بالتلبية الواحدة إحرامان.

يبيّنه: أنه يجوز أن يوجب بيعين بلفظ واحد، وكذا يقبلهما بلفظ واحد، كذلك يجوز أن توجب إحرامين بلفظ واحد وتحللين بفعل واحد.

❁ **الجواب:**

إن قولهم: «محرم بالحج والعمرة».

قلنا: نعم، ولكن بإحرام واحد، وفي الأصل الذي قاسوا عليه محرم بإحرامين.

وأمّا قولهم: «إنه محرم بنيِّة الحج والعمرة».

قلنا: نحن نقول بهذا إنه محرم بالحج والعُمرة لأجل النيَّة التي ذكروها، ولأنه يصير مؤديًا للحج والعمرة فلابد من نيتهما ليصير مؤديًا لهما غير أن الإحرام واحد لما بيّنا من الدليل، والذي ذكروه بعد هذا كله بناء على أصلهم في أن الإحرام ليس بأداء الحج بل هو عقد على الأداء والتزام محض على ما ذكروا من قبل.

وأمّا على مذهبنا فالإحرام أداء العبادة والوقت لا يتسع[1] الواحد لا يسع لأداء عبادتين من جنس واحد لا حكمًا ولا حقيقة بدليل ما سبق، وأما بيع العبدين أو البيع من اثنين فهو من باب المعاملات وهذا جائز في المعاملات، لأنها التزامات.

وأمّا العبادة أداء والأداء فعل والوقت الواحد لا يتسع لفعلين اثنين بدليل الوقوفين والطوافين، وكذلك في الصلاتين والصومين فهذا وجه الكلام

(١) كذا في المخطوط ولعل الكلمة سهو من الناسخ؛ لأن الكلام يستقيم بدونها، ولا يستقيم معها.

في هذه المسألة.

وقد قال الأصحاب:

إن الأعمال تتداخل وقد وَرَدَ أن النبي عليه السلام قال: (دخلت العُمرة في الحج إلى قيام الساعة)[1]، ومعنى الدخول دخول الأفعال على [٧٣/ب] ما عُرِف من مذهبنا، وهو يقولون إن المعنى دخول الوقت يعني أنها جازت في وقت الحج[2]، وهذا مجاز، والحقيقة ما قدمنا من دخول الأعمال؛ لأن الحج هو الأعمال، وقد دخلت العُمرة في الحج وليس ذلك إلّا ما ذكرناه والاعتماد من حيث الحقيقة على ما ذكرنا من قبل وهو متن المذهب. والله تعالى أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

طواف الجُنُب والمحدث غير محسوب به عندنا[3].

وعندهم: محسوب ويريق دمًا في الطواف محدثًا إن لم يعد، وفي الجُنُب يعيد بكل حال فإن لم يعد أراق دمًا لم يبطل الاحتساب[4].

(١) رواه مسلم في صحيحه ١٧٩/٨ مع النووي، باب «حجة النبي ﷺ».
وأحمد في المسند ١٧٥/٤، وابن ماجه في سننه ٩٩١/٢.

(٢) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٨٨.

(٣) المهذب ٢٩٥/١، النكت: ورقة ١٠٨/ب، المجموع ١٨/٨، حلية العلماء ٢٨٠/٣، معالم السنن ٣٥٨/٢.
وهو قول مالك والمشهور عن أحمد.
الإشراف للبغدادي ٢٢٨/١، بداية المجتهد ٣٤٣/١، المغني ٢٢٣/٥، الكافي في فقه أهل المدينة ٣٦٩/١.

(٤) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣٩٨، المبسوط ٣٨/٤، مختلف الرواية: ورقة ٦٤/أ،=

❁ لنا:

حديث طاووس عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال: (الطواف بالبيت صلاة إلّا أن الله تعالى أحلّ فيه النطق، فمَن ينطق لا ينطق إلّا بخير)[(١)].

وإذا كان صلاة فقد قال ﷺ: (لا صلاة إلّا بطهور)[(٢)].

وإن نازعوا وقالوا: إنه ليس بصلاة لا لغة ولا حقيقة، لأنها في اللغة بمعنى الدعاء، وفي الحقيقة عبارة عن أفعال معلومة بترتيب مخصوص، ولا يوجد واحد منهما في الطواف، فهذا كله اعتراض على الرسول ﷺ، وعلينا أن نعتقد أن الأمر ما قاله ونص عليه.

= بدائع الصنائع ٣/١١٠٢، ١١٠٣، ١١٢٤.
وهو رواية عن الإمام أحمد لكنه قال: «إن كان في مكة فعليه الإعادة وإن خرج إلى بلده جُبِرَ بدمٍ»، المغني ٥/٢٢٣.

(١) قال ابن حجر في الدراية: «اختلف في رفعه ووقفه، ورواه ابن حبان والطبراني من حديث ابن عباس» ا. هـ، الدراية ٢/١٨.
وروواه الدارمي في سننه مرفوعًا ٢/٤٤، باب «الكلام في الطواف».
والبيهقي في سننه ٥/٨٤، ٨٥، مرفوعًا وموقوفًا، باب «إقلال الكلام في غير ذكر الله في المطاف».
قال النووي في المجموع ٨/٥٠: «والصحيح أنه موقوف على ابن عباس لا مرفوع» ا. هـ.

(٢) قال ابن حجر في التلخيص: «لم أر هذا الحديث بهذا اللفظ».
وقد رواه الترمذي بلفظ: «لا تُقبل صلاة بغير طهور».
وأصله في صحيح مسلم بلفظ: «لا تُقبل صلاة بغير طهور».
ينظر: التلخيص الحبير ١/١٢٩، صحيح مسلم ٣/١٠٢، مع النووي، سنن الترمذي ١/٨ مع التحفة.

يبيِّنه: أن الأفعال المعهودة كانت صلاة بالشرع فليكن الطواف صلاة بالشرع.

ونحتج أيضًا بقوله ﷺ لعائشة حين حاضت: (فاصنعي ما يصنعه الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت)[١]، فإن هذا نهي، والنهي يدل على فساد المنهي عنه[٢]، وإخراجه عن صفة المشروعية على ما ذكرنا من قبل، ويمكن أن يقال من جهة المعنى إن الطهارة شرط الطواف بدليل أنه لا يحل به[٣] أن يطوف محدثًا بالإجماع[٤] وإذا طاف محدثًا لزمته الإعادة، وكل عبادة كانت الطهارة فيها شرطًا لم يتأدّ بدونها كالصلاة.

❁ وأمّا حُجَّتهم:

فقد تعلَّقوا بنص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾[٥]، والله تعالى أمر بالطواف ولم يأمر بالطهارة، ولفظ الأمر بالطواف لا يدل عليها بحال، فتكون الطهارة شرطًا زائدًا على كتاب الله تعالى فلا يجوز بالخبر الواحد ولا بالقياس[٦]، وهذا لأن الطواف هو الطواف المحسوس فإذا علّق بشرط زائد شرعًا انعدم ما اقتضاه الطواف المطلق، وهذا

(١) رواه البخاري في صحيحه ٤٠٧/١ مع الفتح، باب «تقضي الحائض المناسك كلها إلا الطواف بالبيت».
(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير ٨٤/٣، مختصر ابن الحاجب ٩٥/٢.
(٣) كذا في المخطوط، ولعله: (له).
(٤) لم أعثر عليه ولعله يقصد الوجوب من حيث الأصل.
(٥) سورة الحج، من الآية (٢٩).
وقد استدل بهذه الآية الدبوسي في أسراره، كتاب المناسك، ص ٤٠٠.
(٦) ينظر أصول السرخسي ٨٢/٢، كشف الأسرار ١٩١/٣.

الطواف محسوسًا كالطلاق المُعلَّق ينعدم إذا علّق بشرط، وكذلك العتاق، فثبت أن تعليق الطواف بشرط الطهارة يجري مجرى النسخ، ولو ثبت لكم شرطًا ثبت بالخبر الواحد والنسخ بالخبر الواحد لا يجوز[1].

قالوا: وعلى أنَّا نقول إن الخبر الوارد في الطهارة لتكميل الطواف لا لأصل الجواز، ونحن هكذا نقول: إن الطواف لا يكمل إلّا بالطهارة فحمل الخبر على هذا حتى لا يكون نسخًا وليبقى أصل الجواز مطلقًا كما كان.

قالوا: وأما أمرنا إياه بالإعادة لتدارك الإكمال فإذا رجع إلى أهله قبل أن يتدارك بالطواف جبرناه بالدم؛ لأن النقص الداخل في الحج مما يُجبر بالدم وشواهد هذا كثيرة، ولأن الأصل أن الثابت بالخبر الواحد ثابت في حق العمل دون العلم[2]، فنأمره بالطهارة ابتلاءً عملًا بخبر الواحد، وكذلك نأمره بالإعادة إذا كان طاف محدثًا عملًا بخبر الواحد، وأمّا من حيث العلم فلا نعتقد أن الطواف الأول ليس بطواف، لأن الخبر الواحد لا يوجب العلم فيكون الطواف محدثًا طوافًا في حق العلم إلّا أن في حق العمل جعل كأن الطواف لم يوجد فنأمره بالإعادة، وعلى هذا يصير الطواف في حكم الطوافين في حق العمل وفي حق العلم، أما في حق العلم فالطهارة لا تكون شرطًا كسائر أركان الحج، وفي حق العمل الطهارة شرط كالصلاة بخلاف سائر الأركان فلم يجز الاعتبار بأصل واحد في البابين جميعًا وهما بابان مختلفان.

قالوا: وعلى هذا فإذا طاف منكوسًا يكون محسوبًا؛ لأن الذي في كتاب

(١) أصول السرخسي ٧٧/٢، المغني في أصول الفقه للخبازي ص ٢٥٧.

(٢) أصول السرخسي ٧٧/٢، المغني للخبازي ص ١٩٥.

الله تعالى هو الأمر بالطواف فحسب، وليس في كتاب الله تعالى التيامن فيكون الأمر بالتيامن زيادة على كتاب الله تعالى، فيجري مجرى النسخ.

قالوا: ويُحمل تيامن النبي ﷺ على بيان التكميل وليس على بيان أصل الجواز فيحمل على هذا حتى لا يؤدي إلى النسخ، وقد تعلّق بعض مشايخهم بالحدث العمد، وقالوا: عبادة لا يبطلها الحدث العمد فلا تكون الطهارة من شرطها.

دليله: الوقوف والسعي بين الصفا والمروة.

الجواب:

إن الأمر بالطواف يقتضي إيجاب أصل الطواف، فأما صفة الطهارة في الطواف فليس في الآية تعرض لها فيجوز إثباتها بالسُّنَّة ولا يعد نسخًا، لأن نسخ الكتاب هو تعبد بالحكم الثابت [٧٤/أ] بالكتاب، والحكم الثابت بالكتاب هو وجوب الطواف وما تغيّر ولكن بالسُّنَّة وجب معنى زائد على حقيقة الطواف، فإن قالوا: إن التغيير قد وُجِد؛ لأن الكتاب قد دَلَّ على الإجزاء على معنى أنه إذا أتى بما يسمى طوافًا جاز عنه وبضم هذا الشرط إلى الطواف يفوت الإجزاء فيحصل النسخ من هذا الوجه، ثم قالوا: إذا ثبت أنه نسخ أو جارٍ مجراه فصارت السُّنَّة مبيِّنة لكمال الطواف على ما سبق فيُحمل الخبر على هذا حتى لا يؤدي إلى النسخ.

قال أبو زيد: (في قوله ﷺ: (الطواف بالبيت صلاة)، معناه في حكم الصلاة لا أنه نفس الصلاة، وقولنا في حكم الصلاة مقتضى، والمقتضى

لا عموم له فصار الخبر مقتضيًا كون الطواف صلاة في حكم ونحن قد أثبتنا ذلك فإن الجواز متعلق بالبيت مثل الصلاة، وكذلك الإباحة بالطهارة)[1] حتى لا يجوز له أن يطوف مُحْدِثًا أو جُنُبًا.

❁ والجواب:

إن الآية لا تدل إلّا على الوجوب، فأمّا الإجزاء بدليل آخر يدل عليه، ثم نقول: الإجزاء عند فعل الطواف بمطلق الأمر إنما كان لعدم قيام الدليل على وجوب شرط زائد فإذا قام دليل من السُّنَّة على شرط الطهارة فات الإجزاء عند مطلق الطواف من غير أن يتضمن نسخ الآية، لأن الآية دلَّت على وجوب الطواف والوجوب على ما كان من قبل ولم يتغير ولم يتبدل وفوات الإجزاء عند وجود فعل الطواف مع الحَدَث لا يمس الوجوب، لأن الوجوب يجوز أن يكون باقيًا مع انضمام هذا الشرط إليه، والجواز ثابت عنده وجوده بشرطه غير ثابت عند وجود فعله بدون شرطه فدلّ أن دعواهم النسخ لا يتحقق أصلًا، وإنما هو ظن وحسبان وقد ذكرنا هذا في غير هذه المسألة فَمَنْ أراد أشبع من هذا فليرجع إليه.

وأمّا قولهم: «إن السُّنَّة لبيان الكمال».

قلنا: قد فات الإجزاء كاملًا فاجعلوا هذا نسخًا أيضًا والآية وإن كانت اقتضت الإجزاء فقد اقتضت الإجزاء من كل وجه ويقال: اقتضت الإجزاء أصلًا ووصفًا، فثبت أن الطريق ليس على ما قلتم لكن السُّنَّة مبيّنة لما يدل

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار، كتاب المناسك، ص ٤٠٢.




عليه الكتاب فيصير كأنِ الله تعالى قالوا: ﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾...[1] على ما دلت عليه السنة مثل قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾[2] يعني على ما دلّت عليه السنة.

وأمّا قولهم: «إن الكتاب يدل على العلم وخبر الواحد يدل على العمل».

فليس ما قالوه بشيء؛ لأن الكتاب والسُّنَّة ما دلا إلّا على العمل فإن العلم بكون الطواف طوافًا شيء محسوس لا يحتاج إلى كتاب ولا إلى سُنَّة إنما الكتاب والسُّنَّة يدلان على الاحتساب وهذا عملي لا علمي فإن معناه الاحتساب بعمله.

وقولهم: «إن المقتضى لا عموم له».

قلنا: قد بيّنا أن الطواف صلاة شرعًا، وإن سلّمنا أن معناه أن له حكم الصلاة، أو معناه أنه مثل الصلاة فلما استثنى الشرع حكمًا واحدًا وهو الكلام دل أن ما وراءه على العموم، وإلا لم يكن لهذا الاستثناء معنى.

وإن تعلقوا بجواز الكلام وترك الاستقبال نقول:

لما كان مثل الصلاة وجب أن لا يخالفها فيما لم تنفك عنه الصلاة بحال، والطهارة مما لا ينفك عنها بحال، بل الصلاة لا تكون صلاة إلّا بها، وهذا بخلاف الكلام واستقبال القِبْلة فقد كان حلالًا في ابتداء الإسلام، كذلك الطواف كان في معنى ذلك، وأما الاستقبال فقد يجوز تركه في كثير

(١) بياض في المخطوط.
(٢) سورة المائدة، من الآية (٣٨).

من المواضع على ما عُرِف.

أما تعلقهم بالحَدَث العمد فقد قال بعض أصحابنا:

إن الحدث العمد في خلال الطواف يوجب استئناف الطواف وإن قلنا إنه لا يوجب الاستئناف؛ فلأن البناء ممكن وهو أن يبنى على ما بقي من الطواف على ما مضى، لأن الواجب طواف بعدد معلوم فأمكن البناء ليتم العدد، فأما في الصلاة فقد عقد تحريمة تشتمل على أفعال، وبالحَدَث العمد يبطل عقد التحريمة فلا يتصور البناء على ما سبق فوجب الاستئناف. والله أعلم.



❋ (مَسْأَلة):

السعي بين الصفا والمروة ركن عندنا[1].

وعندهم: ليس بركن[2].

❋ **لنا:**

حديث حبيبة[3] بنت أبي تَجَراة أن النبي ﷺ قال: (أيها الناس، إن الله

---

(١) المهذب ١م ٢٩٩، النكت: ورقة ١١٠/ب، النووي على مسلم ٩/٢٠، المجموع: ٨/٦٨، حلية العلماء ٣/٢٨٨.
وهو قول مالك وأحمد في أصح الروايتين عنه، وهو قول عائشة وعروة، الإشراف للبغدادي ١/٢٢٩، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٧٠، المدونة ١/٤٠٩، المغني ٥/٢٣٨، التعليقة لأبي يعلى ورقة ١٠٠/أ، وروى عن الإمام أحمد أنه مستحب وليس بواجب، المغني ٥/٢٣٩.

(٢) الأسرار، كتاب المناسك، ص٤١٠، أحكام القرآن للجصاص ١/٩٦، مختصر القدوري ١/٢٢٢، بدائع الصنائع ٣/١١١٢، المبسوط ٤/٥٠، مختلف الرواية: ورقة ٦٤/أ.

(٣) «حبيبة بنت أبي تجراة العبدرية ثم الشيبية روى حديثها الشافعي عن عبد الله بن المؤمل=

تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا)[1] وهذا نص.

ثم نقول: إن الله تعالى أمر بالحج، وقد أخبر النبي عليه السلام أن الله تعالى كتب علينا السعي فصار من جملة الحج الذي أمر الله به وإذا صار من جملة الحج لم يخرج من الأمر بالحج بدونه، وهذا لأن الأمر بالحج لا يتأدى إلّا بفعل الحج فكل ما كان فعلًا من أفعال الحج سواء ثبت ذلك بالكتاب أو السُّنَّة لم يتأدّ الحج بدونه، وهذا كالأفعال الواجبة في الصلاة لا تتأدى الصلاة بدونها.

يبيّنه: أن السعي طواف مأمور به ليكون شعيرة من شعائر الله تعالى فيكون واجبًا.

دليله: [٧٤/ب] الطواف بالبيت.

والدليل على أنه من شعائر الله تعالى قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلصَّفَا وَٱلْمَرْوَةَ مِن شَعَآئِرِ ٱللَّهِ﴾[2] وشعائر الله تعالى أعلام الدين، فلابد من تعلق فرض بهذه

= وابن سعد عن معاذ بن هانئ، ومحمد بن سنجر عن أبي نعيم، وابن أبي خيثمة عن شريح بن النعمان كلهم عن ابن المؤمل» ا. هـ.
ثم أورد حديث الباب، وقد اختلف في صحبتها. ينظر: الإصابة في أسماء الصحابة ٤/٢٦٠.

(١) رواه الدارقطني في سننه ٢/٢٥٥.
والإمام أحمد في المسند ٦/٢٢١، ٢٢٢.
والحاكم في المستدرك ٤/٧٠.
والبيهقي في سننه ٥/٩٨، باب «وجوب الطواف بين الصفا والمروة».
وأبو نعيم في الحلية ٩/١٥٩.
وصححه الألباني في الإرواء ٤/٢٦٩.

(٢) سورة البقرة، من الآية (١٥٨).

البقعة لابد من فعله ليكون من شعائر الله، لأَنَّا إذا قلنا: إنه يجوز الحج بدونه لا يكون من شعائر الله، وهذا لأن شعائر الله ما إذا أوصل إليه ظهر له علم من أعلام الدين، فإذا لم يكن المشروع فرضًا وأطلق تركه إلى دم أو غير دم لم يتبين كونه علمًا للدين وشعيرة من شعائر الله تعالى.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: الحج واجب بدليل مقطوع به للعلم والعمل، فكل ما كان من الحج ولم يكن الحج حجًا إلّا به فلابد من وجوبه بمثله يستقيم وجوب الحج بدليل موجب للعلم على ما دل عليه الدليل من الكتاب، فعلى هذا لا يجوز أن يجب السعي لا بخبر الواحد ولا بالقياس، بل يجوز أن يتعلق كمال الحج بدليل من السُّنَّة، فأما أصل الحج فلا يجوز إثباته إلّا بدليل يوافق الكتاب في إفادة العلم وذلك أن يكون دليلًا مقطوعًا به.

قالوا: ولأن السعي فعل يؤتى به خارج الإحرام فلا يكون ركنًا كالرمي.

وبيانه: أنه يحل الإحلال الأول بالحلق والثاني بالطواف ثم يسعى، ويستحيل أن يكون السعي عملًا من أعمال الحج فلا يتم بدونه، ثم يجوز أن يؤتى به خارج الإحرام.

قالوا: ولأنه تَبَعٌ للطواف بدليل أنه لا يجوز أن يؤتى به إلّا عقيبه وهذا دليل التبعية حيث لم يستقل بنفسه بحال فلم يكن ركنًا.

دليله: الوقوف بالمزدلفة مع الوقوف بعرفة.

يدل عليه: أنّا إذا جعلناه ركنًا وهو تبع للطواف لم يصح الطواف إلّا به،

ولا يجوز أنِ تقف صحة المتبوع على وجودِ التبع.

قالوا: ولأن السعي ليس له وقت على انفراده، بل يكون وقت الطواف وقتًا له، والأصل أن الركن في الحج له وقت ينفرد به.

دليله: الوقوف والطواف وحين لم يكن وقت ينفرد به لم يكن ركنًا[١].

❁ **الجواب**:

أما قولهم: «إن الحج وجب بدليل مقطوع به».

قلنا: مسلَّم، لأنه وجب بالكتاب والسُّنَّة، ولا شك أن ذلك دليل مقطوع به لتواتره فيوجب العلم والعمل.

فأما قولهم: «إن كل فعل كان من الحج لم يتم الحج إلّا به يجب أن يكون وجوبه بمثل هذا الدليل».

قلنا: ليس كذلك، لأن وجوب الحج بالكتاب لم يكن، لأنه لا يجوز وجوبه إلّا بالكتاب بل كان يجوز وجوبه بالخبر وإن كان واحدًا، لأنه واجب عملي، وأجمعنا على أن خبر الواحد يوجب العمل إلّا أنه كذلك وقع الاتفاق الشرعي بأن الله تعالى أوجبه بالكتاب، وإذا كان الأمر على ما ذكرنا جاز وجوب فعل من أفعاله بدليل عملي لا يوجب العلم، وألحق بسائر الأفعال في الركنية عملًا لا علمًا، وهو كالوتر على أصلكم ألحق بسائر الصلوات عملًا لا علمًا، وهذا لأن الدليل يفيد الحكم بقدر مرتبته، فإذا كان خبر

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص٤١٣ ـ ٤١٤.




الواحد يفيد الوجوب عملًا، ويجوز أن يكون هذا الفعل ركنًا للحج عملًا صار ركنًا عمليًا من جهة أركان الحج، وسائر الأركان صارت أركانًا للحج علمًا وعملًا وهو مثل واجبات الدين فبعضها واجبات الدين عملًا وعلمًا وبعضها واجب عملًا لا علمًا، كذلك ههنا.

وأما الذي قالوا: «إن السعي يفعل خارج الإحرام جملة».

قلنا: هذا يلزمكم كما يلزمنا؛ لأنكم تعترفون بوجوبه إن لم تعترفوا بركنيته واللزوم في الواجب صحيح مثل ما هو في الركن، وعلى أنَّا نقول: إن الإحرام بمنزلة الباقي حكمًا في حق السعي مثل ما يجعل بمنزلة الباقي حكمًا في الرمي وطواف الصدر.

وأما قولهم: «إن السعي تبع للطواف».

قلنا: لا نسلِّم ذلك، بدليل أنه يجوز فعله عقيب طواف القدوم، وطواف القدوم سُنَّة، والواجب لا يتبع السُّنَّة إلّا أن الشرع وَرَدَ بنوع ترتيب مثل ما رتب الركوع على القيام والسجود على الركوع وإن لم يكن واحد منهما تبعًا لصاحبه.

وأما قولهم: «إنه غير مؤقت».

قلنا: هذا حدّ تنفردون به ولا نوافقكم عليه، ولأنه إذا جاز أن يكون غير واجب ويكون مؤقتًا يجوز أن يكون أيضًا واجبًا ولا يكون مؤقتًا، والكلام ليس له غور، وفيما ذكرنا كفاية. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا جامع المحرم امرأته بعد الوقوف بعرفة فسد حجه عندنا(١).

كما يفسد إذا جامع قبل الوقوف بعرفة، وعليه بَدْنة(٢).

وعندهم: يفسد قبل الوقوف وعليه شاة ولا يفسد بعد الوقوف، وعليه بُدْنة(٣).

❖ **لنا:**

إن الوطء مفسد للإحرام بالإجماع(٤)، والإحرام بتمامه وكماله قائم بعد الوقوف فإذا وجد العامل في الإفساد في محل العمل وجب أن يعمل ويفسد حجه.

دليله: إذا كان قبل الوقوف ويستشهد على هذا بالحسيّات، فإن السيف إذا كان عاملًا في القطع والنار في الإحراق فإذا وجدا في محل العمل عَمِلَا،

---

(١) «أجمع الفقهاء على أن المحرم إذا وطء في القُبُل عامدًا عالمًا بتحريمه قبل الوقوف بعرفة فسد حجه»، نقل ذلك النووي في المجموع ٧/٣٥٩.
وإنما الخلاف فيمن وطِئ بعد عرفة وقبل طواف الإفاضة وهي المسألة التي سيتكلم عليها المؤلف.

(٢) وهو قول المالكية والحنابلة.
ينظر: المجموع ٧/٣٥٩، روضة الطالبين ٣/١٣٨، ١٣٩، النكت: ورقة ١٠٨/ب، الإشراف للبغدادي ١/٢٣٤، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٩٦، المغني ٥/١٦٧، الإفصاح ١/٢٨٧، ٢٨٨.

(٣) الأسرار، كتاب المناسك، ص ١٩٢، مختلف الرواية: ورقة ٦٥/ب، المبسوط ٤/١١٨، ١١٩، بدائع الصنائع ٣/١٢٩٩.

(٤) ينظر المجموع٧/٣٥٩.

كذلك ههنا. [٧٥/أ]

❁ وأمّا حُجَّتهم:

تعلقوا بما رُوي عن ابن عباس رضي الله عنهما مثل مذهبهم في الصورتين جميعًا على حسب ما قالوا[١]، ولا مخالف له فوجب تقليده، ولأنه بالوقوف أمن حجه من الفوات فوجب أن يأمن من الفساد.

دليله: إذا وقف ورمي، قالوا: وبفصل ما بعد الرمي يبطل قولكم إن الإحرام قائم أيضًا بعد الرمي ومع ذلك لا يفسد حجه.

فإن قلتم: «إن الإحرام ليس على تمامه».

قلنا: ليس كذلك، بل هو على تمامه بدليل بقاء المحظورات عليه إلى أن يحلق، وعلى أنه إذا كان الإحرام ضعف بالرمي فيكون الحكم بفساده أولى؛ لأنه إذا فسد الإحرام مع قوته وتمامه بالوطء فلأن يفسد عند ضعفه واختلاله أولى.

وأما أبو زيد[٢] قال: أفعال الحج ينفصل بعضها عن البعض مكانًا وزمانًا

---

(١) ذكره الدبوسي في الأسرار استدلالًا به ولفظه فيه: «إذا جامع قبل الوقوف أن حجه يفسد وعليه شاة، وإن جامع بعد الوقوف فعليه جزور وحجته تامة».
وذكره السمرقندي في مختلف الرواية بهذا اللفظ.
ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص١٩٣، مختلف الرواية: ورقة ٦٨/أ، وقد روى هذا الأثر محمد بن الحسن في الموطأ ولفظه: «أنه سئل عن رجل وقع على امرأته قبل أن يفيض فأمره أن ينحر بُدْنة» ا. هـ. الموطأ ص ٢٢٣.

(٢) قاله في الأسرار في مسألة إذا جامع المحرم بعد الوقوف بعرفة، كتاب المناسك، ص١٩٢ ـ ١٩٥.

فلا يتأدى فساد بعضه إلى الباقي كالصلوات المختلفة بل هذا أولى ؛ لأن الصلاة تختلف زمانًا ولا تختلف مكانًا ، وهذه الأفعال تختلف زمانًا ومكانًا ثم هناك لا يتعدى الفساد من البعض إلى البعض فههنا أولى ، وإذا ثبت هذا فنقول: إذا جامع قبل الوقوف فقد فسد إحرامه ، والإحرام شرط لأداء الأفعال وإذا فسد قبل أداء شيء من الأفعال لم يجز أداء شيء من الأفعال بإحرام فاسد ، ففسد الحج بلا إشكال ، فأما إذا جامع بعد الوقوف ، فالوقوف قد صح بإحرام صحيح فإذا جامع فسد إحرامه وفسد الطواف ، وقد بيّنا أنه لا يتعدى الفساد من فعل إلى فعل فبقي الوقوف على الصحة ، وفسد الطواف فصحة الوقوف توجب صحة الحج ، وفساد الطواف يوجب فساد الحج فقد تعارض الموجب للصحة والموجب للفساد فلابد من الترجيح ، والترجيح للوقوف على الطواف بدليل قوله ﷺ: (الحج عرفة ، فَمَنْ وقف بعرفة فقد تم حجه)[1] ، ولأنه يؤتى به في إحرام كامل.

وأما الطواف يؤتى به وقد حصل بعض التحلل فيكون الوقوف في حصول الحج به فوق الطواف ، ألا ترى أنه أبيح بعض التحلل بعد وجوده قبل وجود الطواف ولا يباح شيء من التحلل قبل وجوده ، وإذا ثبت أن جانبه

(١) رواه أبو داود في سننه ٤٨٦/٢ ، مع المعالم ، باب «مَنْ لم يدرك عرفة».
وابن ماجه في سننه ١٠٠٣/٢ ، باب «مَن أتى عرفة قبل الفجر ليلة جمع».
والدارمي في سننه ٥٩/٢ ، باب «ما يتم به الحج».
والطحاوي في شرح معاني الآثار ٢٠٩/٢.
وأحمد في المسند ٣٠٩/٤، ٣١٠.
والبيهقي في سننه ١١٦/٥ ، باب «الوقوف لإدراك الحج».
والحاكم في المستدرك ٤٦٤/١.
والنسائي في سننه ٢٠٦/٥. والدارقطني في سننه ٢٤١/٢.




أرجح قلنا إنه يبقى حجه على الصحة لصحته، ولا يفسد بفساد الطواف، ثم إذا لم يفسد وجبت بدْنة لتغليظ الوطء وزيادته في التحريم على سائر المحظورات، وقبل الوقوف لما فسد فقد وجب القضاء فسقطت البدْنة ووجبت شاة لتقديم الوطء على وقته الذي أحلّ فيه.

الجواب:

أما أثر ابن عباس فلا تُعرف صحته وإن ثبت فلا يُترك القياس به.

وأما قولهم: «إنه حج وقع الأمن عن فواته فيقع الأمن عن فساده».

قلنا: ولِمَ؟ ثم يجوز أن يفسد ما لا يفوت.

دليله: العُمرة. وهذا لأن الطواف غير مؤقت فلا يفوت وإذا لم يفت فلو فات الحج فات بفواته فإذا لم يفت هو لم يفت الحج، وأما الوقوف مؤقت بوقت مخصوص فيفوت بمضي الوقت من غير وقوف فيفوت الحج بفواته فافترقا لهذا المعنى.

وأما الفساد فإنما كان للجناية على الإحرام بفعل الوطء وهو موجود سواء كان قبل الوقوف أو بعد الوقوف.

وأما قياسهم على بعد الرمي.

قلنا: الإحرام قد وقع التحلل عن الإحرام عندنا بالرمي، ولهذا المعنى أبيح له الحلق ولم يكن مباحًا من قبل وإذا وقع به التحلل لم يبق إحرامًا تامًا ومحل العمل إحرام تام.

قلنا: هذا دعوى، وجب أن يبطل الإحرام سواء كان تامًا أو لم يكن تامًا على ما سبق.

قلنا: الإحرام إذا وقع عنه التحلل من وجه ضعف، وإذا ضعف في نفسه ضعفت الحرمة المتعلقة به فلم تكمل الجناية بارتكابه بل خفت، وإذا خفت لم يعمل في إفساد الإحرام.

وأما في مسألتنا فالإحرام على تمامه وكماله فكملت أيضًا حرمة الوطء، وإذا كملت حرمة الوطء عظمت الجناية بارتكابه فأفسد الحج كما يفسد قبل الوقوف.

وأما طريقة أبي زيد: فليست بشيء؛ لأن أفعال الحج وإن انفصل بعضها عن البعض مكانًا وزمانًا ولكن عند الحج جمع الكل يتعدى الفساد من البعض إلى البعض، وتحقيق هذا هو أن هذه الأفعال ليست بعبادات بأنفسها وإنما صارت عبادات لأنها أفعال الحج، ألا ترى أنه لو وقف أو سعى أو رمي لا في الحج لا يكون فعله شيئاً، فثبت أن هذه الأفعال إنما صارت عبادة لأجل أنها من الحج، وإذا كانت صحتها عبادة لأجل أنها من الحج فيكون عند الحج جامعًا للكل وتصير جميع الأحوال كأنها شيء واحد في العبادة فيتعدى الفساد من البعض إلى البعض كما يتعدى في الصلاة والتعدي قد يكون في فعل لاحق، وقد يكون في فعل سابق ففسد الوقوف والطواف جميعًا [٧٥/ب] ففسد حجه.

وأما ما قالوا: من الترجيح.

فَهَوَسٌ؛ لأنهم إذا سلَّموا فساد الطواف بفساد الإحرام لأجل الوطء لا

يمكن القول بعد ذلك بصحة الحج. ؛ لأن الحج لا يتأدى بطواف فاسد، وإن قالوا: يفسد الإحرام بالوطء فقد منعوا عمل الوطء مع كونه عاملًا في الإفساد ومع وجود محل العمل وهذا لا يجوز، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

صيد الحرم والإحرام مضمون بالمثل خلقة من النَّعَم.

فتجب في النعامة (بدنة)[1]، وفي الضبع كبش، وفي حمار الوحش بقرة، وفي الظبي شاة[2].

وعندهم: يكون مضمونًا بالقيمة[3].

ثم في المذهب تفاصيل في الجانبين، فعندنا يجوز أن يدع المثل ويتصدق بلحمه، ويجوز أن يقوّمه ويشتري بالقيمة طعامًا فيتصدق على كل مسكين بمدٍّ، أو يصوم مكان كل مدّ يومًا[4]، والخيار إلى الحكمين[5].

---

(١) زيادة من المحقق يقتضيها النص.

(٢) المهذب ١/٢٨٩، المجموع ٧/٢٦٦، الأم ٢/١٦٥.
وهو قول مالك وأحمد في أصح الروايتين عنه إلا أن مالكًا قال: «يقوّم الصيد ولا يقوّم المثل»، الكافي ١/٣٩٣، ٣٩٥، المغني ٥/٤٠١، الإنصاف ٣/٥٣٦.

(٣) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣٢٢، المبسوط ٤/٨٢، بدائع الصنائع ٣/١٢٥٩، مختلف الرواية: ورقة ٦٠/أ.

(٤) المجموع ٧/٣٧٨، المهذب ١/٢٩٠، وهو قول الحنابلة والمالكية. المغني ٥/٤١٥، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٩٥.

(٥) المهذب ١/٢٩٠، وهو قول المالكية ومحمد بن الحسن من الحنفية واختيار الطحاوي، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٩٥. =

وعندهم: يصرف القيمة إلى الهَدْي من النَّعَم إن شاء، وإن شاء صرفه إلى الطعام ويُطعم كل مسكين نصف صاع فإن شاء صام مكان كل نصف صاع يومًا[1]، والخيار عندهم إلى مَنْ عليه[2]، قالوا: وإن تصدق بالقيمة يجوز أيضًا.

لنا:

قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾[3]، فيجب مثل المقتول من النَّعَم بنص الكتاب[4].

وعندهم: تجب قيمة المقتول[5] وهو خلاف القرآن.

ويدل عليه: إجماع الصحابة، رُوي عن عمر[6]، وعثمان[7]، وعليّ[8]،

= الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣٣٠، مختصر الطحاوي، ص ٧١، المبسوط ٤/٨٤.

(١) المبسوط ٤/٨٤، ٨٥، مختصر الطحاوي ص ٧١، أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٥٧، بدائع الصنائع ٣/١٢٥٨.
وهو رواية عن الإمام أحمد. المغني ٥/٤١٧.

(٢) المبسوط ٤/٨٣، الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣٣٠، مختصر الطحاوي، ص ٧١.

(٣) سورة المائدة، من الآية (٩٥).

(٤) المهذب ١/٢٨٩.

(٥) الأسرار، كتاب المناسك، ص٣٢٢، المبسوط ٤/٨٢.

(٦) رواه البيهقي في سننه ٥/١٨٣، وقال: والصحيح أنه موقوف على عمر رضي الله عنه. وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٢/٢٨١: «رواه مالك والشافعي بسند صحيح عن عمر».
وعبد الرزاق في مصنفه ٤/٣٩٩، ٤٠١، ٤٠٥، ٤٠٨، ٤١٤.

(٧) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٤/٣٩٩.

(٨) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٤/٣٩٩، ٤٠٦.

وزيد[١]، وابن عباس[٢]، وابن عمر، وابن الزبير، ومعاوية أنهم قالوا: في النعامة بدنة، وفي حمار الوحش بقرة، وفي الضبع كبش، وفي الظبي شاة، وفي الغزال عنز، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع جفرة، وفي الحمامة شاة، وهذا الإجماع في نهاية الحُجَّة ولم يرو عن أحد من الصحابة خلاف ذلك[٣].

وإن قالوا: إنه كان بطريق القيمة فهذا محال، لأن تقويم هذه الحيوانات بهذه الحيوانات باطل بل نقطع بوجود التفاوت قيمة.

يدل عليه: أنهم أوجبوا هذه الحيوانات من النَّعَم في مقابلة هذه الحيوانات من الصيود، والقيم دراهم ودنانير فكيف يستقيم تقويم الحيوان بالحيوان؟.

وإن قالوا: اعتبروا المعادلة قيمة، فلا معادلة بين قيمة البدنة وقيمة النعامة، وكذلك في حمار الوحش والبقر والضبع والكبش والظبي والشاة فلا مطمع لهم في تأويل الآية وتأويل أقوال الصحابة بحال، ويقال أيضًا: واجب باسم الكفَّارة فلا يرجع فيها إلى التقويم.

دليله: سائر الكفَّارات.

يدل عليه: أن حق الله تعالى متعلق بهذه الواجبات فيكون لزومها بالتوقيف المحض، وهذا لأن الله تعالى خلق هذه الحيوانات على خلق مختلفة وصور

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٤/٣٩٩.

(٢) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٤/٤٠٣.

(٣) ونقل الإجماع على ذلك ابن قدامة في المغني ٥/٤٠٢.

متفاوتة، وقد تعلق حق الله تعالى بها إذا كانت في الحرم، وكذلك في حال الإحرام، فإذا أمكن قضاء حق الله تعالى بنوع من المماثلة بين النَّعَم وهذه الصيود فلا يجوز تركه ووجب اعتباره، وإذا رجعنا إلى القيمة مع إمكان اعتبار المماثلة صورة بين النَّعَم والصيود ولم نعتبرها فقد ضيّعنا حق الله تعالى من هذه الجهة وهذا لا يجوز.

وأمّا حُجَّتهم:

تعلَّقوا بالقياس المحض، وقالوا: حيوان مضمون فيكون مضمونًا بالقيمة.

دليله: الحيوانات المملوكة.

يبيِّنه: أن الصيود لا مثل لها، والنَّعَم لا مثل له، بدليل أنه لا تضمن الصيود بالصيود ولا النَّعَم بالنَّعَم فإذا حُكِم بعدم المثل في الجنس الواحد فلئن يُحكم بعدم المثل في الجنسين المختلفين وهو الصيود والنَّعَم أولى.

قالوا: فإن قلتم: يوجد نوع مماثلة فإن ذلك غير معتبر، لأنَّا إن اعتبرنا نوع مماثلة فيوجد ذلك بين كل شيئين في العالم فدلَّ أن المماثلة حقيقة هي أن يكون ذاتًا ومعنىً وصفةً.

قد قالوا: إذا اعتبرنا القيمة فقد اعتبرنا المماثلة معنى.

وأما إذا أعرضتم عن القيمة واعتبرتم المماثلة حقيقة وهي لا توجد فلا مماثلة ولا معنى ولا صورة فصار ما قلتم إعراضًا عن المماثلة من كل وجه، وما قلناه إعراض عن المماثلة من وجهٍ واعتبار لها من وجهٍ فكان أولى.

وتعلَّقوا بالحيوانات التي لا مثل لها مثل العصافير والقنابر وغيرها فإنه تجب القيمة فيها، كذلك في الحيوانات التي لها مثل وجب أن تجب القيمة أيضًا.

وقالوا في الآية: إن معنى المثل هو القيمة، وهو مثل معنًى وإن لم يكن مثلًا صورةً.

قالوا: وقد تم معنى الآية بقوله: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾(١)، وقوله: ﴿مِنَ ٱلنَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِۦ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ ابتداء ومعناه أنه يُحكم به عند اختيار مَنْ عليه الجزاء، وذلك بأن يشتري بالقيمة من النَّعَم فيكون ذلك كفَّارة له أو يصرف إلى الطعام فيكون كفَّارة أو إلى الصيام فيكون كفَّارة، وعلى القيمة أوَّلوا أقوال الصحابة على معنى أن القيمة الواجبة كانت مصروفة إلى هذه الأجزية. [٧٦/أ]

۞ الجواب:

إن جميع ما قالوه محض قياس، والكتاب وإجماع الصحابة مقدَّمان عليه، وقد بيَّنَّا وجوه ذلك ولا مطمع في التأويل، لأن قوله تعالى: ﴿فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾، يأبى التأويل بالتقويم، لأن التقويم بالنَّعَم محال بالدنانير والدراهم.

وقولهم: «إن القيمة تكون مصروفة إلى النَّعَم».

(١) سورة المائدة، من الآية (٩٥).

يقال أولًا: هذا ليس بشيء حتم على أصلكم، فإن عندكم لو تصدَّق بالدراهم والدنانير التي هي القيمة جاز.

وأمّا عندنا فوجوب المثل حتم، وقد دلَّت الآية على الحتمية، لأن تقدير الآية فعل جزاء مثل ما قتل من النَّعَم، ولأن عندكم يدخل النَّعَم في هذا الجزاء عند اختيار مَنْ عليه ذلك وصرف القيمة إليه، وهذه زيادات لا يدل عليها ظاهر الآية بوجهٍ ما.

وأمّا تأويل إجماع الصحابة فقد بيّنا فساده.

وأما الذي قالوه واعتقدوه من كون القيمة مثلًا معنىً، فالقيمة لا تكون مثلًا بحال، وذوات الأمثال مختلفات، وذوات القيم لا تكون مثله بحال.

وأما قولهم: «إن المماثلة خِلْقة وصورة لم توجد».

قلنا: توجد ببعض الوجوه ولم توجد من كل الوجوه، وقد بيّنا أن على الوجه الذي يوجد لا يجوز تعطيله، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

إذا دلَّ المُحْرِم مُحْرِمًا آخر أو حلالًا على صيد فقتله المدلول لم يجب الجزاء على الدَّال عندنا[1].

وعندهم: يجب[2].

❊ لنا:

ما روي عن ابن عمر مثل مذهبنا[3]، ولأن الله تعالى علَّق الجزاء بفعل القتل بقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَهُۥ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ ٱلنَّعَمِ﴾[4].

والدلالة ليست بقتل، والأولى أن يقال: علَّق الجزاء والاصطياد والدلالة ليست بقتل ولا هو اصطياد.

ودليل تحريم الاصطياد في ضمن قوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا۟ ٱلصَّيْدَ

(١) الأم ٢/١٧٦، مختصر المزني مع الأم ٢/١١١، النكت: ورقة ١١٥/أ، حلية العلماء ٣/٢٥٣، المجموع ٧/٢٧٤، ٣٠٤، مغني المحتاج ١/٥٢٤، روضة الطالبين ٣/١٤٩.

(٢) الحجة ٢/١٧٥، الأسرار، كتاب المناسك، ص٢٦٦، المبسوط ٤/٧٩، وقال: «استحسانًا، والقياس لا جزاء على الدال»، بدائع الصنائع ٣/١٢٧٠.
وهو قول الحنابلة. ينظر: التعليقة لأبي يعلى: ورقة ١٦١/ب، المغني ٥/١٣٣، ١٨١.
وهو مشهور عند المالكية أيضًا، ويروي ابن المواز عن أشهب «إن دل المحرم حرامًا أو حلالًا على صيد فقتله فعلى كل واحد منهما الجزاء» ا. هـ. المنتقى ٢/٢٤١، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٩١، الإشراف للبغدادي ١/٢٤٠، القوانين الفقهية ص ١٥٨.

(٣) رواه الشافعي في الأم ٢/١٧٥.

(٤) سورة المائدة، من الآية (٩٥).

وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾[1].

يبيّنه: أن الله تعالى قال: ﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا﴾[2] أي اصطياد صيد البر.

والدليل على أنه ليس باصطياد أن الصيد لا يكون له بل يكون للمدلول.

ونقول أيضًا: دلالة على إتلاف محل مضمون فلا يكون سببًا لضمان المحل.

دليله: إذا دلّ على قتل مسلم فإنه لا ينبني عليه سوى الإثم.

يدل عليه: أن نهاية ما في الباب أنه سبب لقتل الصيد، والقاتل باشر القتل باختياره فتقطع حكم الدلالة التي هي سبب، مثل ما لو حفر بئرًا فجاء إنسان وَرَدّى فيه إنسانًا فإنه لا ضمان على الحافر وإنما يجب على المردي.

فثبت أن المباشرة تقطع حكم السبب، وإذا انقطع حكم السبب التحق بالعدم فلم يجب به شيء، والتحرير واجب باسم الكفّارة فلا تجب بالدلالة.

دليله: كفّارة القتل وتأثيره ما سبق.

۞ وأمّا حُجّتهم:

رووا عن ابن عباس: «أنه أوجب على الدّال الجزاء»[3].

---

(١) سورة المائدة، من الآية (٩٥).

(٢) سورة المائدة، من الآية (٩٦).

(٣) ذكره محمد بن الحسن في كتاب «الحجة» بدون إسناد ٢/١٧٥.

قالوا: وعن عمر مثله، وكان شاور فيه عبد الرحمن بن عوف[1].

أما المعنى:

قالوا: الدلالة على الصيد من محظورات الإحرام[2] فيكون سببًا لوجوب الكفَّارة في الجملة.

دليله: الأخذ.

ودليله: سائر المحظورات، والدليل على أنها من محظورات الإحرام، أن الدلالة محرَّمة عليه بالإجماع[3]، وقد صارت محرَّمة بالإحرام بدليل أنه إذا حَلّ زالت الحُرْمة.

ودليل الحُرْمة أيضًا أن الدّال لا يجوز له الأكل من الصيد، وصورته مُحْرِم دلّ حلالًا على قتل صيد فقتله حرم على الدّال أكله، فعرفنا أن الدلالة من محظورات الإحرام فصارت سببًا لوجوب الجزاء، وهذا لأن الكفَّارة وجبت بجناية على إحرامه بارتكاب محظوره، وقد وُجِدَ هذا في مسألتنا فوجب الجزاء.

وأمّا تحقيقهم في المسألة:

قالوا: تحريم القتل والاصطياد معلول بإزالة أمن ثبت للصيد بالإحرام،

---

(١) ذكره محمد بن الحسن في كتاب «الحجة» ٢/١٧٦، ١٧٧.
رواه البيهقي في سننه ٥/١٨١، ٢٠٤ مع اختلاف في اللفظ.
وقد استدل بهذين الأثرين الدبوسي في أسراره، كتاب المناسك، ص ٢٦٧.

(٢) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص٢٧١.

(٣) لم اعثر عليه في مظانه.

والدلالة في إزالة الأمن عن الصيد بمنزلة الرمي والأخذ؛ لأن أمنه عن الصائد في حالته تلك بتواريه عن عين الصائد، ألا ترى أنه لا يبقى آمنًا في تلك الحال بعد علمه[1] به، وإنما يكتسب أمنًا آخر بفوته والفرار الذي يحدثه.

يبيّنه: أن الخلاف في الطير والفرخ والبيض واحد، ولا يأمن البيض عن الصائد بعد علمه به، فثبت أن الأمر يزول بالدلالة وإذا كان وجوب الجزاء معلولًا بإزالة الأمن وقد زال ذلك بالدلالة فوجب بها الضمان، وشبَّهوا هذا بالمودع إذا دلّ السارق على سرقة الوديعة حين سرقها يجب عليه الضمان، وكذلك إذا ترك الحفظ صار جناية في حقه على الخصوص، كذلك المُحْرِم قد التزم هذا الأمر، وإذا تركه صار جناية في حقه على الخصوص.

قالوا: ولا يلزم إذا دلّ على الصيد فلم يأخذه المدلول حيث لا يجب عليه شيء بنفس الدلالة؛ لأنه إذا لم يأخذه المدلول عاد الأمن إلى الصيد فصار كما لو أخذ الصيد ثم أرسله سقط عنه الضمان لما ذكرنا.

قالوا: وأما إذا دلّ [٧٦/ب] عليه ثم رجع عن الدلالة ونهاه عن أخذه لا يبرأ عن الضمان، لأن زوال الأمن كان بعلم الصائد بمكانه وذلك السبب قائم وإن رجع هو عن دلالته ونهاه عن الأخذ فلم يبرأ عن الضمان.

قالوا: وكذلك نقول في المودع إذا مكّن السارق من أخذ الوديعة ثم نهاه باللسان لا يبرأ، وإنما يبرأ إذا حفظه باليد فعجز، لأنه لما أثبت اليد عليه فقد عاد إلى المال ما كان ثابتًا من قبل وهو الحفظ المُؤَمن للوديعة فبرئ عن الضمان الواجب بإزالة أمن الحفظ فقياس هذا من مسألتنا أن لو ذهب الدَّال

(١) في المخطوط: (عمله)، والتصويب من المحقق.

وأخفى الصيد بأن كان بيضًا أو فرخًا فأخفاه من المدلول فإنه يبرأ عن الضمان في هذه الصورة.

دليله: مسألة الوديعة وتقريره وبيان وجه تأثيره ما سبق.

قالوا: وليس كالدلالة على قتل المسلم، لأن دم المسلم وماله غير مضمون أمانه على أحد ولا حفظه حتى يقال يجب الضمان بإزالة الأمن أو ترك الحفظ.

فإن قلتم: «مضمون بعقد الإسلام».

قال: ليس في الإسلام ضمان شيء من هذا الباب، إنما يجب عليه بحق الدين أن لا يؤذي مسلمًا، فلا جَرَم وجب بتركه الجزاء الذي هو بمعصية الله تعالى على الإطلاق، وذلك الإثم وإذا لم يكن فيه ضمان فكان الواجب من الكفَّارة وغيرها متعلقًا بتعدٍ يقع على العين، والدلالة ما اتصلت بالعين جناية عليه وإنما يتصل بالعين مباشرة الأخذ أو الإتلاف، وإذا كان المباشرة والأخذ مختارين في الإتلاف والأخذ كانت إضافة السبب مقصورة عليهما ولم تجب على صاحب الدلالة فصار حرفهم في المسألة: أن ترك الحفظ سبب ضمان العين بضمان الحفظ وإزالة الأمن سبب ضمان العين بضمان الأمن، فالأول في الوديعة، والثاني في الإحرام، ومثل هذا لا يوجد في عقد الإيمان فبقي مجرد ارتكاب المعصية بالدلالة على المعصية، وأما الضمان فكان وجوبه مقصورًا على مَنْ يوجد منه العدوان المتصل بالعين.

قالوا: وأما جزاء صيد الحرم يجب على وجه البدل على المتلف، ولهذا

لا يدخل فيه الصوم، وهذا لأنه لم يوجد عقد ولا التزام أمان حتى يصير بالقتل جانيًا على عقده، وإنما الله حرَّم هذه الصيود في الحرم لمحض حقه أو لحق الصيد على ما سبق.

وإذا أتلفه كان الواجب عليه بدل المتلف لحق الله تعالى، وفي مسألتنا إنما تجب الكفَّارة على وجه الجزاء على ارتكاب المحظور ولهذا دخل فيه الصوم، وهذا لأن الواجب إذا كان في مقابلة المحل لا يجوز أن يدخل فيه الصوم، لأنه لا مماثلة بين الصوم والمحل، وأمّا إذا كان جزاء عن ارتكاب محظور يجوز أن يدخله الصوم، لأن الصوم يصلح أن يكون واجبًا عن ارتكاب محظور ولأن الصوم حسنة وارتكاب المحظور سيئة، والله تعالى قد شرع الحسنات مُذْهِبة للسيئات، وإذا كان الواجب في صيد الحرم على طريق البدل عن المتلف لم يجز أن يجب ضمانان عن متلف واحد، وإذا وجب على المباشر بارتكاب المحظور بقتله لم يجز أن يجب على الدَّال.

وفي مسألتنا لما كان الواجب جزاء على ارتكاب محظور يجوز أن يجب على المباشر بارتكاب المحظور بالقتل، ويجب أيضًا على الدّال بارتكابه المحظور بدلالته، لأن كل واحد منهما مرتكب محظور.

وقال أبو زيد في «الأمالي»(١) جوابًا عما إذا دلّ ولم يقتل المدلول: إن الضمان من حيث إنه وجب بارتكاب محظور يكون كفَّارة وجزاء عن الجناية، ومن حيث إنه لم يجب جزاء عن صيد مضمون يجب بدلًا عنه فيجب بالطريقين جميعًا كفَّارة وبدل، فمن حيث إنه يدل لم يجز أن يجب إذا كان

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٢٥٦.

المبدل سليمًا على حاله ولا يجب إلّا بعد فوته، ومن حيث إنه كفّارة يجوز أن يجب إذا فات المبدل على القاتل لإتلافه بدلًا عنه، وعلى الدّال الكفّارة بجنايته على إحرامه.

۞ **الجواب:**

أمّا الآثار عن الصحابة:

فقد روينا عن ابن عمر مثل مذهبنا، وعليه يدل القياس الجلي.

وأما قولهم: «إن الدلالة على محظورات الإحرام».

قلنا: أما إذا دلّ مُحْرِمًا على الصيد ليقتله فإنما كان محظورًا لأنه دلالة على المعصية، والدلالة على المعصية معصية، وهو مثل أن يدل ظالمًا على مسلم ليقتله.

وأما إذا دلّ حلالًا على صيد ليقتله فإنما كانت الحظرية بالنص وهو حديث أبي قتادة المعروف: «أنه كان في رهط في المحرمين وكان حلالًا فمرَّ به حمار وحشي فشدَّ عليه وقتله وجاء به إلى أصحابه فأبوا أن يأكلوا حتى يسألوا النبي ﷺ فلما سألوه قال: هل أعنتم؟ هل أشرتم؟ هل دللتم؟ قالوا: لا، قال: فكلوا»[1].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٤/٢٨ مع الفتح، باب «إذا رأى المحرمون صيدًا».
ومسلم في صحيحه ٨/١١٠، ١١١ مع النووي، باب «تحريم الصيد للمحرم».
والترمذي في سننه ٢/٩٠ مع التحفة، باب «ما جاء في أكل الصيد».
وأبو داود في سننه ٢/٤٢٨ مع المعالم، باب «لحم الصيد للمحرم».
والنسائي في سننه ٥/١٤٥، ١٤٦، باب «إذا أشار المحرم». =

ولولا هذا النص لا تجب الدلالة ولا يجب الأكل أيضًا، فسلم هذان الحكمان في هذه الصورة [٧٧/أ] للنص، فأما في الصورة الأولى فمجرد الدلالة على المعصية، بدليل الدلالة على قتل المسلم ليقتله المدلول.

وأما قولهم: «إنه بعقد الإحرامَ التزام أمان الصيد».

قلنا: يجوز أن يقال إنه ما التزم شيئاً بعقد الإحرام إنما هو شارع في حج عليه أو حج متنفل به، وإنما الله تعالى حظر عليه أشياء في عقدة الإحرام فنظرنا إلى المحظور فوجدناه بالقتل، ثم نظرنا فوجدنا واجب القتل لا يجب بالدلالة على القتل بحال، وعلى أنّا إن سلَّمنا أنه التزام الأمان في حق الصيود ولكن عن القتل والاصطياد ولم يوجد واحد واحد[1] منهما.

قالوا: «بل التزام كل ما ينافي أمانه».

قلنا: لا، بل القتل متعين، لأن الشارع نص على القتل، وغير القتل لا يحرم تحريم القتل، وأما حظرية الدلالة كانت بالوجه الذي أي الذي قدَّمنا ثم نقول: إذا كان الواجب بارتكاب المحظور فأوجبوا الجزاء وإن لم يقتل المدلول.

وقولهم: «إنه إذا لم يقتل المدلول عاد الأمان».

قلنا: هذا أضعف كلام يكون، لأن جنايته على إحرامه قد تحققت من حيث الدلالة وتخويف الصيد قد وُجِد وهو جناية مستقلة بنفسها فوُجِد وإن لم يتصل به القتل بدلالة أن الإثم في هذه الصورة على الدّال مثل الإثم عند

= وابن ماجه في سننه ١٠٣٢/٢، باب «الرخصة في ذلك إذا لم يصد له».
والبيهقي في سننه ١٨٧/٥، ١٨٩، باب «ما يأكل المحرم من الصيد».

(١) كذا في المخطوطة «واحد» مكررة.

اتصال القتل بالصيد فينبغي أن تجب الكفَّارة وحين لم تجب عرفنا أن الدلالة غير موجبة للجزاء بحال.

أما عذرهم الأخير في سلوك طريقة الشبهين.

فهذه طريقة يسلكها هذا القائل في كثير من المسائل، وهي بعيدة عن مناهج الفقهاء؛ لأن حق الفقيه ترجيح أحد الشبهين على الآخر ومداخلة المعاني الصحيحة على أصول الشرع ليتبين له قطع الحادثة عن أحد الشبهين وإلحاقها بالشبه الآخر وإنما سلوك طريقة الشبهين نوع عجز بعدم صاحب المعنى، وعلى أنَّا نقول: إن الضمان عن الحيوان المضمون يكون بدلًا عنه كضمان الشاة والبقرة ونفس المسلم.

والدليل عليه: أن الواجب يتقدر بقدر المتلف.

أما عندنا باعتبار المثل خلقة، وعندهم باعتبار القيمة، وأبدال المتلفات يتقدر بقدر، فأما الكفَّارات فلا.

وأما الحظرية؛ فكانت، لأن المتلف ليس له بحق له مثل مال الغير، وكذلك نفس المسلم فحظر الفعل هذا المعنى ثم الواجب بدل، لأن المتلف حيوان مضمون والواجب بإزاء الحيوان المضمون لا بد أن يكون بدلًا عنه.

وأما دخول الصوم إنما كان، لأن الواجب لله تعالى، والصوم يكون بدلًا في حق الله تعالى، وأما ضمان المال والنفس فإنما وجب لحق الآدمي فلا يستقيم أن يجب الصوم بدلًا عن حق الآدمي فلهذا افترقا.

وأما فصل الوديعة فنقول: المودع في تلك الصورة لا يضمن بالدلالة

بدليل أنه لو رأى سارقًا يسرق الوديعة أو غاصبًا يأخذه فلم يمنعه يجب عليه الضمان ولا دلالة له ههنا.

وفي مسألتنا: لو رأى واحدًا يقتل صيدًا فلم يمنعه لا شيء عليه، وكذلك في الوديعة لو نهى بعد الدلالة يسقط الضمان، وفي مسألتنا قد قلتم: إنه وإن نهى بعد الدلالة لا يسقط الجزاء وقد اعتذروا عن هذا الفصل.

والأول معتمد، وهذا لأن المودع بعقد الوديعة ضمن حفظ الوديعة، لأنه عقد معقود على الحفظ وحين دلّ أو تركه حتى سرق فقد ترك الحفظ فإنما ضمن لهذا المعنى.

والفقهاء قد سموا الضمان الواجب على المودع بهذا السبب «ضمان تضيع» وجعلوا المودع مضيعًا بما فعله وضمان الحفظ يضاد التضييع فكان التضييع موجبًا للضمان بهذا الوجه.

وأما المُحْرِم لم يلتزم حفظ الصيود حتى يضمن بترك الحفظ.

وقولهم: «التزام الأمن».

فقد أجبنا عن هذا.

يبيّنه: أن التزامه الأمن للصيود مثل التزام المسلم أمن الناس عن أذاه بإسلامه.

وقال النبي ﷺ: «المسلم مَنْ سلم المسلمون من لسانه ويده»[1].

وقولهم: «إن هناك لم يلتزم».

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٢/١٢ مع النووى باب أفضل الإمام.

قلنا: إن عنيتم نص الالتزام فلم يوجد في الموضعين، وإن عنيتم دليل الالتزام ووجود الحظرية فقد وُجِد في الموضعين بلا فرقان، ثم نقول: المودع لما أمكنه الحفظ حتى لا يأخذه السارق فصارت قدرة السارق على الأخذ بترك الحفظ، لأنه لو حفظه لم يقدر عليه فصار ترك الحفظ هو السبب في الأخذ، ألا ترى أنه يمكنه أن يحفظ مع أخذه.

فأمّا الدلالة بعد علم المدلول لا يكون سببًا لأخذ الصائد فإنه بعد دلالته يتوصل الصائد إلى الصيد بقدرته واختياره فلم تبق دلالته جناية على الصيد حين الأخذ، وفي مسألتنا ومسألة المودع بقي ترك الحفظ جناية على الوديعة عند الأخذ فافترقا معنى، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

المُحْرِم إذا قتل ما لا يؤكل لحمه من السباع [٧٧/ب] وسائر الحيوانات لا يجب عليه الجزاء[١].

وعندهم: يجب إلّا في الخمس الفواسق وألحقوا بها الذئب[٢]، وإن لم يرد بها الخبر.

لنا:

حديث ابن عيينة عن الزهري عن سالم، عن أبيه أن النبي عليه السلام قال:

---

(١) الأم ٢/١٧٠، ١٧٦، النكت: ورقة ١١٤/ب، معالم السنن ٢/٤٢٥.

(٢) الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣٠٤، المبسوط ٤/٩١، الجامع الصغير، ص ١٥١، مجمع الأنهر ١/٢٩٠، بداية المبتدئ مع فتح القدير ٣/٨٥.

(خمس من الدواب لا جُنَاح في قتلهن على مَنْ قتلهن في الحرم: العقرب، والفأرة، والغراب، والحدأة، والكلب العقور)[1].

(قال ابن عيينة: الكلب العقور، كل سبع يعقر وقد دعا رسول الله ﷺ على عتبة بن أبي لهب: اللهم سَلِّط عليه كلبًا من كلابك، فافترسه الأسد)[2].

وروى ابن[3] أبي نعم عن أبي سعيد الخدري هذا الحديث وزاد فيه أن النبي ﷺ قال: (والكلب العقور والسبع العادي).

رواه أبو داود في سننه[4]، وروى هذا الحديث (أبو عيسى)[5] في جامعه[6]، واللفظ: «يقتل المُحْرِم السبع العادي ثم قال: وهو حديث حسن»[7].

والخبر الثاني نص.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٤/٣٤ مع الفتح، باب «ما يقتل المحرم من الدواب».
ومسلم في صحيحه ٨/١١٣ ـ ١١٨ مع النووي، باب «ما يندب قتله للمحرم...».
وأبو داود في سننه ٢/٢٢٤، ٤٢٦ مع المعالم، باب «ما يقتل المحرم من الدواب».
والنسائي في سننه ٥/١٦٥، ١٦٦، باب «قتل العقرب الفأرة في الحرم...».
والترمذي في سننه ٢/٨٦ مع التحفة، باب «ما جاء ما يقتل المحرم من الدواب»، وابن ماجه في سننه ٢/١٠٣١، رقم الحديث (٣٠٨٧)، (٣٠٨٨).
وابن الجارود في المنتقى، ص ١٥٥ رقم الحديث (٤٤٠).

(٢) ما بين القوسين نقلا من معالم السنن ٢/٤٢٥.

(٣) عبد الرحمن بن أبي نعم البجلي أبو الحكم الكوفي العابد، صدوق عابد، من الثالثة، مات قبل المائة، روى له أصحاب الكتب الستة.
ينظر: التقريب ص ٢١١.

(٤) ينظر: سنن أبي داود ٢/٤٢٥، ٤٢٦ مع المعالم.

(٥) هذه زيادة من المحقق يقتضيها النص.

(٦) ينظر: سنن الترمذي ٢/٨٨ مع التحفة.

(٧) المرجع السابق.

والاستدلال بالخبر الأول حسن.

وقول ابن عيينة في نهاية الحسن.

فإن حملوا الحديث على حال الاعتداء فهو باطل؛ لأنه إذا كان المراد من الحديث هذه الحالة لم يكن لتخصيص الذكر معنى، لأن غير السبع يكون بمثابته وذلك مثل جمل الصائل وحمار الوحش إذا عَدَى أو أشباه ذلك.

ومن جهة المعنى نقول: سبع مؤذٍ بطبعه فيجوز للمُحْرِم قتله ولا شيء عليه.

دليله: الذئب، والقياس في الذئب في غاية القوة، لأن النص لم يأت به في خبر ما، وإنما أبيح قتله لأنه سبع عاد وكذلك في سائر الحيوانات، وهذا لأن هذا الحيوان إذا كان مؤذيًا بطبعه عاديًا بجبلته فيكون قتله في الحقيقة دفعًا لأذاه فصار كما لو قصد المُحْرِمَ فقتله المُحْرِمُ فإنه لا يكون عليه شيء، فكذلك ههنا.

ويدل عليه: أن طبيعته باعثة له على الأذى فصار كما لو تحقق منه الأذى، وهذا كالكفار المحاربين يجوز قتلهم لمحاربتهم فلو لم يحاربوا يجوز قتلهم ابتداءً، لأن كفرهم حامل إياهم على الحراب والقتال، فصار كما لو تحقق منهم الحراب والقتال.

۞ **وأمّا حُجَّتهم**:

تعلَّقوا بقوله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُواْ ٱلصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ﴾[1]، وهذه الحيوانات

(١) سورة المائدة، من الآية (٩٥).

صيود، لأن كل مستوحشٍ ممتنع صيد، ولأن كل حيوان جازٍ اصطياده لنوعٍ منفعة فهو صيد، فهذه الحيوانات وإن كانت لحومها لا تؤكل فيجوز اصطيادها لجلودها أو للانتفاع بعظامها وشعورها، وإذا جاز الاصطياد لمنفعة مطلوبة كان صيداً.

قال الشاعر:

صـــيـد الملوك أرانـب وثعـالـب   وإذا ركبـت فصـــيـدك الأبطـال

فقد جمع بين الأرانب والثعالب لا تؤكل)[1]، فدلّ أن الصيد لا يختص بما يؤكل لحمه.

قالوا: وأما الأذى فلا يوجد من هذا السباع سوى خمس الفواسق إلا على الندور فلأنها تبعد في العادة عن الناس وليست بحيوان يساكن الناس ولا هي تكون بقرب من العمرانات فيقل منها الأذى ولا يكثر بخلاف الخمس الفواسق، لأن الحية والعقرب والفأرة مما يساكن الناس في بيوتهم، وكذلك الكلب يكون فيما بين الناس ويؤذيهم والغراب والحدأة والذئب تطوف حول العمرانات فيوجد منها أذى الاستلاب، ولأن الذئب في العادة يكون يقصد أغنام الناس وأطفالهم فيكثر الأذى من هذه الحيوانات، وأما ما سواها من السباع فلا يكثر عادة، وإنما يوجد نادراً فلا يلحق بالخمس الفواسق، وهذا إنما يلحق بها إذا كان في معناها فإذا لم يكن في معناها فلا، وقد بيّنا أنها ليست في معناها، وأما الذئب فإنها في معنى الخمس الفواسق فألحقت بها[2].

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣٠٩.

(٢) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٣١٢ ـ ٣١٣.

❁ **الجواب:**

أما دعواهم أن هذه الحيوانات صيود.

فلا نسلِّم ذلك، وعندنا الصيد كل حيوان يؤكل لحمه، فأما ما لا يؤكل لحمه فلا يؤكل صيداً بحال.

قالوا: فقد كانت هذه الحيوانات مأكولة عند العرب، لأنهم كانوا يأكلون كل ما دبّ ودَرَجَ إلا أمّ حبين فكانت صيوداً عندهم ثم جاء الشرع بالتحريم بعد ذلك فكان الشرع مغيراً للأحكام دون الأسامي فبقي اسم الصيد على ما كان من قبل.

قلنا: العرب لا تعرف الصيد إلّا مأكول اللحم، وقد روى عن ابن[١] أبي عمار[٢] أنه قال لجابر في الضبع: أصيد هو؟ قال: نعم قال: عن رسول الله؟ قال: نعم[٣]. وإنما السؤال كان عن حل الأكل وذكره باسم الصيد، وإذا كان اسم الصيد عندهم لمأكول اللحم فإذا لم يكن مأكولاً لا يكون صيداً.

وقولهم: «إن الشرع غيّر الحكم دون الاسم».

قلنا: الإسلام[٤] التي يبتنى عليها الأحكام إنما يعتبر فيها مورد الشرع

---

(١) عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي عمار المكي حليف بني جمح الملقب بالقس، ثقة عابد، من الثالثة، روى له مسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب، ص٢٠٥.

(٢) في المخطوط: (عمارة)، والتصويب من شرح معاني الآثار للطحاوي.

(٣) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٢/١٦٤.
والترمذي في سننه ٤/٨٤ مع العارضة، باب «ما جاء في الضبع يصيبها المحرم»، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٤) كذا في المخطوطة، ولعله (الأسماء).

لا مورد اللغة.

وأمّا قولهم: «إنه حيوان متوحش ممتنع».

قلنا: قد تركتم وصفًا آخر وهو أن يكون متوحشًا ممتنعًا مأكول اللحم.

وقولهم: «إن كل ما يُصطاد فهو صيد».

قلنا: الناس لا يقصدون بالصيد إلّا مأكول اللحم، [٧٨/أ] فأما غيرها فإن قصدوها فإنما يقصدونها لا لاصطياد لكن لدفع الأذى، وأما المنافع التي ذكروها من الانتفاع بالجلود والشعور وغير ذلك فهو اتباع اللحوم ولا يعتبر ذلك على الانفراد وقد ذكرنا هذا في كتاب الطهارة في الأوساط.

وأما الذي قالوا: «إن الأذى لا يكثر من هذه الحيوانات عادة».

قلنا: نحن نعلم قطعًا أن الأسُود والنمور يقصدون مَنْ يقدر عليه من بني آدم فإن تركت القصد مع القدرة فذلك نادر، ولهذا المعنى تسمى سباعًا عادية يعني أنها تعدو على الناس ويقصدونها بالأذى.

يبيّنه: أن قصد الحيّات ربما يكون أقل من قصد الأسود والنمور وما يشبهها ومع ذلك يُباح قتلها.

وقولهم: «إنها تبعد من الناس».

قلنا: هذا أمر يختلف، فإنها قد تقرب وقد تبعد فلا يجوز بناء الحكم على هذا الدنا[1] فإنها تبعد تارة وتقرب أخرى فلا يعتبر ذلك وإنما يعتبر

(١) كذا في المخطوط.

قصده مَنْ يقدر عليه وهذا موجود في سائر السباع، والله تعالى أعلم بالصواب.

※ (مَسْأَلَةٌ):

جماعة مُحْرِمون اشتركوا في قتل صيد فعليهم جزاء واحد عندنا(١).

وعندهم: على كل واحد جزاء كامل(٢).

❖ **لنا:**

ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه سأله جماعة قتلوا ضبعًا عن الواجب عليهم، قال: «عليكم جزاء واحد»(٣).

وأما المعنى:

نقول: ضمان حيوان معصوم يتقدر بقدر الحيوان فيكون الواجب واحدًا

---

(١) الأم ٢/١٧٥، المهذب ١/٢٩١، روضة الطالبين ٣/١٦٢، المجموع ٧/٣٨٠، النكت: ورقة ١١٤/أ.
وهو قول الحنابلة: ينظر: المغني ٥/٤٢٠، الإنصاف ٣/٥٤٧.

(٢) الحجة ٢/٣٨٨، أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٧٧، الأسرار، كتاب المناسك، ص٢٩٤، المبسوط ٤/٨١، بدائع الصنائع ٣/١٢٢٧.
وهو قول المالكية: ينظر: المدونة: ١/٤٣٣، الكافي في فقه أهل المدينة ١/٣٩٢، الإشراف للبغدادي ١/٢٤٢.

(٣) روى هذا الأثر عن عمر وابنه عبد الله رضي الله عنهما الشافعيُّ في كتابه الأم ٢/١٧٥، والدارقطني في سننه ٢/٢٥٠، والبيهقي في سننه ٥/٢٠٤.
وعبد الرزاق في مصنفه ٤/٤٣٨، وابن حزم في المحلى ٧/٣٢.
قال ابن قدامة في المغني ٥/٤٢٠: «ويروي هذا عن عمر وابن عمر، وابن عباس».
وقد استدل به الشيرازي في نكته: ورقة ١١٤/أ.

وإن تعدد المتلف.

دليله: إذا قتل جماعة صيدًا في الحرم.

والفقه أن الضمان في مقابلة المُتلَف بدليلين:

أحدهما: لأن ضمانه لأمانه فإن الله تعالى أمّن الصيود عن المُحْرِمين كما أمّن الصيود في الحرم، والأمان في الحيوان المباح قتله يوجب الضمان بدليل أهل الحرب، وإذا كان الضمان بهذا الطريق فلابد أن يكون في مقابلة المُتلَف.

والثاني: أن الواجب يتقدر بقدر المُتلَف، أما عندنا فإن الضمان بالمثل خِلقة يكون معدلًا على قدر المُتلَف وصفاته، وكذلك على أصلكم تجب القيمة بقدر المقتول حتى إذا كان المقتول حيوانًا كبيرًا يجب بقيمته وإن كان صغيرًا يجب بقيمته، والواجب المعدل بقدر المُتلَف لا يتضاعف بتعدد المُتلِفين.

دليله: سائر الضمانات.

ودليله: المقتول خطأ أو عمدًا.

❁ وأمّا حُجَّتهم:

قالوا: الواجب جزاء الجناية وجناية كل واحد منهم كاملة فيجب عليه جزاء كامل(١).

(١) ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٢٦٥.

دليله: إذا انفرد، وإنما قلنا: إن الواجب جزاء الجناية، لأن الواجب كفَّارة، والكفَّارة جزاء الجناية لا لتمحيص الإثم مثل سائر الكفَّارات، ولهذا كانت الكفَّارة بما هو عبادة، لأن العبادة سبب لتمحيص الآثام بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَـٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾[(١)]، وهذا لأن الإحرام عقد يوجب تحريم أفعال عليه، وتلك الأفعال محظورات هذا العقد فيصير بارتكاب المحظور جانيًا على إحرامه فيلزمه الجزاء ليكون في مقابلة جنايته، وهذا لأن ارتكاب الجناية مخيل في إيجاب الجزاء الزاجر عنها.

ويدل عليه أن الصوم يدخل في جزاء قتل الصيد ولو كان الواجب على طريق بدل المتلف وجب أن لا يكون للصوم مدخل فيه؛ لأن البدل واجب بشرط المماثلة ولا مماثلة بين الصيد والصوم، فثبت بما قلناه أن الواجب بإزاء الجناية ثم الدليل على كمال الجناية كمال الإحرام وإذا كمل الإحرام فلابد من الحكم بكمال الجناية، لأن كمال الإحرام يوجب كمال الحظرية، وكمال الحظرية يوجب كمال الجناية وكمال الجناية يوجب كمال الجزاء، وهذا كالجماعة إذا قتلوا واحدًا فإنه يجب على كل واحد منهم كفَّارة كاملة، كذلك ههنا، وكان المعنى ما بيَّنا.

قالوا: وأما التعديل بالمحل فإنما كان كذلك، لأن هذه الجناية لها محل فيكون قدرها بقدر المحل فعند زيادة المحل تزداد الجناية وعند نقصان المحل تنتقص الجناية.

وأمّا استواء الكفَّارة في قتل الآدمي، فإنما كان لأنها مقدَّرة شرعًا فلا

---

(١) سورة هود، من الآية (١١٤).

تزداد ولا تنتقص، وأما ههنا فالواجب هو القيمة وإن كان جزاء الجناية فجاز أن تنتقص مرة وتزداد أخرى.

وقد سلك أبو زيد(١) طريقة الشبهين وقال: إن الواجب يشبه جزاء الجناية من وجه ويشبه بدل المتلف من وجه، وقد أشرنا إلى ذلك في المسألة الأولى(٢).

وقال أيضًا: إن الواجب كفَّارة القتل، والجماعة إذا اشتركوا في قتل صيد مثل الجماعة إذا اشتركوا في قتل واحد من بني آدم، ثم هناك الموجود من كل واحد قتل كامل، كذلك ههنا الموجود من كل واحد قتل كامل فإذا كمل القتل كمل الكفّارة، وبيان كمال القتل قد ذكرناه في ربع القصاص.

قالوا: وأمّا الجماعة فإذا قتلوا صيدًا في الحرم [٧٨/ب] فإنه لا يجب عليهم جزاء واحد؛ لأنه واجب على طريق البدل عن المتلف، والمتلف واحد فيكون البدل واحدًا وهذا لأنه لم يوجد منه عقد حتى يكون القتل جناية على العقد، وإنما الصيد في الحرم أمن بأمان الله تعالى فإذا قتله وجب البدل لله تعالى مثل مَنْ قتل صيدًا مملوكًا يجب الضمان لصاحب المِلْك.

وأما ههنا فإن هذا جزاء الجناية بدليل ما سبق.

قالوا: ولهذا لا يدخل الصوم في جزاء الصيد في الحرم ويدخل في جزاء الصيد في الإحرام.

---

(١) الأسرار، كتاب المناسك، ص٢٦٥.

(٢) أي مسألة «المحرم إذا قتل ما لا يؤكل لحمه من السباع...».

وربما يقولون: إن الواجب في صيد الحرم حق الصيد والواجب في صيد الإحرام حق الله تعالى زجرًا لا جبرًا؛ لأن الجبر في حق الله تعالى لا يُتصوّر.

۞ **الجواب:**

قولهم: «إن الواجب جزاء الجناية».

لا نسلِّم ذلك، بل الواجب بدل المتلف على ما سبق بيانه.

والأولى أن نقول: إن الواجب ضمان المتلف على جهة البدل وتضمن ذلك نوع جزاء على الجناية، وهو كالقِصاص عندكم ضمان المتلف بالمثل لكن تضمن الجزاء على الجناية، وبيان هذا في ربع القصاص، وعلى أنَّا قلنا إنه بدل المتلف على الإطلاق فيمكن تمشيته لما بيّنا أنه حيوان مضمون ولأنه ضمان معدّل مقدّر بقدر المتلف.

أمّا قولهم: «إنه يسمى كفَّارة».

قلنا: لا عبرة بالأسامي وجزاء صيد الحرم كفَّارة، وقد سلَّموا أنه بدل المتلف وعلى أنه يسمى كفَّارة، لأنه تضمن نوع جزاء على الجناية على ما سبق.

وأمّا قولهم: «إنه يجب بارتكاب محظور».

قلنا: هذا يوجد في صيد الحرم، ومع هذا قد سلَّموا أنه بدل، وعلى أن الدية واجبة بفعل محظور أو بتقدير فعل محظور وهي بدل قطعًا.

وأمّا كفَّارة قتل الآدمي فقد ذكر أبو علي[1] الطبري صاحب «الإفصاح»

---

(١) أبو علي الطبري: الحسين بن القاسم أبو علي الطبري صاحب الإفصاح، تفقّه على أبي علي ابن أبي هريرة، وسكن بغداد وتوفي بها سنة ٣٥٠هـ، له الوجوه المشهورة في المذهب،=

قولًا للشافعي أن جماعة لو قتلوا واحدًا لا يجب عليهم إلّا كفّارة واحدة[1]، وعلى أن هناك لا يمكن إيجابها على الأبعاض، ألا ترى أنها لا تجب بالجناية على بعض الجملة بحال، وهناك يمكن إيجابها أبعاضًا، ألا ترى أنه يجوز أن يجب بالجناية على البعض وهو الطرف، ولأن الكفَّارة لما كانت جزاء الجناية لم تتقدر ولم يعدل بقدر المتلف حتى إن المتلف صغيرًا كان أو كبيرًا أو قليل القيمة أو كثير القيمة تكون الكفَّارة واحدة بخلاف مسألتنا على ما سبق.

وقولهم: «إن الجناية تزداد بزيادة المحل وتنتقص بنقصان المحل».

قلنا: إن كان هذا صحيحًا فهلا قلتم في كفَّارة قتل الآدمي يكون هكذا؟ وأما دخول الصيام فإنما كان لأن الواجب حق الله تعالى فلهذا دخل الصيام أو يجوز ضمان حق الله تعالى بالصيام، وإنما لا يجوز في حق الآدمي.

وأما قولهم: «لا مماثلة بين الصوم والصيد».

قلنا: العبرة بالمماثلة شرعًا، والشرع في الابتداء أوجب المثل إذا أمكن ثم إذا صار الأمر إلى القيمة على تدريج فقد حقق معادلة بين الصوم والطعام من حيث الحكم لا من حيث الحسّ والمعقول، وعلينا الانقياد لذلك شئنا أو أبينا، وعندنا يدخل الصوم في جزاء صيد الحرم أيضًا.

وأما قولهم: «إنه وجد من كل واحد منهم قتل كامل».

فقد أجبنا عن هذا في القِصاص، والله أعلم.

= والمحرر، وغير ذلك.

ينظر: ترجمته في: الطبقات الكبرى للسبكي ٣/٢٨٠ ـ ٢٨١.

(١) ذكره أيضًا في المهذب ٢/٢٧٩.

※ (مَسْأَلة):

لا حصر إلّا حصر العدو عندنا(١).

وهذا اللفظ مروي عن ابن عباس وهو قول ابن عمر رضي الله عنهم(٢).

وعندهم: يثبت الإحصار بالمرض كما يثبت بالعدو(٣).

❖ لنا:

حديث عكرمة عن ابن عباس أن ضباعة بنت الزبير أتت النبي عليه السلام وقالت: يا رسول الله، إني أريد الحج أفأشترط؟ قال: (نعم، قالت: كيف أقول؟ قال: قولي لَبَّيْك اللهم لَبَّيْك محلي من الأرض حيث تحبسني)(٤).

(١) حلية العلماء ٣/٣٠٩، روضة الطالبين ٣/١٧٣، المجموع ٨/٢٥٥، النكت: ورقة ١١٦/ب، شرح السنة للبغوي ٧/٢٨٧.
وهو قول مالك، وإسحاق، والمشهور في المذهب عند الحنابلة.
ينظر: الجامع لأحكام القرآن ٢/٣٧٤، المغني ٥/٢٠٣.

(٢) ينظر: شرح السنة للبغوي ٧/٢٨٧، وسنن البيهقي ٥/٢١٩.

(٣) شرح معاني الآثار ٢/٢٥٢، الأسرار، كتاب المناسك، ص٤٨٤، المبسوط ٤/١٠٧، أحكام القرآن للجصاص ١/٢٦٨، بدائع الصنائع ٣/١٢٠٦، مختلف الرواية: ورقة ٦٧/أ.
وهو رواية عن الإمام أحمد، قال ابن قدامة في المغني ٥/٢٠٣: «وروى نحوه عن أبي مسعود وهو قول عطاء والنخعي والثوري وأبي ثور» ا. هـ.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٨/١٣١، ١٣٢ مع الفتح، باب «الأكفاء في الدين».
ومسلم في صحيحه ٨/١٣١، ١٣٢ مع النووي، باب «جواز اشتراط الحرم للتحلل من المرض».
وأبو داود في سننه ٢/٣٧٦ مع المعالم، باب «الاشتراط في الحج».
والترمذي في سننه ٤/١٧٠ مع العارضة، باب «ما جاء في الاشتراط في الحج واللفظ له».
والنسائي في سننه ٥/١٣١، باب: «كيف يقول إذا اشترط».
وابن ماجه في سننه ٢/٩٨٠، باب «الشرط في الحج». =

(وفي الباب عن جابر وعائشة وأسماء بنت أبي بكر)[1].

والاستدلال أنه لو حَلّ الخروج لم يكن للاشتراط معنى، وقد قال كل مَنْ يرى الخروج بالمرض جائزًا أن الاشتراط باطل[2].

وقد قال كل مَنْ لا يرى الخروج بالمرض جائزًا بأن الاشتراط صحيح[3].

ولأن الإحرام عقد لازم في ذاته بدليل أنه لا يمكنه الخروج عنه باختياره ولو جاز الخروج عنه بعذر لكان إذا خرج باختياره بغير عذر لصح خروجه ولكنه يأثم مثل سائر العبادات، وهذا لأن عدم العذر تأثيره في التأثيم، والعذر تأثيره في الإطلاق بلا إثم، فأما إمكان الخروج في الموضعين يكون واحدًا فلما لم يمكنه الخروج عنه إلّا بطريقه المشروع عرفنا أنه عقد لازم بعينه وإذا كان لازمًا بعينه فالأصل أن كل ما يمكنه الصبر عليه حتى ينقضي يلزمه الصبر عليه، ثم إذا مضى خرج عن الإحرام بطريقه المشروع محافظة على لزومه بعينه والمريض يمكنه أن يصبر عليه حتى يبرأ، وكذلك في حصر العدو يمكنه أن يحارب حتى يجد المسلك أو يصبر حتى ينصرف العدو إلّا أن في العدو جاز التحلل بنص الكتاب [٧٩/أ] والسُّنَّة والمرض ليس بمنزلته لا صورةً ولا معنىً.

= والدارمي في سننه ٢/٣٥، باب «الاشتراط في الحج».
والإمام أحمد في المسند ٦/١٦٤، ٢٠٢، ٣٤٩، ٣٦٠، ٤٢٠.
والدارقطني في سننه ٢/٢٣٥.

(١) ما بين القوسين نقلًا من سنن الترمذي ٤/١٧٠.
(٢) وهم: الحنفية.
(٣) وهم الشافعي، وأحمد، وإسحاق.

أمّا الصورة معلومة، والمعنى فلأن الخوف من العدو يزول بالتحلل، والمسألة مصوَّرة في مثل هذا الموضع وهو أن يكون العدو مانعًا من المضي على وجهه وإذا رجع من وجهه إلى وطنه لم يتعرض له وهو مثل ما كان في حق الرسول ﷺ بالحديبية حتى قال الأصحاب:

لو لم يكن على هذا الوجه أو كان العدو من الجوانب كلها لا يجوز له التحلل والخوف من المرض لا يزول بالتحلل.

وقد قال الأصحاب في العبارة عن هذا: حال لا يفارقه بالإحلال فلا يُطلق له التحلل.

دليله: الضلال، وهذا لأن الله تعالى أباح التحلل عند إحصار العدو لينجو عن شر العدو بالرجوع فلم يجز قياس المرض عليه، لأنه لا نجاة من شر المرض بالرجوع وهو أيضًا دونه، لأن العدو إذا كان على الطريق لم يمكنه المضي على وجهه أصلًا، وفي المريض يمكنه المضي على وجهه إلّا أنه بمشقة.

والحرف هو الأول وهو أن إباحة التحلل للخلاص من العدو ولا خلاص من المرض بالتحلل فلم يكن مثله، ولم يطلق له الخروج إلّا بشرط زائد وهو شرط التحلل فيفوت اللزوم بهذا الشرط شرعًا، لأنه كان اللزوم بإطلاق الإحرام شرعًا فيفوت شرطه شرعًا كالبيع لا يلزم مع العيب، ويلزم مع الجهل بالجزء، فإذا شرط العلم بالجزء عند العقد التحق بالعيب حتى إذا لم يكن له علم بها يرد العلم على بائعها، وكان ذلك لأن الجهل بالجزء دون العيب، فلم يلتحق به في حكمه إلا بشرط مقرون بالعقد، كذلك ههنا.

۞ وأمّا حُجَّتهم:

(تعلقوا بظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا ٱسْتَيْسَرَ مِنَ ٱلْهَدْيِ﴾[١].

قالوا: والإحصار هو المرض، يقال: أحصر بالمرض وأحصر[٢] بالعدو)[٣]. وذكره ثعلب في فصيح الكلام[٤]، قالوا: وذكره الزجاج في معاني القرآن[٥]، فصار نص القرآن متناولًا لكل واحد منهما بل تناوله للمرض أظهر وأبين.

قالوا: وروى الحجاج[٦] بن عمرو أن النبي ﷺ قال: (مَنْ كسر أو عرج فقد حَلّ وعليه حجة أخرى)، رواه عكرمة عن الحجاج بن عمرو، وقال عكرمة: قد ذكرتُ ذلك لابن عباس وابن عمر فقالا: صدق[٧].

(١) سورة البقرة، من الآية (١٩٦).
(٢) كذا في المخطوط، والصواب: (حصر).
(٣) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار، كتاب المناسك، ص ٤٩٠.
وينظر: لسان العرب، مادة (حصر).
(٤) ينظر: فصيح ثعلب ص ٢٢، باب «فعلت وأفعلت باختلاف المعنى».
(٥) ينظر: معاني القرآن ١/٢٦٧، ونصه فيه: «والحق في هذا ما عليه أهل اللغة من أنه يقال للذي يمنعه الخوف أو المرض أحْصِر وللمحبوس حُصِر...» ا. هـ.
(٦) الحجاج بن عمرو بن غزية الأنصاري المدني صحابي، وله رواية عن زيد بن ثابت وشهد صفين مع علي ﷺ. روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب، ص ٦٤ ـ ٦٥.
(٧) رواه بهذا اللفظ الترمذي في سننه ٤/١٦٨، ١٦٩ مع العارضة، باب «ما جاء في الذي يهلُ بالحج فيُكسر أو يعرج». وقال: «هذا حديث حسن صحيح».
والنسائي في سننه ٥/١٥٦، ١٥٧، باب «في مَنْ أحْصِر بعدو».
وابن ماجه في سننه ٢/١٠٢٨، باب «المحصر».
والدارمي في سننه ٢/٦١، باب «في المحصر بعدو». =

والمعنى أن المرض سبب لمنعه من المضي في موجب إحرامه فيفيد له الإحلال قياسًا على العدو، وإنما قلنا إنه يمنعه، لأن الخلاف في مرض مقعد يقعده عن الذهاب والركوب أو ضلَّ أو منعه إلّا بزيادة مرض فأباح له الشرع التحلل وإن أمن تلك الزيادة.

قالوا: وهذا المعنى معقول، وهو إذا عجز عن المضي على وجه ازداد مدة الإحرام، لأنه لابد من الصبر مدة المرض في الإحرام، ثم إذا برأ من المرض لابد من الذهاب وفعل العُمرة إن كان محرمًا بعُمرة وإن كان محرمًا بحجة فلابد من الصبر مدة المرض، ثم إذا عوفي وقد فاته الحج فلابد من التحلل من الحج بالطواف والسعي كما يتحلل فائت الحج في سائر المواضع فيحتاج إلى مدة طويلة في الإحرام وفي زيادة مدة الإحرام زيادة لزوم مشقة تلحقه من جنس ما التزم بأصل الإحرام، فالشرع جعل له خيار المخلص عن هذه الزيادة بفسخ الأصل ترفيهًا له ورحمةً عليه، ثم مثل هذا قد يؤثر في إطلاق فسخ العقود اللازمة مثل البيع فإن المشتري إذا لزمه زيادة ثمن على ما سمي ثبت له الخيار وذلك بأن يجد عيبًا بالمبيع فإنه التزم الثمن بإزاء جميع أجزاء المبيع، فإذا كان بعض أجزاء المبيع فائتًا فصار حصته من الثمن تلزمه على سبيل لم يرض به فثبت له الخيار، كذلك ههنا، وهذا لأن الإحرام لازم بعينه في الجملة محتمل للفسخ مثل المبيع سواء فصار حكمه مثله على الوجه الذي قلناه.

= والإمام أحمد في مسنده ٣/٤٥٠.

وأبو داود في سننه ٢/٤٣٢ مع المعالم، باب «الإحصار».

والبيهقي في سننه ٥/٢٢٠، باب «مَنْ رأى الإحلال بالإحصار بالمرض».

قالوا: وأما إذا أضلّ الطريق فعندنا المحصر لا يتحلل إلّا بهدي يُنحر عنه، وفي المرض وحصر العدو ويجد هذا، ومَنْ ضَلّ الطريق لا يجد مَنْ يبعثه وإن وجد لزمه الذهاب معه، لأنه يهديه إلى الطريق فيزول العذر حتى إذا كان الرجل راعيًا بحيث يمكنه أن يبعث معه الهَدْي ولا يمكنه الذهاب معه وهو لا يعرف الطريق بنفسه فإنه يتحلل ويبعث بالهَدْي مثل مسألتنا سواء.

قالوا: وأما عدم مفارقة المرض إياه ومفارقة العدو لا تعتبر ولا توجب الفرقان بعد أن ظهر العجز وتحقق في الوجهين جميعًا.

فصار حرفهم أن المبيح للتحلل عند حصر العدو ليس هو مفارقة الحال بالإحلال لكن المبيح زيادة مدة الإحرام عليه، وذلك يزول بالتحلل في الموضعين، وعلى أنكم جعلتم مفارقة الحال بالإحلال عِلّة التحلل، ونحن نقول: إن صح هذا فقد جعلتم عدمه عِلّة لعدم الحكم، وبالإجماع عدم العِلّة لا يوجب عدم الحكم، بل يبقى موقوفًا على قيام الدلالة، كما كان قبل العِلَّة فصار [٧٩/ب] حقيقة ما قلتموه احتجاجًا بلا دليل.

الجواب:

إن الأمة أجمعت[(١)] على أن الآية نزلت في حصر العدو، والدليل القطعي عليه قوله تعالى: ﴿فَإِذَآ أَمِنتُمۡ فَمَن تَمَتَّعَ بِٱلۡعُمۡرَةِ إِلَى ٱلۡحَجِّ﴾[(٢)].

وأيضًا يقال: أمن من العدو، وفي المرض يقال: برأ وعوفي منه.

(١) ينظر تفسير فخر الرازي ٥/١٥٩، أحكام القرآن لابن العربي ١/٢١.
(٢) سورة البقرة، من الآية (١٩٦).

وقد ذكر الفرّاء أنه يقال: أحصر من العدو والمرض جميعًا[١]، وكذلك أشار القتبي إليه[٢]، وإذا كان اللفظ صالحًا لهما كان متعينًا في حصر العدو بإجماع المفسرين[٣].

وأما الخبر: قلنا: روى عِكرمة وحجاج بن عمرو، وعبد الله بن رافع[٤] ذكره[٥] معمر ولم يذكره عكرمة في هذه الرواية[٦] فيوجب هذا وهنًا في الحديث. وعلى أنه محمول على ما إذا كان شَرَطَ أن محله حيث يحبسه، ألا ترى أنه قال: «فقد حلّ» فإنما يحلّ بغير تحلل في هذه الصورة.

وأما الذي قالوا من «زيادة مدة الإحرام».

فمعنى ضعيف، لأنه بإحرامه التزم مواجبَ إحرامه طالت المدة أو قصرت إلى أن يتحلل على قضية إحرامه، وهذا لأن هذه العوارض غير مأمونة من مرضٍ وعدوٍ وغير ذلك، فحين أطلق الإحرام من غير اشتراط فقد التزم مواجبه على علاته وحالاته فتوهم زيادة مدة الإحرام لا يجوز له أن يطلق له الخروج، ولأنه كيف يستقيم التعليل بهذا، وعندكم[٧] إذا تحلل يلزمه حجة

---

(١) ينظر: معاني القرآن ١/٢٦٧.
(٢) تفسير فخر الرازي ٥/١٥٧، جامع البيان للطبري ٢/٢١٥، الجامع لأحكام القرآن ٢/٣٧١، أحكام القرآن للجصاص ١/٢٧٢.
(٣) سبق تخريجه. ينظر: سنن الدارقطني ٢/٢٨٢.
(٤) عبد الله بن رافع المخزومي أبو رافع المدني مولى أم سلمة، ثقة، من الثالثة، روى له مسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب، ص ١٧٣.
(٥) في المخطوط: (ذكر)، والتصويب من المحقق.
(٦) ينظر: سنن البيهقي ٥/٢٢٠، فقد ذكر هذا الكلام ورَجّح سماع عكرمة من الحجاج ابن عمرو بدون ذكر: «عبد الله بن رافع».
(٧) أي عند الحنفية. ينظر: الأسرار، كتاب المناسك، ص ٥٢٠. =

وعُمرة؟ فلا يجوز أن يباح له التحلل للفرار من وجوب زيادة لم يلتزمها ثم يكون التحلل موجبًا زيادة نُسُك في الأصل هو فوق زيادة المدة، فدلَّ أن ما ظنوه عِلَّة ضعيفة.

وأما البيع لا يشبه الإحرام، ألا ترى أنه يشترط ما يفسخ به البيع عند فقده من صفة الحبر والكتابة فيصح شرطه، ومثل هذا الشرط لا يصح في الحج عندهم بحال، فثبت أن التحلل لحصر العدو ليس إلّا بالنص والمرض مخالف له على ما سبق.

والذي اعترض به على ما قلناه، ليس بشيء؛ لأنه مآل كلامه أنه يتخلص بالتحلل من زيادة مدة الإحرام، وقد ذكرنا فساد هذا المعنى.

والذي قالوا: «إن العدم لا يكون عِلَّة».

قلنا: نحن لم نجعله عِلَّة لكن بيّنا المفارقة بين عذر العدو وعذر المرض وقد تبين. والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.



«تم ربع العبادات بحمد الله تعالى وحسن توفيقه في أواخر شوّال من شهور سنة اثنتى عشرة وخمسمائة، والله المستعان على إتمامه بمنِّه ولطفه.

الحمد لله وصلواته على الأنبياء الطاهرين وخصّ محمدًا بأفضل التحية والسلام وآله أجمعين، وحسبنا الله ونِعْمَ المعين».



= بدائع الصنائع ١٢٢/٣، مختلف الرواية: ورقة ٦٧/أ.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

كتاب الطهارة

كتاب الصلاة

الموضوع	الصفحة

كتاب الزكاة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

كِتَابُ الْحَجِّ



أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

❊ ما فكرة مشروع «أسفار» ؟

أسفار: مشروع يُعنى بطباعة الكتب الشرعية ؛ التي تهمُّ المختصين من طلبة العلم ، **ويتميَّز بأنَّ مطبوعاته تُباع بسعر التكلفة** أو قريب منه ؛ فهو مشروع خيري (غير ربحي).

❊ ما أهداف «أسفار» ؟

أسفار: مشروع يهدف لتحقيق غايات سامية ؛ منها:

ـ طباعة الكتب التراثية المحققة في جميع الفنون الشرعية (القرآن ، السنة ، العقيدة ، الفقه وأصوله ، اللغة) ، ونشر البحوث الشرعية الجادة لا سيما ذات الطابع التأصيلي ، مع التركيز والعناية بانتقاء الرسائل العلمية (الدكتوراه والماجستير) التي حقها أن تنشر ، وإشهار المصنفات المغمورة التي لم تطبع من قبل ، مع توفير الكتب النافعة بأسعار مخفَّضة من غير أرباح تجارية ، لتكون مدعومةً وفي متناول المتعلمين ؛ تقرباً إلى الله بتيسير العلم على طالبيه.

❊ تمويل «أسفار»:

يرتكز تمويل أسفار على: التمويل المباشر من المحسنين ، الذين نسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء ، ويجعل ما يقدمونه من مالٍ في موازين حسناتهم ، وأن يجعل هذا المال المبذول منهم عملاً داخلاً في قوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث... أو علمٌ ينتفع به» ، والكتب مصدر أصيل من مصادر العلم ورافد عظيم من روافد المعارف ، وما عُبِدَ الله بعبادةٍ أعظم من العلم الشرعي.

❊ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s.faar16@gmai.com   @sfaar16

قائمة إصدارات مشروع أسفار

١ ـ **عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل**، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١)، تحقيق: د. مطلق بن جاسر الجاسر. سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٢ ـ **المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح**، تأليف: العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله العسكري الحنبلي (ت ٩١٠)، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد العميريني (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٣ ـ **شرح القصيدة التائية في القدر لشيخ الإسلام ابن تيمية**، تأليف: العلامة نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبدالقوي الطوفي (ت ٧١٦)، مع تحقيق نص القصيدة التائية، تحقيق: د. محمد نور الإحسان بن علي يعقوب (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٤ ـ **رسالتان في مسألة القولين** (وهي مسألة أصولية مذهبية مشهورة):

أ ـ **نصرة القولين للإمام الشافعي**، تأليف: العلامة أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت ٣٣٥)، تحقيق: أ. د. جميل بن عبدالمحسن الخلف (بحث محكم).

ب ـ **حقيقة القولين**، تأليف: العلامة أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. مسلم بن محمد الدوسري (بحث محكم). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٥ ـ **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، إملاء: الحافظ المجتهد تقي الدين محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد المالكي ثم الشافعي (ت ٧٠٢)، تحقيق: عبد المجيد بن خليل العَمري، إِمْهَا حسن آية الله، يونس الوالدي، أحمد عبد الرحمن حِيفو (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٦ ـ **الحواشي السابغات على أخصر المختصرات**، تأليف الشيخ أحمد بن ناصر القعيمي، سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٧ ـ **بلغة الوصول إلى علم الأصول**، تأليف: عز الدين أحمد بن إبراهيم الكناني الحنبلي (ت٨٧٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان. سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٨ ـ **تحصين المآخذ**، تأليف: العلامة أبي حامد الغزالي (ت٥٠٥)، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي، د. محمد بن علي مسفر (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٩ ـ **النكت في المختلف** (في الخلاف بين الشافعية والحنفية)، تأليف: العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور السمعاني الشافعي (ت٥٣٤) ابن أبي المظفر السمعاني، تحقيق: د. حسن بن عون العرياني، د. عبد الله بن محمد المعتق (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١٠ ـ **المسائل المولدات** (المشهور بفروع ابن الحداد)، تأليف: العلامة أبي بكر محمد بن أحمد الحداد الكناني المصري الشافعي (ت٣٤٤)، تحقيق: د. عبد الرحمن بن محمد الدارقي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١١ ـ **حواشي ابن نصر الله على الفروع لابن مفلح**، تأليف: محب الدين أحمد بن نصر الله التستري الحنبلي (ت ٨٤٤)، تحقيق: د. عبد الوهاب بن حميد، د. حسين بن حميد، د. ضيف الله الشهري (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٢ ـ **البدرانية شرح المنظومة الفارضية، ويليه: كفاية المرتقي إلى معرفة فرائض الخرفي**، تأليف: عبد القادر بن أحمد بن بدران الدومي الحنبلي (ت ١٣٤٦)، تحقيق: سامح جابر الحداد، مراجعة: د. منصور بن عدنان العتيقي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٣ ـ **الممهد (شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني)**، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي المالكي (ت ٤٢٢)، تحقيق: د. عبد المجيد خلادي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٤ ـ **المنتخب من المحصول**، تأليف: محمد بن عمر الرازي (ت ٦٠٦)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٥ ـ **غرر المحصول**، تأليف: عبد الله بن أبي منصور الواسطي البُرْزي (ت ٦٥٧)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٦ ـ **فصل المقال في هدايا العمال**، تأليف: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي (ت ٧٥٦)، تحقيق: أنور بن عوض العنزي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٧ ـ **الأوسط في أصول الفقه**، تأليف: أحمد بن علي بن برهان الشافعي (ت ٥١٨)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٨ ـ **بغية أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، تأليف: ابن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩)، ويليه: تكملته لإسماعيل الجراعي (ت ١٢٠٢)، تحقيق: عبد الله بن سعد الطُّخَيْس، كريم فؤاد محمد اللَّمْعي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٩ ـ **مسائل الخلاف**، تأليف: القاضي الحسين بن علي الصَّيمري الحنفي (ت ٤٣٦)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢٠ ـ **تنقيح الفصول في علم الأصول**، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: سعد بن عدنان الخضاري. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢١ ـ **المحصول في علم الأصول** (تعليقة على مستصفى الغزالي على رسم الفقهاء)، تأليف: محمد بن سعد الخواري (من فقهاء القرن السادس)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيّات. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٢ ـ **عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين علماء الأمصار**، تأليف:

ابن القصار المالكي (ت ٣٩٧)، تحقيق: د. أحمد مغراوي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٣ ـ **مختصر كتاب المحصول في علم الأصول**، تأليف: تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصلي الشافعي (ت ٦٧١)، ويليه: **غاية السول في علم الأصول**، تأليف: علاء الدين علي بن محمد الباجي الشافعي (ت ٧١٤)، تحقيق: حسن معلم داود حاج محمد. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٤ ـ **عيار النظر في علم الجدل**، تأليف: أبي منصور عبد القاهر البغدادي (ت ٤٢٩)، تحقيق: أحمد عروبي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٥ ـ **الإخلال بالنقل في مسائل أصول الفقه ـ الاجتهاد والتقليد والفتيا والتعارض والترجيح ـ دراسة استقرائية تحليلية**، تأليف: محمد بن طارق بن علي الفوزان (رسالة دكتوراه حاصلة على التوصية بطبعها). سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٦ ـ **شرح المنتخَب من المحصول**، تأليف: شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٧ ـ **المفهم لصحيح مسلم**، تأليف: أبي الحسن عبد الغافر بن إسماعيل الفاسي (ت ٥٢٩)، تحقيق: د. مشهور بن مرزوق الحرازي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٨ ـ **التوضيح في شرح التنقيح (شرح تنقيح فصول القرافي)**، تأليف: حلولو المالكي، أبي العباس أحمد بن عبد الرحمن الزليطني، تحقيق: أ. د. غازي بن مرشد العتيبي، د. بلقاسم بن ذاكر الزبيدي، د. عبد الوهاب بن عايد الأحمدي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٩ ـ **الإبرازات المتعددة للكتاب، دراسة في مفهوم الإبراز، وتعدده، وتأسيسٌ لمنهج الحُكم على الكتاب بتعدُّد الإبراز، وطريقة تحقيقه**، تأليف: أ. د. حاتم باي، سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٣٠ ـ **مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه)** [نسخة مجردة عن حواشي التحقيق]، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣١ ـ **مختصر الترمذي**، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦)، تحقيق: د. حسام الدين بن أمين حمدان، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٢ ـ **الإحكام في اختصار أصول الأحكام (المختصر في أصول الفقه)**، تأليف: ابن اللحام الحنبلي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٣ ـ **إيضاح المشكل من أحكام الخنثى المشكل**، تأليف: جمال الدين الإسنوي الشافعي، تحقيق: أنور بن عوض العنزي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.



أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف

أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩ هـ)

تحقيق

أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الثاني

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

الطبعة الأولى
١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

* الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
* فرع حولي: حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
* فرع المصاحف: حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
* فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
* فرع الجهراء: الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
* فرع الرياض: المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥٠ الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

E-mail: z.zahby74@yahoo.com   imamzahby

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

مختصر

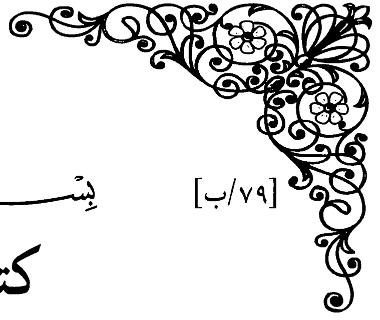
في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩ هـ)

تحقيق
أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الثاني

بسم الله الرحمن الرحيم

[٧٩/ب] بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع(١)

※ (مَسْأَلَة):

بيع الغائب باطل؛ في أحد قولي الشافعي رضي الله عنه(٢).

وعندهم: جائز(٣)، وهو القول الآخر(٤).

وفي المسألة تفاصيل وفروع مذهبية تذكر في شرح المذهب.

والمبيع الغائب: هو الذي لم يره المشتري أصلاً(٥).

※ لنا:

أن المبيع مجهول عند العاقد؛ فلا يجوز عقده عليه، كما لو قال: بعتك

---

(١) البيوع جمع بيع: مصدر باع يبيع، وهو في اللغة أخذ شيء وإعطاء شيء. ينظر: القاموس مادة باعه ٣/٨، وشرعًا: مبادلة المال بالمال تمليكًا وتملكًا. ينظر: المغني ٦/٥.

(٢) النكت: ورقة ٢٦/أ، المهذب: ١/٣٥٠، المجموع: ٩/٢٩٠ قال النووي في المجموع وهو أصح القولين. وبه قال الشعبي والنخعي والحسن والأوزاعي، وإسحاق والإمام أحمد في أظهر الروايتين عنه. ينظر: المغني: ٦/٣١، الإفصاح: ١/٣١٩.

(٣) البيع جائز، وللمشتري الخيار إذا رأى.. ينظر: الأسرار ٢/٨٦/أ مراد ملا. اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٢/٤٨٨، فتح القدير: ٦/٣٣٥، رؤوس المسائل ص٢٧٣ مختصر القدوري: ١/٢٥١ (مع الجوهرة)، البدائع: ٦/٣٠٥٣ المبسوط: ١٣/٦٨، ٦٩، مختصر الطحاوي: ص٤٨، مختلف الرواية: ورقة ١٥٨/ب، وهو أحد الروايتين عن الإمام أحمد. المغني: ٦/٣١.

(٤) النكت: ورقة ١٢٦/أ.

(٥) صورة ذلك: أن يبيع له النوى في التمر. ينظر: المغني ٦/٣٢.

شيئًا ولم يسمّه، أو قال: بعتك عبدًا وله عبيد كثيرة.

وإنما قلنا: «إنه مجهول»؛ لأن سبب علمه لم يوجد، لأن طريق العلم بالأعيان هو رؤيتها؛ وقد فقدت الرؤية للمبيع في مسألتنا؛ فدل أن العلم به مفقود.

فإن قالوا: إن لم توجد الرؤية فقد وجد سبب آخر للعلم بالمبيع؛ وهو الخبر عن وجوده.

قلنا: الخبر عن وجوده لا يفيد علمًا بوجوده، وإنما يفيد ظنًا فحسب، فإن مع الخبر بوجوده يجوز أن يكون غير موجودٍ، ولا يتصور وجود العلم مع هذا التجوز، فدل أنه لا مطمع لوجود العلم بالخبر في مسألتنا.

فإن زعموا: أن الخبر في الجملة يفيد العلم وهو خبر التواتر.

قلنا: ذاك خبر بوصفٍ، والكلام في نفس الخبر وهو غير مفيد للعلم بحال.

فإن قالوا: إن الظن الحاصل بالخبر يكفي لبناء جواز البيع عليه.

قلنا: وَلِمَ والنزول من العلم إلى الظن والاقتناع به لا يجوز إلا لحاجة ولا حاجة في مسألتنا، فإن التوصل إلى وجود العلم حقيقة ممكن وهو أن يطلب الرؤية ولا حرج في طلبها فلا معنى للاكتفاء بالظن.

فإن قالوا: وَلِمَ قلتم أن أصل العلم بالمبيع شرط للجواز؟

قلنا: لأن المبيع إنّما يراد لمقصودٍ؛ وهو تحصيل ما فيه غبطة، فإن

الشراء على خلاف هذا سفه، والسفه حرام منهيٌّ عنه ولا يتم هذا المقصود إلّا فيما يحيط علم المشتري به، فأما مالا يحيط علمه به فلا يوجد.

ولأن الجهل بالوصف عندهم قادح في المبيع بدليل أنه يسلب اللزوم منه، والجهل بالعين فوق الجهل بالوصف، فلا بد له من عملٍ وقدحٍ، ولا يجوز أن يكون عمله في سلب اللزوم، لأنه قد حصل بالجهل بالوصف فلم يبق له عمل سوى سلب الصحة.

ويدل عليه: أنه لو باع من إنسان شاةً من قطيع يختار أيّها شاء فإنه لا يجوز، وكذلك في العبد من العبيد الأربعة فما زاد، ولا سبب سوى الجهل بالمبيع، وقد ذكر كثير من أصحابنا في هذه المسألة: أن فقد الرؤية لا يوجب إلّا الجهل بالوصف غير أنه كافٍ لإفساد العقد لأنه يضاهي الجهل بالعين.

وبيان أنه يضاهي الجهل بالعين: أن المقاصد تختلف باختلاف الأوصاف كما تختلف باختلاف الأعيان، ولأن المالية هي الركن في البياعات والأوصاف هي المنظور إليها في المالية؛ فإنها تكثر بكثرة الأوصاف وتقل بقلة الأوصاف، فدل أن الجهل بها يضاهي الجهل بالعين.

واستدل أيضًا كثير من أصحابنا في هذه المسألة: بفصل الخيار وقالوا: قد ثبت خيار في هذا البيع لا يسقط بالإسقاط وهذا علامة فساد البيع بدليل سائر البياعات الفاسدة.

يبينه: أن إلزام العقد تقرير المشروع وتقرير المشروع مشروع وحين لم يلزم البيع في مسألتنا بالإلزام قبل الرؤية، دلّ أن امتناع اللزوم قد كان لفساد

العقد، وحرروا وقالوا: جهل يمنع لزوم العقد مع الرضا باللزوم فيمنع جوازه.

وعندي أنّ كلا الطريقين معترض، والاعتماد على الأول وسيظهر من بعد.

﴿ وأما حجتهم:

تعلقوا أولًا: بما رووا عن النبي - ﷺ - قال: (مَنْ اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه)[1].

وهذا نص، لأن الخيار لا يثبت إلّا في شراء جائز.

قالوا: ولا يجوز أن يحمل هذا على التخيير بين الشراء وتركه إذا رآه؛ لأن النبي - ﷺ - أثبت خيارًا له لعدم رؤيته المبيع وذلك الخيار لا يثبت لعدم رؤيته المبيع وإنما ثبت للولاية الأصلية الثابتة له بحريته ومالكيته؛ كما له الخيرة في كل الأشياء قولًا وفعلًا.

وأبطلوا أيضًا تأويل من أوّل من أصحابنا وحملهم على ما إذا كان رآه من قبل ثم اشتراه ورآه مُتغيرًا عما كان من قبل.

وقالوا: هذا الخيار ليس خيارِ عدمِ الرؤية، إنما هو خيارُ تغييرِ المبيع عما علمه واستحقه على ظاهر المبيع وهو يشبه خيار العيب.

وتعلقوا أيضًا بإجماع [٨٠/أ] الصحابة[2]، ورووا مثل مذهبهم عن

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ٥/ ٢٦٧، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة والدارقطني في سننه: ٣/ ٥.

(٢) ينظر: شرح معاني الآثار للطحاوي: ٤/ ٩، الأسرار: ٢/ ٨٦/ب مراد ملا.

عثمان[1]، وطلحة بن عبيد الله[2]، وعبد الرحمن ابن عوف وأبي هريرة[3]، وابن عمر[4]، في حوادث مختلفة.

وأما المعنى قالوا:

باع عينًا مملوكة مقدورًا على تسليمها؛ فصح كما لو باع المرئى وهذا لأن البيع تصرّفُ فصحته بأهلية الفاعل له، ووجود محلية الفعل، واتصال شرطه به، وقد اجتمعت هذه المعاني في مسألتنا: أما أهلية الفاعل فهو مما لا إشكال فيه، وكذلك محلية الفعل؛ لأن محل البيع عين مملوكة فإن البيع لما كان مشروعًا لنقل الملك فلا يستدعي من المحل إلّا عينًا مملوكة للعاقد لنقل الملك في المحل إلى غيره، وأما الشرط فهو القدرة على التسليم، وقد وجد في مسألتنا، هذا لأن المسألة مصورة فيما إذا كان قادرًا على تسليم المبيع، وإذا كان عاجزًا فلا تكون هذه المسألة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المانع للصحة هو الجهل بالمبيع، لأن المبيع معلوم الوجود بدليله، كما إذا كانت الدابة واقفة مُجلّلة أو الجارية واقفة مُتنقبة فقد صار المبيع معلوم الوجود برؤيته مستورًا فإنه لا شك أنه رآه مستترًا وتميّز عن غيره بالإشارة إليه فحصل العلم به من هذا الوجه.

يبينه: أنه ليس العلم المطلوب سوى الوجود وقد علم الوجود قطعًا،

---

(١) ينظر: شرح معاني الآثار: ٤/١٠، سنن البيهقي ٥/٢٦٨.

(٢) ينظر: شرح معاني الآثار: ٤/١٠، سنن البيهقي ٥/٢٦٨.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٥/٢٦٨.

(٤) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٠.

وأما إذا كان غائبًا عن مجلس العقد صار معلوم الوجود بالخبر وهذا العلم وإن لم يمكن تحقيقه من حيث القطع واليقين، ولكن هو كافٍ لبناء جواز العقد عليه؛ بدليل ما لو قال: «هو ملكي فاشتره مني» يقبل قوله، ويبتنى عليه جواز العقد فكذلك إذا قال: أنا وكيل فلان أو مضاربه أو شريكه.

وحرفهم الملخص: أن حجة وجود المبيع قد وجد في الشرع فصح العقد بناء عليه.

وأما قولهم: «إنه غير موجود».

ساقط، بدليل ما بينا من المسائل، وبدليل أنه لو رأى شيئًا ثم اشتراه بعد شهر وهو غائب عن مجلس العقد يجوز، والتوهّم الذي قلتم موجود في هذه الصورة، لأنه يجوز أن يكون هلك في هذه المدة، وهذا حرف مشكل على الذي اعتمدناه، وبهذا يبطل ما ادعاه أصحابنا من الغرر: لأنه ليس معنى الغرر سوى أن وجود المبيع على حظر، وهذا المعنى موجود في هذه المسألة ومع ذلك صح العقد، وهذا لأن الوجود إذا وجد بحجته في المعاملات الشرعية سقط اعتبار التّجوزات والتّوهمات.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الوصف مجهول إن لم تكن العين مجهولة وبجهالة الوصف يبطل العقد، لأن جهالة الوصف لا تكون مبطلًا للعقد، لأنه غير معقود عليه؛ بدليل أنه بفواته لا يسقط شيء من الثمن، ولأنه بيع عين فالمعقود عليه العين، بخلاف السلم فإنه بيع بوصفٍ؛ فيكون الوصف معقودًا عليه.

يبينه: أن الأوصاف أتباع وجهالة التبع لا توجب بطلان العقد في المتبوع.

ألا ترى أن بيع الحَمْل لا يجوز: وهو بيع غرر، فلو باع الجارية وهي حامل يجوز، والغرر في التبع لا يوجب بطلان العقد في المتبوع.

يدل عليه: أن الجهل بالوصف لا يكون فوق فقد الوصف ثم فقد الوصف لا يوجب بطلان العقد فالجهل بالوصف أولى.

قالوا: وقولكم: «إن الجهل بالوصف يضاهي الجهل بالعين» دعوى.

وقولكم: «إن المالية تختلف باختلاف الصفات» بلى، ولكن جهالة قدر المالية غير مانعةٍ من جواز العقد بدليل أنه لو باع صُبْرة لا يعلم قدرها فإنه يجوز، وإن جهلت قدر المالية فيها.

قالوا: ومَنْ رجع من أصحابكم إلى فصل العرف والعادة، وزعم أن طريق العلم بالمبيع هو الرؤية، لأنها هي المطلوبة في العادة.

فالكلام عليه بهذا الطريق وهو أن الرؤية تطلب في العادة لا ليعلم المبيع ولكن ليعلم صفات المبيع، فإن الوقوف على الصفات مطلوب فطلبت الرؤية لهذا المعنى، لا لأجل حصول العلم بالمبيع، فإن العلم بالمبيع قد حصل بطريق لا يمكن دفعه؛ إما تعيينًا بالإشارة، أو علم ظاهر بالخبر، وفيه كفاية.

قالوا: ولأجل الجهل بالصفات قلنا: لا يلزم العقد، وهذا لأن اللزوم وصف العقد فالجهل بالوصف سلب وصف العقد؛ كما أن الجهل بالعين سلب أصل العقد؛ ليكون الوصف، في مقابلة الوصف والأصل في مقابلة الأصل.

وأمّا عدم اللزوم مع الرضا باللزوم كان لأجل الخبر؛ فإن الخبر اقتضى

ثبوت الخيار عند الرؤية، وإذا ألزم العقد سقط بالخيار عند الرؤية فيكون فيه تغييرُ شَرْعٍ ثَبَتَ بالنص فالمحافظة على هذا النص منعنا لزوم العقد بالإلزام، اللهم إلّا أن يحصل حكمًا لا بالإلزام، بأن يعتق العبد، أو يكاتبه، أو يموت لأنه حينئذ يكون السقوط محللًا به على الشروع لا على تغير من قبله.

وربما يقولون تعلق بفوات اللزوم في مسألتنا [٨٠/ب] حق الشرع كما يتعلق بفساد العقد عند الجهل بالعين حق الشرع، ثم لو تراضيا على العقد في مجهول العين لا يجوز، كذلك إذا تراضيا على اللزوم في مجهول الوصف لا يجوز.

وقال بعضهم: إن الرضا التام لا يوجد في غير المرئي، لأن الرضا بحصول العلم بالصلاحية، ولا تعرف الصلاحية الكاملة إلا بعد الرؤية، وإنما الرضا قبل الرؤية مجازفة لا رضا.

هذا جملة كلامهم في المسألة.

وقد قال بعضهم: إن أصل الجهل بالمبيع غير مفسد للعقد، وإنما المفسد هو العجز عن التسليم بما يؤدي إليه هذا الجهل من المنازعة، وعينوا فيما إذا باع عبدًا من العبيد أو ثوبًا من الثياب، وكذلك في السلم إذا أسلم ولم يذكر الوصف يفسد لهذا.

واستدلوا في أن مجرد الجهل بالمبيع غير مانع من جواز العقد بما لو باع قفيزًا من صُبْرة يجوز، ولو باع شاة من قطيع لا يجوز، والجهل في الموضعين واحد، وإنما افترقا؛ لأن الجهل في أحد الموضعين لا يؤدي إلى

المنازعة بخلاف الموضع الآخر، وفي مسألتنا الجهل بفقد الرؤية لا يؤدي إلى المنازعة، لأن المسألة مصورة في مثل هذا الموضع فوجب أن لا يمنع جواز العقد.

وربما يستدلون بالجهل بالجنس أو النوع أو قدر المالية، وقالوا: إذا لم تمنع هذه الجهالات جواز العقد، كذلك الجهل بالعين، ومعتمدهم الطريقة الأولى.

۞ الجواب:

أما الخبر فلا يثبت أصلًا.

وقال الدارقطني[1]: «رواه عمر بن إبراهيم الكردي[2] وهو وضاع للحديث»[3]، وبالجملة لو ثبت لقلنا به.

وأما آثار الصحابة:

فالأشهر من القصص قصة المبايعة بين عثمان وطلحة وإنما رواها سعيد ابن المسيب[4] ولا تصح روايته نقلا عن أحد من العشرة؛ إلا عن سعد بن أبي وقاص.

---

(١) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٥.

(٢) عمر بن إبراهيم بن خالد الكردي الهاشمي مولاهم، عن عبد الملك بن عمير وعن ابن أبي ذئب وشبة وبقي إلى ما بعد العشرين ومئتين. ينظر: لسان الميزان: ٤/٢٨١.

(٣) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٥.

(٤) رواها البيهقي في سننه: ٥/٢٦٧، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة.
وعبد الرزاق في مصنفه: ٨/٤٦، باب البيع على الصفة وهي غائبة.

ويحتمل أنهم لم يروا ما اشتروه عند العقد، وقد كانوا رأوه من قبل.

وأما المعنى الذي تعلقوا به:

قولهم: «باع مملوكة مقدورًا على تسليمها».

قلنا: بلى، ولكنها مجهولة، والعلم بالمبيع شرط لصحة العقد فإذا لم يكن معلومًا فُقِدَ شرطُ صحة البيع.

يبينه: أنه كيف يكون عالمًا بالمبيع ولو رآه لم يمكنه أن يميّز بينه وبين غيره وأدنى شواهد العلم بالشيء أن يميّز بينه وبين غيره ممالا يعلمه.

وهم يقولون على هذا إنما لا يميز بينه وبين غيره للجهل بالوصف لا للجهل بالعين، وأيضًا يقولون: أيش معنى قولكم: «إنه غير عالم بالمبيع»؟ إن عنيتم بوجود عينه فقد ذكرنا أنه قد عرف الوجود بدليله، وإن عنيتم ما وراءه فليس إلّا الصفات وقد ذكرنا أن الجهل بالصفة غير مانع.

قلنا: نعني به الجهل بوجوده.

قولهم: «إنّ الوجود ثبت بدليله».

قلنا: ما ثبت؛ لأن دليل الوجود هو الرؤية، ونعني بالدليل ما يوصل الإنسان إلى علمه بوجود الشيء.

فإن قالوا: الخبر أيضا دليل.

قلنا: الدليل الأصلي هو الرؤية؛ فإنا إنما نقبل الخبر من المخبر بتقدير رؤيته؛ فيعتمد السامع رؤيته فيقدِّر في نفسه وجوده باعتماده على حياته برؤيته

ويصير السامع كالرائي تقديرًا.

ويمكن أن يقال أيضًا: إن العلم الذي يحصل بالرؤية وهو علم الإحاطة بالشيء لا يحصل بالخبر، وقد ثبت أن النبي ـ ﷺ ـ قال: (ليس الخبر كالمعاينة)[1].

فثبت أن الأصل هو الرؤية، ولا بد في مسألتنا من العلم بالوجود لجواز العقد وإنما نعرض عن الأصل ونصير إلى غيره لحاجةٍ وضرورةٍ، ولا حاجة في الاكتفاء بالخبر؛ لأن التوصل إلى الرؤية ممكن من غير ضرورة ولا حرج، وأيضًا فإنما ننزل عن هذا الأصل إلى الخبر إذا كان الخبر يفيد ما تفيده الرؤية ولا يفيد؛ لأن علم الإحاطة بالشيء من جميع وجوهه لا يحصل بالخبر.

ولأن الخبر لا يقطع التّجوز والتّوهم والرؤية قاطعة له فلم يقم مقامها.

وخرج على ما قلنا ما أوردوا من المسائل. لأن في طلب أسباب الملك رؤية وعيانًا وطلب التوكيلات والتفويضات وعقود المعاملات مشاهدة ومحسوسًا حرج عظيم وضرر شديد بخلاف مسألتنا.

يبينه: أن المطلوب في هذه المسائل نفس العلم، وفي مسألتنا إنما يراد العلم بالمبيع لمقصودٍ وهو تحصيل مقصود البيع، وإنما يحصل مقصود البيع بعلم يصدر عن الرؤية، لأنه يوجب الإحاطة بالشيء من جميع وجوهه فيعلم أنه مغبون أو مغبوط.

فأما بالخبر فلا، فتعين الرؤية طريقًا للعلم بهذا الوجه.

---

(١) رواه أحمد في المسند: ٢١٥/١، ٢٧١، وذكره ابن عبد البر في الاستذكار: ٤٩/١ وقال: «لم يروه غير ابن عباس». والقرطبي في تفسيره (٢٩٨/٣، ١٧١/٢٠).

وأما إذا كان رأى المبيع من قبل فإنما جاز لأنا نقدر الرؤية هناك قائمة باقية، ولهذا جعل العقد عليه كالعقد على الحاضر من كل الوجوه بدليل لزوم العقد.

وقولهم: «إنه يجوز أنه هلك».

قلنا: هذا التجوز ساقط، لأن دليل الوجود مقطوع به والهلاك موهوم [٨١/أ] فلا يعارض ما علمنا بدليل مقطوع به.

وفي مسألتنا: لا يوجد مثل هذا فرجعنا إلى الدليل الأصلي على ما سبق بيانه. إلى هذا الموضع انتهت حقيقة المسألة.

وأما الصورة التي ذكروها في الدابة المُجلّلة والجارية المُنتقبة فنقول: التصوير في موضعٍ مخصوصٍ ليس من عادة المحققين، ثم يقال في هذه الصورة تأتي طريق صار المبيع معلومًا إن قلتم بالرؤية فنحن نعلم قطعًا أنه لم ير المبيع، وإن قلتم بالإشارة، فالإشارة لتمييز المشار إليه من غيره لا لإعلام.

ألا ترى أنه يعلم أعيانا بالرؤية ثم يشير إلى واحدٍ منها لتميّزها بالإشارة من غيرها فالطريق في هذه الصورة هو المجادلة وطلب إظهار طريق العلم بالمبيع، والتحقيق ما سبق من قبل.

وأما ما اعترضوا على فصل الجهل بالوصف وكونه مفسدًا للعقد.

فتلك اعتراضات واقعة، وليس الاعتماد إلا على وجود الجهل بالعين.

وأما ما اعترضوا به على فصل الخيار: ففصل الخيار في الإلزام لا بأس به، وأما الاعتماد عليه ابتداء فبعيد؛ لأن التعلق بحكمٍ على أصل المخالف لإثبات المذهب ليس من شأن المحققين، والاعتراض الذي قالوه ضعيف؛ لأن في الاعتراض الأول تعلقوا بالخبر، والخبر غير ثابت، وعلى أنه يدخل على ما قالوه إذا فسخ العقد قبل الرؤية فإنه يجوز عندهم، وفيه إسقاط الخيار أيضًا، وإن كان بواسطة إبطال العقد.

والعذر الثاني الذي قالوه من تعلق حق الشرع بالخيار فبعيد أيضًا؛ لأنه ليس عليه دليل، ولأنه يدخل عليه سائر أنواع الخيار.

وقولهم: «إن الرضا لا يوجد على التمام قبل الرؤية».

قلنا: يوجد؛ لأنه يقول: «رضيتُ على أيّ وصفٍ كان المبيع» مثل ما يقول في الرضا بالعيوب، والطريقة الأخيرة ليست بشيءٍ وقد سبق الدليل.

أما إذا باع قفيزًا من صُبْرة لا يجوز إلا إذا كانت الصُّبْرة معلوم القفزان فيصير القفيز الواحد معلوما من حيث الجزئية من جملة الصُّبْرة، وينتقض بما لو قال: «بعتُ شاة من هذا القطيع فتختار أيّها شئت» فإنه لا يجوز، وليس المانع سوى الجهالة لأنه لا منازعة في هذه الصورة.

وكذلك في العبيد الأربعة ومناقضتهم بالعبيد الثلاثة[1] معلومة وليس لهم عنهما عذر يبالىَ به.

والله أعلم بالصواب

---

(١) في المخطوطة: الثلاث.

❋ (مَسْأَلة):

خيار المجلس[1] ثابت عندنا في البيع، وما هو في معناه[2].

وعندهم: لا يثبت أصلًا[3].

❋ لنا:

حديث ابن عمر أن النبي ـ ﷺ ـ قال: (المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار)[4].

هذا اللفظ رواية مالك[5].

---

(١) خيار المجلس هو: موضع الجلوس وهو أن يكون لكل واحد من المتبايعين الخيار مالم يتفرقا. زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٤٧/٣.

(٢) النكت: ورقة ١٢٩/أ، المهذب: ٣٤٣/١، الأم ٣/٣، المجموع: ١٧١/٩، معالم السنن: ٧٣٣/٣ تهذيب الأحكام: ورقة ٣/أ ـ كتاب البيع ـ.
وهو قول الحنابلة ينظر: المغني: ١٠/٦، الإفصاح: ٣٢١/١.
قال ابن قدامة: «ويروى ذلك عن عمر وابن عمر وابن عباس وأبي هريرة وأبي برزة، وبه قال: سعيد بن المسيب وشريح والشعبي وطاووس والزهري، وعطاء والأوزاعي وابن أبي ذئب».
وذكر هؤلاء الخطابي في المعالم: ٧٣٣/٣، وهو قول ابن حبيب من المالكية، المنتقى: ٥٥/٥.

(٣) الأسرار: ١٠٢/٢/أ، شرح معاني الآثار: ١٧/٤، مختصر القدوري: ٢٣٨/١ (مع الجوهرة) بدائع الصنائع: ٣٢١١/٧.
وهو قول المالكية، ينظر: الإشراف للبغدادي: ٢٤٨/١، الموطأ: ٥٥/٥ مع المنتقى، قوانين الأحكام: ٣٠٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٧٠١/٢.

(٤) رواه النسائي في سننه: (٢١٨/٧).
وأبو داود في سننه: (٧٣٥/٣) مع المعالم، باب في خيار المتبايعين.

(٥) ينظر: الموطأ: ٥٥/٥ مع المنتقى، باب بيع الخيار.

وروى حماد بن[1] زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن النبي - ﷺ - قال: «كل بيّعين بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»[2].

والخبر نص في موضع الخلاف.

قالوا: هذا خبر واحد ورد فيما يعم به البلوى وعندنا لا يقبل خبر الواحد في هذه الصورة[3] لأن ما يعم به البلوى ينبغي أن يكون بيان حكمه عامًا لعموم الحاجة فإذا كان حكمه نقله الواحد أو الاثنان فهو يدل على أن أصله غير ثابت، ثم حملوا الخبر على المتساومين[4].

وقالوا: عندنا لهما الخيار: أما المشتري ففي القبول والرجوع.

وأما البائع ففي الثبات والرجوع.

قالوا: ويجوز أن يسمى المتساومان متبايعين على طريق المجاز[5].

---

(١) في المخطوط (عن) والتصويب من معاني الآثار.

(٢) رواه بسند آخر ولفظه: «كل بيعين بالخيار ما لم يتفرقا أو يكون بينهما خيار».
ورواه النسائي في سننه: ٢٢٠/٧، ٢٢١، بلفظ (كل بيعين...).
ورواه البخاري في صحيحه: ٣٢٨/٤ مع الفتح بلفظ: (البيعان بالخيار...) بنفس السند، باب إذا لم يؤقت الخيار هل يجوز الفسخ.
ورواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١٢/٤، وأبو داود في سننه (٧٣٥/٣، ٧٣٦).

(٣) الأسرار: (١٠١/٢/أ) ولفظه: «.. وأنه باب مما تعم به البلوى فلا يقبل فيه الغريب».

(٤) وذكر هذا المعنى الباجي في المنتقى عن مالك (٥٥/٥).

(٥) المجاز: هو اسم لما أريد به غير الموضوع لاتصال بينهما معنىً كما في تسميه البليد حمارًا أو الشجاع أسدًا. ينظر: المغني للخبازي صـ١٣١.
وحكمه وجود ما أريد به خاصًا كان أو عامًا كما في لفظة الصاع في حديث ابن عمر ولا الصاع بالصاعين لأن حقيقة الصاع غير مراد فكان مجازه مراده وهو ما يحله ويجاوره.

وهذا لأنهما استعدًّا[1] للبيع وتهيّآ له فاستقام أن يُسمّيا باسم المباشر له توسعًا، ألا ترى أن النبي ـ ﷺ ـ قال: (لا يبيع أحدكم على بيع أخيه)[2]، والمراد منه لا يُستام على سوم أخيه، وإنما سماه بيعًا على طريق المجاز. كذلك هاهنا.

❁ **الجواب:**

أن الخبر ـ إذا ثبت فسواء كان فيما يعم به البلوى، أو فيما لا يعم به البلوى ـ فلا بد من اتباعه، والحكم به.

وقد قلتم إن الوتر واجب[3]، والقراءة عن المقتدي ساقط بخبر الواحد[4] وهو مما يعم به البلوى والحاجة.

وقولهم: «إذا كانت الحاجة بهذا الحكم عامة وجب أن يكون البيان عن طريق الاستفاضة والعموم».

قلنا: لا، فإن البيان العام يجوز أن يقع بخبر الواحد، وهذا لأن التوصل إلى معرفته ممكن لكل واحدٍ، وإذا أمكن التوصل إلى معرفته لكل واحدٍ تَمّ البيان ووقعت الغُنية والكفاية، وبهذا الطريق أوجبوا الوتر بخبر الواحد، وكذلك أسقطوا القراءة خلف الإمام بخبر الواحد[5]، وأمثال هذا يكثر.

---

(١) في المخطوط: تعدا.

(٢) رواه البخاري في صحيحه (٤/٣٥٣) مع الفتح، باب لا يبيع على بيع أخيه....

(٣) ينظر: أصول السرخسي ١/٣٦٩.

(٤) ينظر: كشف الأسرار ١/٤٩.

(٥) ينظر: حاشية ٤، ٥ ص ٢٢.




وأما التأويل: فباطل، لأنه ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار»، فلابد من وجود التبايع ليبتنى عليه هذا الخيار.

أما قولهم: «إن هذا الاسم يصح إطلاقه على المتساومين بطريق المجاز»[1].

قلنا: [٨١/ب] العبرة للحقيقة ولا يصار إلى المجاز إلّا بدليل.

فإن قالوا: إن اسم المتبايعين لهما بعد الفراغ مجاز أيضًا.

وإنما الحقيقة لهذا الاسم حين اشتغالهما بالتبايع كالمتشاتمين والمتضاربين.

قلنا: ليس كذلك، فإن العقد قائم حقيقة بعد الفراغ لقيام حكمه، ولأن الشرع حكم ببقاء العقد بدليل جواز الإقالة[2] والرد بالعيب[3] وغيره ولولا بقاء العقد لم يتصور ملك الفسخ.

يبينه: أن النبي - ﷺ - قال (إلا بيع الخيار)[4].

وفي رواية: «أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»[5] وكلا اللفظين صحيح، ولامعنى لهذا اللفظ إلا على هذا المذهب.

---

(١) ذكره في اللباب (٢/٤٨٦).
(٢) الإقالة: طلب فسخ البيع والرجوع على البائع بما أخذه من القيمة.
ينظر: زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٣/٦٨.
(٣) سيأتي تعريفه في صـ ٣٤.
(٤) رواه أبو داود في سننه ٢/٢٤٥ باب خيار المتبايعين، والنسائي في سننه ٧/٢٢١.
(٥) سبق تخريجه في صـ ٢٠.

فأما على التأويل الذي صاروا إليه فهذا اللفظ لغو باطل، ولأن ابن عمر وهو راوي الحديث فهم الذي قلناه حتى روي أنه «كان إذا اشترى شيئًا مشى خطوات ليلزم البيع»[1].

والمعتمد لنا: هو السنة، وسنبين المعنى بقدر الإمكان في الجواب عن كلماتهم.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: عقد معاوضة فيلزم بنفسه[2].

دليله: النكاح.

وبعضهم قال: عقد معاوضة فيكون الأصل فيه الثبات والقرار.

وأما فقههم:

قالوا: البيع عقد مشروع يوصف بحكمٍ فوصفه اللزوم وحكمه الملك[3]، وقد تَمّ البيع فوجب أن يتم بوصفه مفيدًا حكمه.

وأما تأخير ذلك إلى أن يفترقا ليس عليه دليل.

يبينه: أن السبب إذا تَمّ يفيد حكمه ولا ينبغي أن يتأخر حكمه إلا بعارض دليل، فمن ادعى العارض فعليه البيان.

---

(١) ذكره الخطابي في المعالم: ٣/٧٣٣. ورواه الشافعي في كتاب الأم: ٣/٣.
ورواه البخاري عن نافع قال: «وكان ابن عمر إذا اشترى شيئًا يعجبه أن يفارق صاحبه» صحيح البخاري مع الفتح: ٤/٣٢٦، باب كم يجوز الخيار.

(٢) ينظر: تبيين الحقائق ٤/٤٤.

(٣) ينظر: تبيين الحقائق ٤/٤٤.

وتحقيقهم: هو طلب علة الخيار. قالوا: ولا يجوز أن يكون نفس البيع، لأن البيع إذا كان حكمه الملك واللزوم فلا يجوز أن يكون نفسه موجبًا ضده.

وأما المجلس فليس فيه دليل على ثبوت الخيار، لأن المجلس ليس إلا لزوم المتعاقدين مكانًا واحدًا أو بقائهما في مجلس العقد وهذا لا يصلح علة للخيار، وهذا لأن الموجب للخيار دليل يعارض العقد في منع اللزوم مثل شرط الخيار فإنه استثناء وصف اللزوم والعقد يقتضى اللزوم فإذا عارضه ما يسقط اللزوم سقط عمل العقد في اللزوم لأجل المعارضة، وعلى هذا عمل وجود العيب بالمبيع وكذلك عمل الجهل بالصفة.

فأما هاهنا فلا دليل يعارض العقد في سلب اللزوم أو نفي الملك فبقى العقد عاملًا في إثبات حكمه منعقدًا بوصفه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الخيار إنما ثبت نظرًا للمتعاقدين؛ لأن النظر ليس إلا لدفع الغبن إن عثر عليه، والشارع قد شرع الخيار الثلاث لهذه العلة فإن في خبر حبّان بن منقذ[1] أنه كان يُغْبن في البيع، فقال له النبي عليه السلام: (إذا ابتعت شيئًا فقل: لا خِلابة[2] ولي الخيار ثلاثة أيام)[3]، وإذا شرع خيار

(١) حَبّان بن منقذ بن عمرو الأنصاري ثم المازني المدني، وهو صحابيّ روى له مسلم وأبو داود، والترمذي، وابن ماجة، ينظر: التقريب: ٦٢.

(٢) «خلابة» مصدر خلبتُ الرجل إذا خدعته. قاله الخطابي في المعالم: ٣/٧٦٦.

رواه البخاري في صحيحه ٤/٣٣٧، ـ مع الفتح ـ باب ما يكره من الخداع في البيع.

(٣) نقل ابن حجر عن الرافعي قوله «وجعل لك ذلك ثلاثة أيام، وفي رواية»، ولك الخيار ثلاثًا، وفي رواية «قل لا خلابة، واشترط الخيار ثلاثًا».

وهذه الروايات كلها في كتب الفقه وليس في كتب الحديث المشهورة سوى قوله: «لا خلابة» التلخيص الحبير: ٣/٢١. =

الشرط لهذا النظر، فلا معنى لشرع خيار آخر.

يبينه: أن هذا النظر لا يوجد إلا لخيار يبقى بعد التفرق، فأما بخيار يتقيد بالمجلس وصاحبه متمكن من مفارقته فلا يوجد فيه تمام النظر.

واستدلوا: على أن اللزوم من مقتضى هذا العقد بكونه معاوضة، وهذا لأن دخول العوض في العقد موجب للزوم العقد بدليل العوض في الهبة، وبدليل العوض في الطلاق.

وتعلق بعض أصحابهم: بوجود الرضا على الكمال، ودليل وجود الرضا على الكمال إطلاق العقد، والعقد عقد مراضاة، فإذا أطلق العقد فقد كمل الرضا وتمّ.

الجواب:

أن سبب الخيار هو نفس العقد وهو موافق لنص الرسول ﷺ فإن في الخبر (المتبايعان بالخيار)(١).

دل أنه ثابت بالتبايع.

والمعنى يدل عليه أيضًا: وذلك لأن البيع سبب للإيقاع في الندم والندم مؤثر في إثبات الخيار وإنما قلنا ذلك لأن النظر متوقع من الشارع في كل موضع وقعت الحاجة إلى النظر، والندم محوج إلى النظر، فثبت الخيار نظرًا.

وقال النووي في المجموع: «ما وقع في الوسيط وبعض كتب الفقه في هذا الحديث أن النبي ﷺ قال له» واشترط الخيار ثلاثة أيام «فمنكر لا يعرف بهذا اللفظ في كتب الحديث» ٩/ ١٧٨.

(١) رواه البخاري في صحيحه ٤/ ٣٢٨ مع الفتح، باب «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا».

ثم بيان قولنا «إن البيع سبب للإيقاع في الندم».

وذلك لأن البيع يخرج العين المبيعة عن ملكه، وخروج العين المبيعة عن ملكه وإن كان بثمنٍ سبب للندم، فإن للناس أغراضًا ومقاصد في الأعيان، والآدمي مجبول على الضعف والتقصير في حقه، وربما يبيع بيعًا ويرى الغبطةَ في البيع فإذا وقع البيع وخرج الشيء من ملكه ندم ورأى أن الغبطةَ كان في ترك البيع وبقاء العين على ملكه، وكذلك في جانب المشتري وهذا معيار متعارف.

وبهذا السبب ثبت لهما خيار الإقالة، وليس المعنى إلا الندم وبه ورد النص فإن النبي عليه السلام قال: (مَنْ أقال نادمًا أقال الله عثرته يوم القيامة)(١).

ولو خُلينا والقياس لم تجز الإقالة في عقد فرغ منه وانقضى بحقيقته ولكنها جازت من الشرع نظرًا [٨٢/أ] للمتعاقدين إلا أن ذلك الخيار لندمٍ يتفقان عليه، وهذا الخيار بندمٍ ينفرد به أحدهما ولابد من كل واحد منهما ليتم النظر.

وأما فصل شرط الخيار فنقول: «لا تقع الغُنية بذلك الخيار عن هذا الخيار، لأن ذلك الخيار لندمٍ بغبنٍ يظهر على ما ورد به الخبر، وهذا الخيار بندمٍ لعقدٍ يقع وكل واحد مؤثر في الندم فإذا كان أحدهما يوجب شرع خيار لتلافي ما يحصل به الندم. فكذلك الآخر جاز أن يوجب أيضًا إلا أن أحدهما ثبت شرعًا، لأن سببه العقد والآخر ثبت شرطا لأن الشرع أشار إليه وأمر بشرطه والخيار ينقسم إلى مشروطٍ ومشروعٍ وإن اتفقا في المعنى الموجب

(١) رواه بهذا اللفظ ابن عدي في الكامل: ١/١٣٣، ١٣٤.

للخيار بدليل خيار فقد الصفة[1] فإنه تارة يثبت شرعًا لأجل وجود العيب وتارة يثبت شرطًا إذا شرط في العبد أنه خبّاز أو كاتب.

وأما فصل التقييد بالمجلس: فإنما كان كذلك؛ لأنه لما كان سببه نفس العقد تقدر بزمان العقد، ولأن المقصود والمطلوب بهذا يحصل فإنه ليس لندم العثور على الغبن أو للتروّي والتفكير بل هو بسببِ ندمٍ يحصل بعين العقد، وإذا أثبتنا بهذا القدر حصل المقصود فلا معنى لاعتبار الزيادة.

وجملة الكلام أن خيار المجلس خيار نظر فيثبت لقيام الحاجة إلى النظر، دليله: خيار الرؤية وخيار الشرط عند المشارطة.

فإن قالوا: ما السبب؟ فقد بيّنا.

وقولهم: «إن العقد مشروع بوصفٍ لحكمٍ».

قلنا: بلى، ولكنه عارضه دليل في نفي اللزوم وتأخير الملك في زمان المجلس على ما سبق بيانه فصار العقد مفيدًا حكمه بعد التفرق لسقوط الدليل المعارض مثل ما يفيد حكمه بعد مضي الثلاث لسقوط المعارض.

وأما دخول العوض فلا يمنع ثبوت هذا الخيار مثل ما لا يمنع ثبوت خيار الشرط.

وأما وجود الرضا لا يمنع ثبوت الخيار أيضا نظرًا مثل خيار الرؤية وهذا لأن الآدمي لما كان مجبولًا على العجز والتقصير في حق نفسه وترك النظر فلا يجوز في حكمة الشرع تخليتُه والنظر لنفسه بل لا بد من انضمام النظر

---

(١) هو خيار الخُلف في الصفة كأن يشترط أن يكون العامل خبازًا أو سائقًا...

إلى نظره من قبل خالقه وإيصال لطفٍ إليه بإثبات نظرٍ له وإن لم يكن حاصلًا باختياره وكسبه وهذا ظاهر للمتأمل.

وقد كانت هذه المسألة خبرية محضة ولم يكن للأصحاب فيها مجال للفقه فصارت المسألة بما استخرجنا من المعنى من المسائل الفقهية، والتحقت بأخواتها ونظائرها بحمد الله تعالى وتوفيقه. والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

خيار الشرط[١] موروث عندنا[٢].

وعندهم: لا يورث[٣].

❋ لنا:

إنه حق من حقوق المال فيورث كسائر حقوق المالية؛ مثل حق الرهن، وحق الكفالة، وحق حبس المبيع وغيرها، وهذا لأن الحقوق محل الإرث

---

(١) هو أن يشترط المتعاقدان مدة معلومة في صلب العقد كأن يشترط تسليمه البضاعة في مدة كذا. المغني ٣٠/٦، زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٤٩/٣.

(٢) مختصر المزني: ١٣٤/٢ مع الأم، المجموع: ١٩٣/٩، ٢٢١، ٢٢٢.
النكت: ورقة ١٣٠/ب المهذب: ٣٤٤/١، تهذيب الأحكام: ٧/أ، كتاب البيع.
وهو قول المالكية.. ينظر: الإشراف للبغدادي ٢٤٩/١، المنتقى للباجي: ٥٩/٥.

(٣) الأسرار: ٩٧/٢/ب مراد ملا، مختلف الرواية: ورقة ١٥٨/ب.
مختصر الطحاوي: ٧٥، المبسوط: ٤٢/١٣، مختصر القدوري: ٢٥٠/١ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ٣٠٤٠/٦، رؤوس المسائل ص٢٧٤، الهداية مع فتح القدير: ٣١٨/٦، وهو قول الحنابلة ينظر: المغني: ١٤/٦، الإفصاح: ٣٢٣/١.

مثل الأعيان؛ بدليل قوله ﷺ: (مَنْ ترك حقًا أو مالًا فلورثته)[1].

ولأن الحقوق محترمة معصومة مثل أعيان المال فلا تضيع بموته، لأن الموت غير مضيّع للحقوق، فإنه في الوضع ليس لإبطال الحقوق، وإسقاطها، إنما هو نقل إلى الآخرة، إلا إنه لما مات استغنى عن حقوقه وأملاكه، فالشرع نقلها إلى أقرب الناس إليه ليكون خليفة له في أملاكه وحقوقه وتبقى تلك الحرمة والعصمة مستمرة؛ وإن انتقل من مورثٍ إلى وارثٍ ومن أصلٍ إلى خلفٍ.

واعلم أنهم يسلمون جريان الإرث في الحقوق غير أنهم يمنعون كون خيار الشرط حقًا فنقول: الثابت بخيار الشرط هو فسخ العقد، ولا فرق بين أن يقول: بعتُ على أني بالخيار أو يقول: بعتُ على أن لي فسخه إلى ثلاثة أيام.

وهذا لأن الخيار إنما صح بشرطه بحكمٍ شرعيٍ يبتنى عليه، وليس ذلك الحكم إلا الفسخ، فإن الإجازة ثابتة بنفس العقد؛ بدليل أنه إذا مضت المدة لزم العقد من غير صنع من قبله، فأما إذا أجاز في المدة فإنما لزم العقد لا لأنه تصرف بحكم الخيار لكن لأنه أسقط الخيار بالإجازة فظهر حكم العقد من اللزوم، فثبت أن الخيار مشروط للفسخ وأنه حكمه، وترك حق الفسخ من الخيار منزلة الملك من البيع وسائر أحكام العقود من العقود، فكما أن البيع إثبات ملك، والنكاح إثبات حِلّ فشرط الخيار إثبات فسخ وإذا كان الثابت

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٦١ ـ مع الفتح ـ باب الصلاة على من ترك دينًا.
وأحمد في المسند: ٢/٢٩٠، ٤٥٣.

له فسخ العقد، والعقد حقهما لأنه إيجاب وقبول، والإيجاب حق الموجِب، والقبول حق القَابِل، وليس هذا مما يشكل أن العقد حق المتعاقدين [٨٢/ب] وهو حق ثابت لكل واحدٍ من المتعاقدين على صاحبه فصار حقيقة شرط الخيار إسقاط حق الغير عن نفسه بفسخ عقده، وإن شئت قلت تبقية حقه وإسقاط حق غيره، فكما أن ما يثبته لنفسه حقه فما يسقط عن نفسه حقه، لأن كل واحد منهما منفعة مالية عائدة إليه، والمنفعة قد تكون بعينٍ يستحقها على غيره وقد يكون بحقٍ يصل به إلى غيره، وقد تكون بحقٍ يسقطه عن نفسه لولا ذلك الإسقاط لصار مستحقًا عليه.

فثبت بمجموع ما ذكرناه أن شرط الخيار إثبات حق وهو من حقوق المال لما بينا أن منفعته عائدة إلى المال وصار بمنزلة الرد بالعيب، وأصل عقد البيع فإنهما صارا حقين من حقوق المال وجرى فيهما الإرث، كذلك هاهنا.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: الخيار محض مشيئة فلا يورث، وهذا لأن تفسير الخيار: هو أن المشيئة إليه فسخ العقد وإمضاؤه، وماله تفسير أكثر من هذا وإذا كان محض مشيئة فلم يورث، لأن مشيئة الإنسان صفته فإذا مات وَهلكَ هَلَكَ بصفاته فلا يتصور فيها الإرث.

وحرفهم:

أن الإرث إنما يكون في شيء يبقى بعد موته ولا يتصور بقاء حياته بعد موته.

قالوا: وقولنا: «إنه محض مشيئة» يتبين أنه ليس بإثبات حق بل هو استيفاء مشيئة أصلية كانت ثابتة له، فإنه كان له المشيئة ليعقد مطلقًا فيُلزم ويملك أو يعقد بخيار فيكون عاقدًا من غير إلزامٍ ولا تمليكٍ، فإذا أطلق البيع فقد باشر جميع ما جعل إليه وإذا عقد بخيار فقد باشر بعض ما جعل إليه واستثنى البعض على مشيئته فصار شرط الخيار في الحقيقة ترك العقد في اللزوم والملك على العدم أو هو امتناع من عقدٍ مُلزمٍ مُوجبٍ للملك، والعقد والعدم لا يتصور أن يكون حقًا لأحد، وإذا لم يكن حقا لم يورث. قالوا: وأما لزوم العقد بمضي مدة الخيار وموت مَنْ له الخيار إنما كان لأن شرط الخيار لما كانت حقيقته استيفاء مشيئة، فنفسه ومشيئته سقطت بموته وإذا سقطت مشيئته ظهر موجب العقد من اللزوم والملك؛ وهذا لأن مشيئته كانت مانعة من ظهور الحكم للعقد فإذا سقطت زال المانع وظهر حكمه.

قالوا: «وقولكم إنه إثبات فسخ العقد».

ليس كذلك، بل هو إثبات مشيئة محضة فإنه قال: على أني بالخيار، والخيار والاختيار والمشيئة كلها بمعنى واحد. وقد كادت تخرج عن يده فبشرط الخيار أبقاها في يده من وجه.

وأما فسخ العقد يبتنى على ثبوت المشيئة وهو في الحقيقة ترك إلزام العقد وإثبات الحق للغير لا أنه تصرف في حق الغير بالإسقاط.

قالوا: وقول مَنْ قال من أصحابكم: «إنه حق لازم متعلق بالعقد أو بالمبيع».

ليس بشيء؛ لأنه إذا لم يكن حقًا فكيف يتعلق بمحل؟، ولأنه إذا كان محض مشيئة وخيرة فيكون محله نفس العاقد الشائي لا العقد ولا المبيع.

وأما اللزوم فلا معنى له؛ لأن ما يورث لا فرق بين أن يكون لازمًا أو غير لازم كالعقد وإن كان غير لازم يورث.

قالوا: وأما خيار العيب[1] فلا يورث عندنا[2]، وإنما يورث المُوجَبَ بخيار العيب ثم يثبت للوارث ابتداءً.

وبيان هذا: أن البائع أوجب للمشتري عينًا بشرط السلامة؛ لأنه سلامة بسلامة، فإذا لم يجدها سليمة ثبت له حق الرجوع إلى رأس ماله الأصلي وهو الثمن، وما أوجبه البائع للمشتري قد استحقه وارثه فصار المبيع مستحقًا للوارث بوصف السلامة على ما كان يستحقه المورث، فإذا لم يجد ثبت له حق الرد ابتداءً لا على طريق إرث الخيار.

وأما في مسألتنا لو ثبت الخيار لثبت على طريق الإرث، لأن إثباته ابتداءً لا وجه بحال، لأن المبيع سليم من العيوب وملك المبيع سليمًا من العيوب لا يكون سببا للخيار، وإنما كان الخيار للمورث لاستثنائه المشيئة لنفسه، وقد هَلَكَ بمشيئته فلزم العقد ثم إذا لزم العقد لم يتصور ثبوت خيار الشرط في عقد لازم.

قالوا: (وكذلك خيار الرؤية إن سلمنا، يثبت للوارث ابتداءً بملك المبيع مجهول الوصف، وكذلك خيار التعيين فيما لو اشترى أحد عبدين

(١) هو ما ينقص قيمة المبيع كالمرض. ينظر: زاد المستقنع مع شرح للفوزان ٥٦/٣.
(٢) عند الحنفية.




على أنه بالخيار يثبت للوارث ابتداءً بملك المبيع مختلطًا بما ليس بمبيع)[1] فيكون له خيار التمييز ويكون وارث المشتري أولى بالتمييز والتعيين من البائع؛ لأنه خليفة مَنْ كان أولى بالخيار في الجملة فيكون أولى بالخيار أيضًا.

قالوا: وأما العقد، فقد قال بعضهم: إنه لا يورث، لأنه قول مضى وانقضى فلا يتصور فيه الإرث، وإنما مَلَكَ الوارثُ الإقالة والرد بالعيب وكذلك المورث لا لبقاء العقد لوارثه لكن لملكه العين عن عقدٍ أو لملكه العين تبعية.

ولملك العين [٨٣/أ] عن البيع حكم وهو ملك الفسخ فَمَلَكَه لإظهار حكم السبب.

قالوا: ولهذا ملك عندنا الموكّل الفسخ وليس بعاقدٍ، وكذلك القاضي يملك وليس بعاقد، وقد سلّم أكثرهم على أن العقد موروث.

قالوا: إنه حكم يبقى فيبقى ببقاء حكمه فيورث، والخيار ليس له حكم أصلًا حتى يبقى ببقاء حكمه فلم يورث، وهذا رجوع إلى قولهم: «إن شرط الخيار ليس بإثبات حق أصلًا والعقد إثبات حق».

وربما يقولون: جرى الإرث في العقد تبعًا للعين، فلو ورث الخيار ورث تبعًا للعقد ولا يكون للتبع تبع.

وأما مشايخهم تعلقوا بالأجل. وقالوا: مدة فسخه تثبت لأحد المتعاقدين

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الأسرار مع بعض التصرف ٢/٩٨/ب.

شرطًا فلم يورث كالأجل.

وأوردوه نقضًا على العلة التي وقع التعلق بها ابتداءً وهو قولنا «حق من حقوق المال».

۞ **الجواب:**

إن قولهم: «الخيار محض مشيئة».

قلنا: «إن عَنَوا أن الثابت نفس المشيئة فليس كذلك، وإن عَنَوا أن الثابت حق يستوفى بالمشيئة فمسلم، ولكنه حق موروث؛ وهذا لأن المشيئة التي زعموها لا تدخل تحت الشرط بعد العقد؛ وهذا لأن سبب الإيجاب والملك قد تَمَّ من قبله وليس يحتاج إلى مباشرة شيء ليلزم العقد ويفيد الملك وإذا مضت المدة فالمشتري يملك بذلك العقد السابق من غير أن انضم إليه مباشر شيء آخر من قبل العاقد».

وإذا ثبت تمام السبب لم يستقم أن يقال إن شرط الخيار هو استيفاء مشيئة كانت ثابتة له؛ لأنهم يعنون المشيئة في العقد، وإذا كان قد باشر العقد على الكمال والتمام بدليل استغنائه عن ضم شيء آخر إليه من حيث العقدية لم يتصور أن يكون شرط الخيار استيفاء مشيئة كانت ثابتة له في أصل العقد بل صار شرط الخيار إثبات ولاية الفسخ في عقد منعقد كامل.

ولهذا افتقر شرط الخيار إلى رضا المشترى ولو كان استيفاء مشيئة لم يفتقر، وإنما افتقر لأنه إثبات فسخ عقده، ولهذا كان الأصح عندنا أن الخيار لا يمنع ملك المشتري؛ لأن السبب قد تَمّ فأوجب الملك في المبيع، وإنما




الثابت بشرط الخيار مجرد فسخ العقد، وذلك لا يمنع الملك، وأما عدم اللزوم إنما كان لأنه لا يتصور مع ثبوت الفسخ أن يكون لازمًا فتبين بما قلنا تحقيقًا أنه ليس شرط الخيار استيفاء المشيئة الأصلية إنما هو إثبات حق الفسخ، لأن ثبوت الفسخ مستقيم شرعًا ومعقولًا.

أما استيفاء المشيئة في العقد وقد تَمّ السبب في العقد به فمحال لا يمكن إثباته، هذا هو نهاية التحقيق وسر المسألة، وليس يَرِدُ عليه كلام بوجهٍ ما، وقد غَفَلَ عنه كُلُّ مَنْ تكلم في هذه المسألة حتى استخرجناه من مظانه وأبرزناه من خدره بعون الله تعالى.

وأما فصل العقد فهو داخل على طريقتهم؛ لأنه كلام، كما أن الخيار مشيئة وإن كان مشيئة الإنسان تفوت بفواته، فكذلك كلامه، لكن كلامه لما صار عقدًا شرعيًا وُرِثَ، كذلك المشيئة لما صارت حقًا شرعيا وُرِثَ.

وقولهم: «إن العقد قد انقضى بالفراغ عنه».

ليس بشيء، بدليل جواز الإقالة والفسخ يلاقي العقد لا المعقود عليه، ولأن عندهم تصح الزيادة في الثمن والمبيع، وإنما صح بطريق تغيير العقد ولولا أنه قائم لم يصح تغييره.

وأما الذي قالوا على التسليم «أن العقد له حكم فبقي ببقائه».

قلنا: والخيار له حكم فيبقى ببقائه.

وقولهم: «إن التبع لا يكون له تبع».

قلنا: كما أن العقد سبب مقصود لحكمه فالخيار سبب مقصود لحكمه

فلا فرق بوجه.

وأما قولهم: «على خيار العيب إنه يثبت ابتداءً».

فليس بصحيح، ولا يتصور ثبوت خيار العيب إلا لعاقدٍ؛ لأنه باستحقاق السَّلامة بالعقد ولا يستحق السَّلامة بالعقد إلا عاقدٌ، فأما الوارث لا يستحق ما يستحقه بالعقد ومع هذا ثبت خيار العيب للوارث دل أنه يثبت بطريق الإرث.

وأما فصل الأجل: فليس يدخل أولًا على العلة التي قلناها، لأن قولنا: «فيورث» معناه ليكون حقًا له على ما هو وضع الإرث والوارث لو وُرِثَ الأجل يكون عليه لا له، ألا ترى أنه يتأخر حقه من الشركة ليقضي الدّين ولا يتصور إرث حق يكون عليه.

وهذا لأن الأجل وإن كان حق مالي لكنه صفة الدَّين، ولم يورث الدَّين فكيف يورث الأجل؟، ومتى يتصور أن يكون الدَّين على شخصٍ والأجل لغيره؟

فإن قالوا: «وجب أن يبقى الدَّين في ذمة الميت بأجله».

قلنا: ليس هذا من هذه المسألة في شيء وإنما لم يبق؛ لأن منفعته في سقوط الأجل وتعجيل قضاء الدَّين لتفرغ ذمته وينفك به من النار على ما وَرَدَ به الخبر.

وإذا كان الأجل لنفعه فمتى كان نفعه في سقوطه سقط، ويمكن أن يقال أيضًا إن الأجل لتمحل الدَّين وتحصيله، ولهذا [٨٣/ب] اختص الأجل بالدين

ولم يجز في العين وبالموت قد انتهى زمان التمحل فانتهى الأجل وسقط لفوات ما وضع لأجله والله أعلم.



※ (مَسْألة)[1]:

إذا شرط البيع في خيار أربعة أيام ثم حذفه قبل دخول اليوم الرابع لم ينقلب العقد صحيحًا[2].

وكذلك إذا جَعَلَ أجل الدين إلى الحصاد أو الدِّياس ثم أسقط قبل أوان الحصاد والدِّياس[3].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: يصير العقد كأنه لم يكن فيه هذا الشرط أصلًا[4].

لنا:

أن البيع فاسد بهذا الشرط، والدليل عليه: أن هذا الشرط منهي عنه

---

(١) قال النووي في المجموع: يصح خيار الشرط في البيع بالإجماع إذا كانت مدته معلومة. ١٧٨/٩.
وقال في موضع آخر: «واختلفوا في ضبطه فمذهبنا أنه يجوز ثلاثة أيام فيما دونها ولا يجوز أكثر من ذلك». ٢١٢/٩.

(٢) المهذب: ٣٤٣/١، المجموع: ١٨١/٩، ٢١٢، تهذيب الأحكام: ٨/أ ـ كتاب البيوع، الحاوي الكبير: ٦٩/٥.

(٣) الأم: ٨٥/٣، مختصر القدوري: ٣٦٢/١. المجموع: ٣٣١/٩.
قال النووي: «قال مالك وأحمد وأبو ثور: يجوز بثمن إلى الحصاد والدياس والعطاء».

(٤) الأسرار: ٩٤/٢/أ، ب. مختصر القدوري: ٢٦٢/١.

بدليل أن الوفاء به حرام، والشرط المنهي عنه في البيع يفسده، بدليل سائر الشروط وبدليل ما روي عن النبي ﷺ أنه: «نهى عن بيع وشرط»[1].

ولأن البيع إنما صح شرعًا؛ لأنه مشروع على الوجه الذي صح على معنى أنه مأذون فيه من قبله، والبيع بشرط خيار أربعة أيام غير مشروع فلم يكن صحيحًا، وهذا تحقيق عمل النهي.

ويدل عليه: أن عندهم يكون مضمونًا بالقيمة في يد المشتري، وكذلك إذا قبض المبيع في زمان الثلاث قبل دخول اليوم الرابع دل أن البيع فاسد، وإذا ثبت أنه فاسد فنقول: فساده بالشرط؛ لأنه لم يوجد إلا الشرط، ولأن الفساد من قبل العاقد والذي من قبل العاقد هو الشرط وإذا فسد العقد بالشرط لم يتصور انقلابه صحيحًا؛ لأن حذف الشرط غير متصور، فإنه قد قرن العقد وفرغ منه، والإسقاط لو صح إنما يلاقي المشروط لا الشرط، أو يلاقي ما يوجد في المستقبل، فأما ما حكم بانقضائه ومضائه فلا يتصور إسقاطه فبقي على الفساد على ما كان، وصار كما لو دخل جزءٌ من اليوم الرابع ثم أسقط الخيار.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: البيع الفاسد منعقد على ما عرف من أصل أصحابنا فإذا انعقد ثبت فيه مدة الخيار، فإذا أُسقط جعل كأن مدة الخيار كانت مشروطة إلى

(١) قال ابن حجر في التلخيص الحبير: رواه ابن حزم في المحلى والخطابي في المعالم والطبراني في الأوسط، والحاكم في علوم الحديث، واستغربه النووي «١٢/٣». ينظر: المحلى ٤٠٩/٩.

زمان الإسقاط، كما لو كان الخيار مشروطا بقدر الثلاث.

وأما معتمدهم من حيث المعنى: فإنهم يقولون إن الفساد غير متمكن من العقد بنفس شرط الخيار، وإذًا لم يتمكن منه قبل الإسقاط والحذف، وإنما قلنا: «إنه غير متمكن»؛ لأن عقد البيع قابل لشرط الخيار في الجملة، ألا ترى أنه يقبل الثلاث، وإنما لم يقبل في هذه المسألة لاتصال الثالث باليوم الرابع، وهذا اتصال يقبل الانفصال.

ألا ترى أن فصل اليوم الثالث ممكن من اليومين في خيار[1] الثلاث، فكذلك فصل اليوم الرابع ممكن من الثلاث في خيار الأربع وإذا قبل الفصل من هذا الوجه ينفصل بالفعل وجعل كالعدم.

يبينه: أن الفساد لما كان باتصال خيار يقبل الانفصال فالفساد يتّصفُ بثبوت يقبل السقوط ليكون ظهور العمل على وفق العامل وضربوا لهذا أمثلة من أصولهم:

* من مسألة بيع الفصِّ ونزعه وتسليمه حيث يصح، أو بيع الجذع في السقف ونزعه وتسليمه، وكذلك إعلام الرقم في المجلس إذا باع بالرقم، وربما يقولون: إن المفسد لم يتمكن من العقد، لأنه ليس المفسد نفس الشرط، وإنما المفسد هو المشروط؛ لأن الشرط يراد للمشروط لا لعينه، والمشروط انتفاء اللزوم عن العقد في اليوم الرابع، وهذا الذي لا يقبله العقد، وانتفاء اللزوم في اليوم الرابع لا يتصور إلا بعد وجود اليوم الرابع، فدل أنه لم يتمكن الفساد من العقد قبل دخول اليوم الرابع.

(١) في المخطوط (الخيار) ولعل ما أثبت يستقيم به الكلام.

قالوا: وظهر الفرق بما قلنا بين ما إذا أُسقط الخيار بعد دخول اليوم الرابع أو قبل دخوله.

قالوا: وكذلك الكلام في الأجل إلى الحصاد والدِّياس؛ لأن الفساد ليس في نفس الأجل إنما هو في جهالته[1]، والجهالة في انتهاء الأجل لا في ابتدائه؛ لأنه يتقدم تارة ويتأخر أخرى، فإذا أُسقط الأجل قبل أوان الحصاد والدِّياس فقد أسقط المفسد من العقد قبل تمكنه منه على ما سبق من قبل فجعل العقد كالخالي عنه في الابتداء.

۞ الجواب:

أما تعلقهم بالخيار الثلاث: فضعيف؛ لأن البيع في تلك الصورة صحيح وقضيته اللزوم إلا أنه تأخر بالخيار المشروط في البيع، وهذا المشروط يقبل الإسقاط تارة والسقوط أخرى ليظهر موجب العقد الصحيح فإن موجب العقد الصحيح لا يظهر إلا عند سقوط الخيار فإذا أُسقط سقط وظهر قضية العقد من الانبراء واللزوم فلا يجعل العقد كأنه عري عن هذا الخيار بالإسقاط ولا أيضًا يجعل كأن المدة كانت مضروبة إلى زمان الإسقاط بل الإسقاط يقتصر على زمانه ولا يتقدم عليه، وقد كان العقد غير منبرم إلى هذا الوقت والآن صار منبرمًا.

فأما في مسألتنا فالعقد فاسد على ما سبق ذكره وقد فسد بالشرط، وإنما فسد لعقده [٨٤/أ] معه فسواء أُسقط أو لم يُسقط بقي العقد معقودًا على الفساد فلم يتصور انقلابه صحيحًا، فإن أراد المتعاقدان بيعا صحيحا فينبغي أن ينشئا

(١) الجوهرة النيرة: ٣٦٣/١.

عقدًا لا على هذا الشرط فصار تدارك هذا الأمر بإنشاء مثله صحيحًا لا بإسقاط الخيار منه.

وحرف الفرق أن هناك عقد البيع على الوجه المشروع وضعًا من العمل لعارضٍ تَمّ إذًا لا المانع.

وفي مسألتنا ما عقد على الوجه المشروع أصلا فصار التدارك بإنشائه وابتدائه على الوجه المشروع ولهذا المعنى لو انقضى زمان الخيار في تلك الصورة عاد البيع لازمًا، وفي مسألتنا لو انقضى زمان الخيار لم يعد البيع صحيحًا.

وأما قولهم: «إن الفساد لم يتمكن من العقد».

قلنا: قد تمكن لما بينا أن الفساد بالشرط وتمكنه من العقد شرط فيه.

وقولهم: «إن الفساد باتصال يقبل الانفصال».

قلنا: هذا بناء على أن الفساد بوجود اليوم الرابع، وقد ذكرنا أن الفساد مقترن بالعقد والعقد بشرطه قد مضى فلا يتصور فصل الشرط عنه؛ لأن فصله عنه بأن يعرى عنه ويخلو عنه. وهذا مما يُؤس عنه لما بينا أن الإسقاط يعمل في المستقبل لا في الماضي.

ونجيب بجواب آخر في نهاية القوة بحيث لا يبقى لهم متنفس:

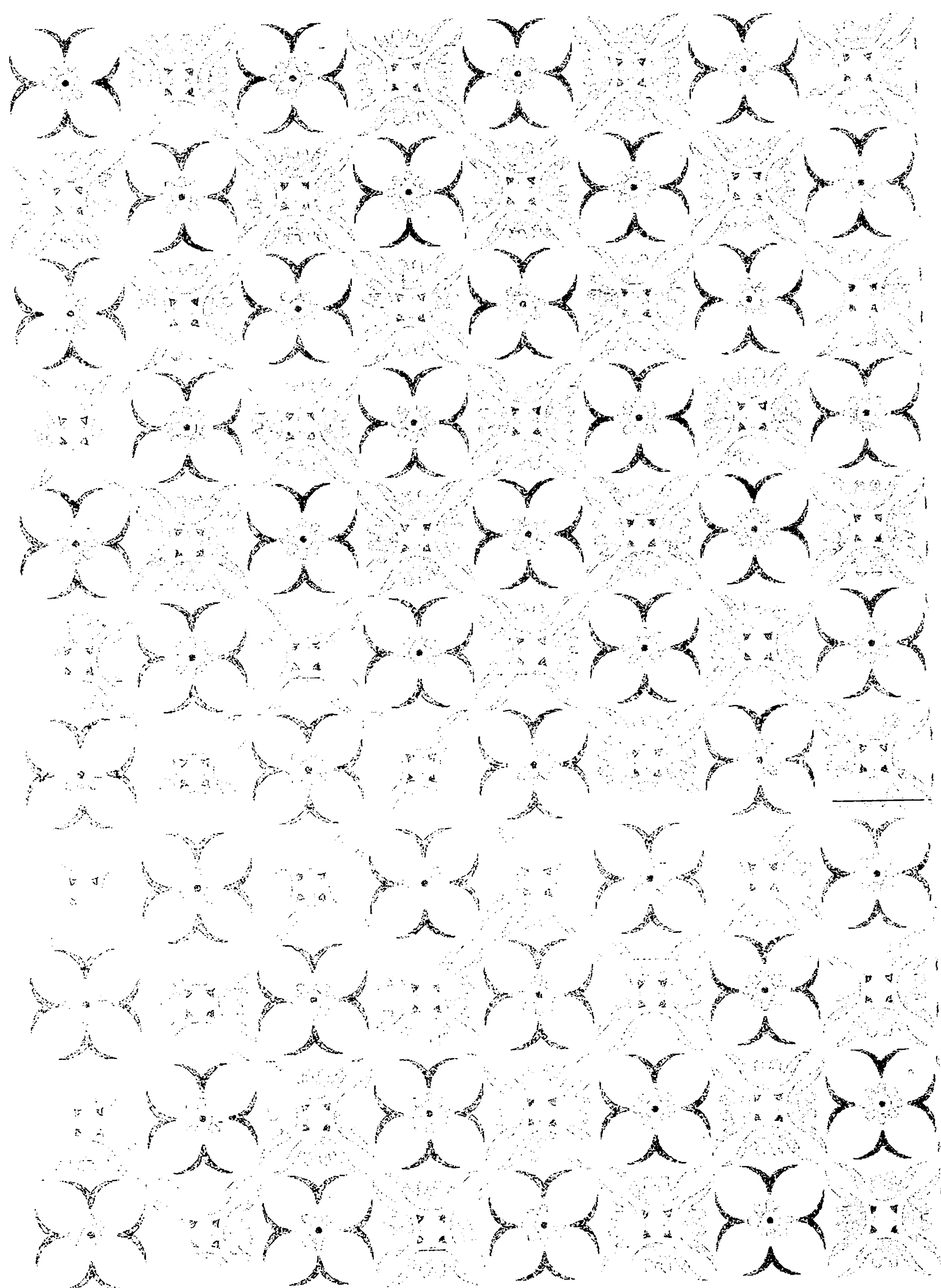
فنقول: لا محل لخيار الشرط في البيع الفاسد وإن كان منعقدًا على أصولهم؛ لأن الخيار بسبب الفساد ثابت لكل واحد من المتعاقدين، والخيار

بالفساد أقوى من كل خيار بل هو باقٍ على كل خيار وإثبات الخيار بالشرط في مثل هذا المحل محال.

ولهذا لو اشترى شيئًا بخمرٍ أو خنزيرٍ على خيار ثلاثة أيام يكون هذا الشرط باطلًا، وإذا لم يثبت الخيار بقي الفساد بنفس الشرط، ومجرد الذكر والإسقاط إنما يتناول مدة الخيار لا نفس الشرط فصار وجود الإسقاط وعدمه بمنزلة، وكذلك في الأجل المجهول؛ لأن الأجل المجهول مضروب لتأخير الثمن، وفي البيع الفاسد إنما تجب القيمة لا الثمن والقيمة والثمن غَيرانِ، فالأجل في أحدهما لا يكون أجلًا في الآخر فبطل الأجل في هذه الصورة كما بطل الخيار في الصورة الأولى فصار الفساد بمجرد ذكر الأجل وذكر الخيار.

والحرف: أنه لو انقلب العقد صحيحًا لانقلب صحيحًا بالإسقاط والإسقاط باطل على ما سبق، وهذا إن اعتمدنا عليه ابتداءً لا يبقى لهم شيء أصلًا.

والله أعلم بالصواب.






مسائل الربويات

❋ (**مَسْأَلَة**):

حكم النص الوارد في إثبات الربا هو تحريم بيع المطعوم بجنسه إلا عند التساوي في معيار الشرع، هذا في الأشياء الأربعة(١).

وفي الذهب والفضة حكم النص هو تحريم بيع الذهب بجنسه أو الفضة بجنسها إلا عند التساوي في معيار الشرع.

وعلة هذا الحكم في الأشياء الأربعة الطعم، وفي الذهب والفضة الثمنية، ويعبر عنه «بجوهرية الأثمان» فيدخل الحلي والتبر.

---

(١) الأم: ١٤/٣، المهذب: ٣٥٩/١، تهذيب الأحكام: ٩/ب، كتاب البيوع، تفسير الفخر الرازي: ٩٤/٧.
وهو الرواية الثانية عند الإمام أحمد. ينظر: المغني: ٥٦/٦، المقنع: ٦٥/٢.
والرواية الثانية هي القول القديم للشافعي: العلة فيما عدا الذهب والفضة كونه مطعوم جنسٍ مكيلًا أو موزونًا، فلا يجري الربا في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالتفاح والرمان والبطيخ إلى غير ذلك من أنواع الفواكه ولا فيما ليس بمطعوم كالزعفران والحديد والرصاص ونحوه...»
وهو قول سعيد بن المسيب، المهذب: ٣٥٩/١، المغني: ٥٦/٦.
وقال الإمام مالك: «العلة في الأشياء الأربعة أنها جنس مأكول على وجه تمس إليه الحاجة من القوت وما يصلحه من المدخرات».
الإشراف للبغدادي ٢٥٢/١، الجامع لأحكام القرآن: ٣٥٣/٣.
فمن هذا يظهر أن علة الربا في النقدين متفق عليها بينهم وهي الثمنية، أو كونها قيم المتلفات، وإنما الخلاف فيما يظهر في علة الأشياء الأربعة.




وأما الجنس في الموضعين شرط محض فعلى ما قلنا تحريم البيع هذه الأموال أصل وهو حقيقة الربا وإنما كان ربا ؛ لأنه حرام ، ولأنه لا يخلو البيع في هذه المواضع عن وجود فضل في المالية من أحد الجانبين ، وذلك الفضل ربا ، فصار المراد من الفضل على هذا هو الفضل المطلق ، لا الفضل من حيث القدر على الخصوص.

وأما الكيل فهو سبب الخلاص عند استواء العوضين فيه ، وكذلك الوزن.

هذا جملة مذهب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وبيان حقيقته ، ومتى عُرِف هذا سَهُل معرفة الفروع وهو جريان الربا في القليل من البُرِّ والشعير وغيره ، وجريان الربا في الفواكه ، وعدم جريانه في الجِصّ والنَّورة وما ليس بمطعوم.

وأما مذهب أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ وأصحابه فعندهم: حكم النص الوارد في الباب هو إيجاب التسوية بين العوضين في البيع كيلًا في الأشياء الأربعة ، ووزنًا في الذهب والفضة(١) ، وتحريم الفضل بناءً على وجوب التسوية ، وهو الفضل من حيث القدر وجعلوا الربا هو الفضل ، وأفسدوا البيع بوجود هذا النوع من الفضل فيه مع وجوب التسوية. وعلة الحكم: الكيل مع الجنس في الأشياء الأربعة ، والعلة في الذهب والفضة هي

---

(١) مختصر الطحاوي: ١٧٥ ، الأسرار: ٢/٧٣/أ، المبسوط: ١١٣/١٣ ، مختلف الرواية: ورقة ١٥٧/أ ، البدائع: ٣١٠٦/٧ ، الهداية مع فتح القدير: ٤/٧.
هو رواية عن الإمام أحمد وهي أشهر الروايات.
ينظر: المغني: ٥٥/٦ ، المقنع: ٦٥/٢.
فعلى هذه الرواية يجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه ، مطعومًا كان أو غير مطعوم كالحبوب والنورة ، والقطن والحديد ونحو ذلك.
ولا يجري في مطعوم لا يكال ولا يوزن كالمعدودات.

الوزن مع الجنس فعلى هذا قالوا:

إن الأصل في هذه الأموال جواز البيع وصارت التسوية بين العوضين واجبة بالنص، وحرم الفضل قدرًا وهو حقيقة الربا، وعلته ما ذكرنا، وعند معرفة هذا سَهُل معرفة الفروع فإنهم قالوا [٨٣/ب] لا يجري الربا في قليل البر والشعير ويجري في الجص والنورة وما يشبه ذلك.

فأما دليلنا أن حكم النص ما ذكرنا: حديث عبادة بن الصامت وغيره من الرواة أن النبي - عليه السلام - قال: (لا تبيعوا البرُّ بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح إلا مثلًا بمثل يدًا بيد)[(١)]، وهذا نص في الحكم الذي بينا.

ويدل عليه: حديث معمر بن عبد الله[(٢)] أن النبي - عليه السلام - قال: «لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا مثلًا بمثل»[(٣)]، وهذا تصريح بالحكم الذي ذكَرنا.

---

(١) رواه مسلم في صحيحه: ١٣/١١، مع النووي، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا.
والنسائي في سننه: ٢٤٠/٧، ٢٤١، ٢٤٢، باب بيع الشعير بالشعير.
وابن ماجة في سننه: ٧٥٧/٢، ٧٥٨، باب الصرف وما لا يجوز متفاضلا يدًا بيد.
والدارمي في سننه: ٢٥٩/٢، باب في النهي عن الصرف.
والترمذي في سننه: ٢٤/٥ مع العارضة، باب ما جاء في أن الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل.
والدارقطني في سننه: ٢٤/٣.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٤.

(٢) معمر بن عبد الله بن نافع بن نضلة العدوي وهو ابن أبي معمر، صحابي كبير من مهاجرة الحبشة، روى له مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجة.
ينظر: التقريب: ص٣٤٤.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ٢٠/١١ مع النووي، باب بيع الطعام مثلًا بمثل.
وأحمد في مسنده: ٤٠٠/٦. =




وفي الخبر الثاني دليل على أن الطعم هو العلة؛ لأنه عليه السلام ذكر اسم الطعام في هذا الحكم وهو اسم مشتق من الطعم فيصير الطعم علة في الحكم المذكور مثل قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ﴾[1] يكون الزنا علة.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾[2] تكون السرقة علة، هكذا قاله الأصحاب.

والسؤال عليه قالوا: لم قلتم: إن الطعم يكون علة بذكر الطعام وأيش الدليل عليه؟ والشيء لا يصير علة للحكم إلا بدليل يدل عليه.

قالوا: والأسامي قد تكون مشتقة، وقد تكون غير مشتقة، والمراد من ذكر الاسم هو المسمى بذلك الاسم وقد صار مذكورًا وعرف حكمه. فإن الخبر ما ورد إلا لبيان الحكم؛ لأن قوله: «لا تبيعوا» لفظ بيان الحكم، فأما العلة فلها لفظ آخر وهو قوله: «أن» أو «لأن» أو «بأن»، مثل قوله ـ عليه السلام ـ في الهرّة: (إنها من الطوافين عليكم والطوافات)[3].

وقال الله تعالى في الخمر: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ﴾[4]، وأمثال هذا يكثر.

= والدارقطني في سننه: ٣/٢٤.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٣.

(١) سورة النور آية (٢).

(٢) سورة المائدة آية (٣٨).

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ١/٧٠.

(٤) سورة المائدة آية (٩١).

وأما آية الزنا والسرقة فلم يصر الزنا والسرقة علة بذكر الزاني والسارق، أو لأنه اسم مشتق، إنما صار علة بدليل آخر، وهذا لأن العلة لا تكون علة إلا بوجود التأثير، وقد وجدنا التأثير في الزنا والسرقة لإيجاب العقوبة، والجناية مخيلة في إيجاب العقوبة، فبيّنوا تأثير الطعم في مسألتنا إن كان يعجبكم التعليل به ليكون علة، فأما بمجرد ذكره أو كونه اسمًا مشتقًا فلا يدل أنه علة، ألا ترى أن النبي - عليه السلام -: (نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان)(١) ولا يُصيّر الطعم علة، (ونهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة)(٢) ولم تصر الحيوانية علة.

۞ الجواب:

أن وجه الاستدلال بالخبر في أن الطعم علة ليس على ما ظننتموه، ولكن وجه ذلك: أن طلب الفوائد بالنصوص واجب، وكل فائدة يمكن استخراجها من لفظ من ألفاظ الشارع فإنه يجب استخراجها؛ وهذا لأنه عليه السلام بين بعض الأشياء بالتصريح وبعض الأشياء بالإشارة والتنبيه، والكلُّ فوائد الخطاب، وكما أن الحكم فائدة الخطاب فكذلك علة الحكم فائدة الخطاب، وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: أن النبي - عليه السلام - ذكر الطعام في هذا الحكم وخصّه، فينبغي أن يكون لهذا الذكر فائدة، ولا فائدة لتخصيصه بالذكر سوى التنبيه على الطعام بالطعمية، فإنا إذا لم نجعل الطعم علة لغت فائدة تخصيص

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٨/٣، والبيهقي في سننه: ٣١٦/٥، وابن أبي شيبة في مصنفه: ١٩٧/٧، وابن عدي في الكامل: ٨٨٦/٣.

(٢) رواه أبو داود في سننه: ٦٥٢/٣ مع المعالم، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة. والنسائي في سننه: ٢٥٧/٧، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.

الطعام بالذكر.

يبينه: أنه لما جرى الربا في الحنطة والشعير والجص والنورة على مازعموا والبعض مطعوم والبعض غير مطعوم فأيش بقى فائدة ذكر الطعام؟ وهلا اقتصر على ذكر أسامي الأعلام من اسم البر والشعير وغيرهما.

فحين عدل في هذا الخبر من ذكر أسامي الأعلام إلى ذكر اسم عام مشتق وهو اسم الطعام دل أنه إنما عدل لزيادة فائدة، وهو أن يصير موضع الاشتقاق علة.

فإن قالوا: هذا كله تعلق بدليل الخطاب[1]، ودليل الخطاب عندنا ليس بحجة[2].

قلنا: عندنا هو حجة[3]، وإنما جعلناه حجة لنحتج به، فهو دليل في استثارة الأحكام ودليل في استثارة العلل، والوجه ما تقدم بيانه.

وقد ذكرنا بابين من هذا في موضع آخر، وجعلنا حرف الدليل وجود قوة الظن للسامع؛ ولهذا جعلناه دليلًا في وزن القياس ولم نجعله دليلًا نصًا، وتمام هذا في الأصول.

وأما ما تعلقوا به من الخبر في بيع الطعام وبيع الحيوان بالحيوان نسيئًا فإنّا لم نجعله علة لقيام الدليل على أنه ليس بعلة ثم ندل من حيث التأثير في أن الطعم علة فنقول:

---

(١) إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه. ينظر: اللمع صـ٢٥
(٢) ينظر: المغني للخبازي صـ ١٦٤.
(٣) ينظر: قواطع الأدلة ٢/٨.

قد ذكرنا حكم النص، والطعم معنى مؤثر في هذا الحكم ونعني «بالمعنى المؤثر» معنى يستخرج من أصلٍ في الشرع إذا عُرِضَ ذلك المعنى على أصول الشرع وقوانينه المعهودة يكون مخيلًا في الظنون أن الحكم بذلك المعنى، هذا هو العلة المؤثرة في جميع المواضع، فاعرفه فإنه عِلْقٌ نفيس، وإذا عرف هذا فنقول:

في مسألتنا الحكم هو [٨٥/أ] تحريم بيع المطعوم بالمطعوم على ما سبق ذكره[١].

وبيان تأثير الطعم في هذا الحكم هو: أن الطعم معنى في المحل يشعر بشرفه وعزته؛ لأن بالطعم قوام النفس الشريفة في العالم فيشرُف الطعام بشرف ما جُعِلَ قوامًا له، والأشياء في العالم بعضها شريفة خطيرة وبعضها تافهة خسيسة، وربما تكون التفاهة والعزة بالقدر، وربما تكون بالجنس، والطعام مما شَرُفَ جنسًا، وإذا ثبت له الشرف والخطر بهذا الوجه فوجب أن يظهر أمره في الشرع وليس ذلك إلا المنع من بيعه على الإطلاق على ما تكون سائر الأموال؛ وهذا لأن العقد ابتذال وامتهان، فتحريمه يتضمن إظهار شرف المحل وخطره، ولأنه لما كان القوام متعلقًا به حرم بيعه ليبقى مصونا مدخرًا إلى وقت الحاجة إلى القوام.

ونظير هذا الأبضاع، فإن الأصل فيها حرمة العقد[٢]؛ لأن قوام النسل في العالم بمنافع الأبضاع، فجعل الأصل فيها الحرمة ليظهر شرفها وخطرها

(١) ينظر: ص ٤٥.
(٢) ينظر: فتح الباري ٩/١٩٠.

في الشرع لصيانتها عن الابتذال والامتهان، كذلك ههنا.

ويمكن التحرير فيقال: نوع عقد اختص جوازه من بين نظائره بزيادة شرطين فوجب أن يكون معلولًا بوصفٍ في المحل يشعر بزيادة شرف وخطر له.

دليله: النكاح، ونعني «بالشرطين في الأصل» الولي والشهود، وفي الفرع المساواة كيلًا بكيل، ويدًا بيد، وعلى هذا الأصل عللنا جريان الربا في الذهب والفضة بالثمنية، أن وصف الثمنية مشعر بشرف المحل فإن الأثمان قوام الأموال على معنى إن المالية في الأشياء تعرف بالأثمان، وبالأموال قوام العالم، وربما يقال في المالية حياة هذه الأعيان والمالية بالأثمان وإنما لم يعلل الربا بأصل المالية؛ لأنه يؤدي إلى حرج عظيم على الناس من حيث إنه يصير أصل البيع محرمًا، ويصير باب طلب الفضل من البياعات مسدودًا إلّا عند عارض من دليل خلاص، وهذا فيه ضرر عظيم على الناس، ولأن الإجماع انعقد على أن التعليل بالمالية باطل(١).

ومَنْ زعم من أصحابنا أن ابن الماجشون(٢) علّل بالمالية فهو خطأ وقع

(١) ينظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢/١٣٠.

(٢) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون أبو مروان المدني الفقيه مفتي أهل المدينة صدوق له أغلاط في الحديث، من التاسعة، وكان رفيق الشافعي، مات سنة ٢١٣هـ.
روى له النسائي وابن ماجة وأبو داود في مسند مالك. ينظر: التقريب: ص٢١٩.
قال ابن رشد في البداية: ٢/١٣١: «إلا ما حكى عن ابن الماجشون أنه اعتبر في ذلك المالية وقال: علة منع الربا إنما هي حياطة الأموال يريد منع العين».
ونسبه إليه الفخر الرازي في تفسيره: ٧/٩٤، وذكره ابن العربي المالكي في القبس: ٢/٧٧٩.




في التعاليق، واتبع بعضُ مَنْ لم يحكم أقاويل العلماء السَّواد فَنَقَلَه.

فأما مَنْ يعرف الإجماع والاختلاف وأقاويل العلماء فلم يعرف هذا القول أصلًا.

فثبت بما قلنا أن الطعم والثمنية علتان مؤثرتان في حكم النص وتبين أيضًا بهذا الأصل أن الجنس بانفراده ليس بعلة؛ لأنه لا يعرف له تأثير؛ لأن اتحاد العوضين في جنسية الطعم لا يعرف له تأثير زائد على أصل تأثير الطعم فبقي شرطًا محضًا أو محلًا، وعلى هذا نقول: لا يكون بانفراده علة في تحريم الربا بجهةٍ ما لا بجهة التعدية ولا بجهة النَّسَأ، وأما التخليص عن هذا التحريم بوجود الكيل بالكيل واليد باليد فمحض نص، ولم يُنتصب لطلب علته وإنما انتصب العلماء لطلب علة الربا.

والذي قلناه غاية الإمكان، وهو طريق سديد قوي يمكن تمشيته وسنذكر وجه كلامهم على هذه الطريقة في حجتهم.

وحين تبين حكم النص وعلته ظهر جريان الربا في الحبات والحفنات وجريانه في الفواكه وسقوط جريانه في الجص والنورة، وكذلك سقط جريانه في الحديد والرصاص وما يشبهه.

وأما الأصحاب تعلقوا في هذه المسائل بوجوه تَرِدُ في ترجيح علة الطعم على علة الكيل، ولعلةٍ تقع الإشارة إلى بعضها في حجتهم ونذكر وجه كلامهم عليه.

ولستُ أرى في دلائل الترجيح معتمداً، وإنما ينبغي أن يكون الكلام

في الدليل على صحة علة الطعم إما بدليل خطاب أو بتأثير معنوي وليس وجه ذلك إلّا ما سبق بيانه.

وإنما يصار إلى الترجيح في علتين قد قام الدليل على صحتهما، ولم يصح التعليل إلّا بأحدهما لمضادة في الحكم يقع عند الجمع بينهما، فأما أن يصار إلى الترجيح وبما وقع بعد الدليل على صحة العلة الطعم فهذا في غاية البعد.

وقد ظن بعضهم أنه قد أصاب دليلًا معنويًا في صحة علة الطعم فقال: قد ثبت انتفاء ربا التفاضل في الجنسين إذا اختلفا، ونحن نعلم أن جريان الكيل في الجنسين بمثابة جريانه في الجنس الواحد فإذا اختلف حكم الربا باختلاف الجنس والكيل لا يختلف، دل ذلك دلالة ظاهرة على أن المتبع في إثبات الربا في الجنس الواحد اتحاد العوض. والمرعي في نفي الربا اختلاف العوض وهذا لائح لا خفاء به، فيجب تعليل الربا بما هو الغرض في الجنس والمقصود، ومعلوم أن البُرَّ لا يُقْتنى ليكال ويوزن، وإنما يُقتنى ليؤكل ويطعم، وهذا الكلام الذي قاله هذا القائل ليس بدليل معنوي على صحة علة الطعم إنما هو إشارة [٨٥/ب] إلى ترجيح علة الطعم؛ لأن غاية كلامه إن الطعم معنى، هو الغرض والمقصود من العين بل خُلقت العين لأجله، والكيل ليس بمثابته بل هو مجرد معيار كالعدّ والذّرع، ولكن من أين قال هذا القائل: إن الطعم لما كان هو الغرض من العين وجب أن يكون هو العلة؟ ولابد من إظهار تأثير له في الحكم الذي طلب له العلة على ما سبق في شرح التأثير، فإما أن يكون خفي على هذا القائل الحكم الذي يطلب له العلة، أو خفي عليه وجه التأثير. [والفقه صعب مرامه شديد مراسه لا يعطي

المقادة لكل أحد، ولا ينساق لكل طالب، ولا يلين في كل حديد بل لا يذل جانبه إلّا لمن أُيِّد بنور من الله في بصره وبصيرته ولطف منته في عقده وسريرته، وعندي أنّ الفقه أولى بهذا النظم من النحو حيث قال قائلهم[1]:

النحو صعب وطويل سلمه
إذا ارتقى فيه الذي لا يعلمه
زلّ إلى الحضيض منه قدمه][2]

مضى هذا الكلام بما فيه، وليس يتصور في بيان التأثير لعلة الطعم في حكم النص سوى الوجه الذي قلنا، والله المعين على تمشيته بلطفه وتيسيره وقوته.

❁ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بقوله - ﷺ - في رواية أبي سعيد الخدري (الحنطة بالحنطة مثلًا بمثل)[3].

وفي الرواية الثانية معناه: «مثلٌ بمثل»، فمعنى الأول بيعوا الحنطة مثلًا بمثل، ومعنى الثاني بيع الحنطة مثلٌ بمثل أي هو المشروع والجائز فدلت الروايتان أن حكم النص هو إيجاد التسوية بين البدلين كيلًا بكيل وعين بعين؛ لأن معنى اليد باليد هو العين بالعين على ما سنذكر في مسألة التقابض.

---

(١) يروي هذا الرجز للحطيئة. ينظر: ديوانه ص٢٩١.
والأصل فيه التمدح بالشعر لا بالنحو...
ففي الديوان: الشعر صعب...
(٢) ما بين القوسين استشهد به السبكي في الطبقات ٥/٣٤٥.
(٣) رواه مسلم في صحيحه ١١/١٥ مع النووي، باب الربا.




قالوا: وأما الخبر الذي رويتم: «لا تبيعوا البر بالبر» فهو على هذا المعنى أيضًا؛ لأنه قد قال: «إلّا مثلًا بمثل» فكأنه قال: بيعوا مثلًا بمثل، وهذا مثل قوله ـ عليه السلام ـ: «لا نكاح إلا بشهود»(١) معناه أنكحوا بشهودٍ.

وكذلك قوله: «لا صلاة إلا بطهور»(٢).

و«لا صلاة إلا بقراءة»(٣)، أي: صلوا بطهارة وبقراءة فثبت أن حكم النص هو ما قدمنا.

وأما قوله ـ عليه السلام ـ: «والفضل ربا»(٤) فمعنى الفضل هو الفضل في القدر؛ لأنه بناه على إيجاب المماثلة كيلًا، والفضل المبتنى على وجوب المماثلة كيلًا لا يتصور إلا الفضل من حيث الكيل. ووجه ابتنائه عليه: أنه يظهر عند زوال المماثلة كيلًا، وعند زوال المماثلة كيلًا لا يظهر إلّا الفضل كيلًا، فثبت حكم النص على هذا الوجه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن اسم الحنطة والبر يتناول القليل والكثير فوجب أن يجري الربا في الكل؛ وذلك لأن الخبر ما يتناول إلّا الكثير؛ لأنه

(١) قال الزيلعي في نصب الراية: «غريب بهذا اللفظ»، وفي الباب أحاديث: منها ما رواه ابن حبان عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله وسلم: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» ١٦٧/٣.

(٢) قال ابن حجر في التلخيص: «لم أر هذا الحديث بهذا اللفظ، نعم، روى الترمذي من حديث ابن عمر: (لا يقبل صلاة إلا بطهور) وأصله في صحيح مسلم بلفظ: (لا يقبل صلاة بغير طهور...) ١٢٩/١.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ١٠٤/٤، مع النووي، باب قراءة الفاتحة في كل ركعة. وأحمد في المسند: ٣٠٨/٢، ٤٤٣، والبيهقي في سننه: ١٩٣/٢.

(٤) لم أجده بهذا اللفظ.

قال مثلا بمثل ومعناه كيلًا بكيل فلا يتصور إيجاب المماثلة كيلًا إلّا في مكيل، والقليل ليس بمكيل؛ لأن المكيل ما يدخل تحت الكيل، والقليل لا يدخل تحت الكيل، فإن الكيل إما أن يعتبر مشروعًا أو معهودًا في العرف وأيّهما اعتبرنا لا يتصور في القليل. وأما الكيل بالمملحة وما يشبهها باطل؛ لأنه ليس بمشروع ولا معهود، بل هو سفه وعبث، ولهذا لو باع بها مكايلة لا يجوز، ولو أتلفه لا يجب المثل بل تجب القيمة، فصار الجملة عندهم: أن المكيل هو ما يدخل تحت المكيال المعهود أو المشروع أو يعرف له نسبة من المكيال المشروع أو المعهود.

يبينه: أن الخبر ورد في بيع الحنطة، والحنطة ما صارت محلًا للبيع باسمها وصورتها فإن محل البيع بالمالية، والحبة والحبتان من الحنطة ليس بمال وإن كان بُرًّا وحنطة، ولهذا لا يجب على مَنْ أتلفها شيء ولا تصح الدعوى فيها عند الحكام، ولا بيعها وتوجد ملقاة في الطريق لا يرغب أحد في أخذها مثل الكف من التراب والشربة من ماء النهر على شفير النهر، فدل أن البُرّ ليس بمال لعينه، وإنما يصير مالًا عند كثرته واجتماع الحبات الكثيرة منه، والكثرة ليس لها حد معلوم فيراجع فيه الشرع، وذلك بأن يصير بحيث يدخل تحت المكيال الشرعي فظهر بما ذكرنا أن الخبر ما تناول القليل أصلًا.

قالوا: وأما قول مَنْ قال من أصحابكم إن قوله ـ عليه السلام ـ: «لا تبيعوا البُرّ بالبُرّ» عام، بلى أن لو اقتصر عليه، فأما عند اتصال قوله: «إلا مثلا بمثل» به تبين أن المراد ليس إلا المكيل منه. قالوا: وبهذا نعترض على قول مَنْ قال منكم: إن علة الكيل تخص أصلها فإنه ليس كذلك؛ لأن الأصل ما تناول إلّا




المكيل وهو الكثير على ما سبق، فتكون العلة حافظة لأصلها، لا أنها مضيعة أو مخصصة لأصلها.

قالوا: ويتبين بما قلنا أن الأصل في الأشياء الستة جواز [٨٦/أ] البيع بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[١]، ولأن هذا الخبر تضمن شرط زيادة على ما يعتبر في سائر البياعات وهو وجوب المماثلة، ثم إذا تماثلا جاز البيع لا بعلة الكيل بل بأصل إباحة البيع.

واعترضوا بهذا على قول مَنْ قال من أصحابنا: إن الكيل علة في إباحة البيع، فكيف يكون علة في تحريمه؟ لأنهم يقولون علة الإباحة عند المساواة ليس هو الكيل، بل إنما جاز؛ لأن الأصل جواز البيع في الأموال بقول الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[٢] وبالسُّنة الواردة في ذلك.

واستدلوا: في أنه لا يجوز أن يكون الأصل هو حظر البيع في هذه الأموال؛ لأنها أموال والأموال خُلِقَتْ في الأصل لتكون بذلة ومهنة لبني آدم سواء كانت مطعومة أو غير مطعومة فكأن الأصل في الكل جواز التصرف من غير تفصيل ولا تخصيص، ولهذا المعنى صح البذل والإباحة في الكل، وكذلك صح بيع المطعومات وشراؤها بغير جنسها مثل ما يجوز في سائر الأموال.

قالوا: وأما الأبضاع فمفارقة لمسألتنا؛ لأن البُضع جزء من الآدمي لم يخلق ليكون محلًا للعقود ومبتذلًا بالتمول والتملك. وإنما جاز العقد على

(١) سورة البقرة آية (٢٧٥).

(٢) سورة البقرة آية: (٢٧٥).




البُضع لعارض دليلٍ من حاجة الناس إلى التوالد والتناسل فلما كان الأصل فيها الحرمة وإنما أبيح بعقد مخصوصٍ بشرطٍ مخصوصٍ لم يحل لغيره.

وأما التعلق بشرف المحل في إثبات الحظرية فلا يجوز، لأن شرف المحل إن كان يدل على حظرية فينبغي أن يدل على حظرية البذل والإباحة لا على طريق العقد كالبُضع على أنكم جعلتم الشرف لما يتعلق به من القوام، وهذا إن أشعر بشيء فإنما يُشعر بشدة الحاجة إليه، وشدة الحاجة تدل على الإباحة ولا تدل على الحظر؛ لأن البياعات إنما شرعت للحاجات فإذا كثرت الحاجة فتكون المشروعية فيه أكثر وأظهر.

وأما البُضع فلم تكن الحرمة فيه لما قلتم من شرف المحل وإنما كان بالوجه الذي قلنا، فبطل أن يكون حكم النص ما قلتم بالوجه الذي ذكرنا وبقي أن يكون حكم النص هو ما قلنا والتعلق بالخبر فيه ظاهر على ما سبق ذكره.

وأما التعلق بالمعقول هو أن هذه الأشياء أمثال متساوية قطعًا؛ لأن الحنطة مثل الحنطة والشعير مثل الشعير... إلى آخره، والفضل الخالي عن العوض حرام في البياعات؛ لأن البيع لما شرع لطلب المال بعوض فإذا تعلق به وجوب فضل يخلو عن العوض فيكون إيجابه وإثباته في البيع تغيير قضية البيع والبيع يفسد بتغيير قضيته.

ألا ترى أنه لو شرط مثل هذا في سائر البيوع بأن قال: «بعتك هذا العبد بهذه الجارية وهذا الثوب»، على أن لا يكون بإزائه شيء من العبد فإنه يفسد العقد، فثبت أن الفضل الخالي عن العوض حرام.

وإذا عرف هذا فنقول: «الشرع أوجب المماثلة في الأشياء الستة ؛ لأنها أمثال متساوية ، وحرم الفضل الخالي عن العوض فأوجب المماثلة احترازًا عن الفضل الخالي عن العوض.

وبيان هذا: أن هذه الأشياء لما كانت أمثالًا بنفسها وعينها وقعت المماثلة بينها بنفس المقابلة ، وإذا حصلت المماثلة بنفس المقابلة بيعًا ظهر الفضل الخالي عن العوض كالخيطين والخشبتين إذا قوبل أحدهما بالآخر وأحدهما أطول من صاحبه ظهر الفضل الخالي عن المقابل ، كذلك هاهنا يظهر الفضل الخالي عن العوض بالمقابلة بيعًا ، وصورة هذا وهو أنه إذا باع صاعًا بصاعين صار الصاع بالصاع وجعل الصاع الثاني فضلًا لا يقابله شيء من العوض فصار كما لو شرط في المسألة التي قدمنا ذكرها ، إلا أن هناك يحتاج إلى الشرط بخلاف مسألتنا ؛ لأن تلك الأموال ليست بأمثال متساوية وإنما تعرف المماثلة بالقيمة ، والتقويم ساقط في البيع ؛ لأن البيع يتناول عينًا متقومة لا التقويم وإذا سقط التقويم لم يظهر الفضل الخالي عن العوض إلا بالشرط ، وأما في مسألتنا فالأموال بنفسها أمثال فيظهر الفضل الخالي عن العوض بنفس المقابلة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن فضل الجودة يوجد وهو خالٍ عن العوض على زعمكم هذا لا يصح ؛ وذلك لأن فضل الجودة ساقط نصًا وحكمًا.

أما النص: فقوله ـ عليه السلام ـ في بعض الأخبار: «جيدها ورديئها سواء»[1].

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية: غريب: ٤/ ٣٧.
وقال ابن حجر في الدراية: لم أجده ، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد ٢/ ١٥٦.

ولأنه لو اشترى أو باع صاعًا جيدًا بصاع رديء جاز وسقط فضل الجودة، وصار كالعدم.

والملخص من كلامهم: أنه لما سقط فضل المالية من حيث الجودة بنص الشارع صارت المالية مقصورة على الذات، وقد وُجدَ التساوي من حيث الذات في الصاع بالصاع فظهر الفضل الخالي عن العوض وهو الربا المحرم.

قالوا: وليس يختص عندنا بهذه الأموال بل في أيّ [٨٦/ب] موضعٍ يوجد كان حرامًا، وتبين بهذا أن المحرم ليس هو الفضل المطلق؛ لأن تحريم الفضل المطلق يؤدي إلى تغيير وضع الشرع في البياعات، فإن الله تعالى أحل البيع لطلب الفضل فقال: ﴿وَٱبۡتَغُواْ مِن فَضۡلِ ٱللَّهِ﴾(١) فإذا حرّمنا الفضل مطلقًا غيّرنا وضع الشرع في البياعات.

يبينه: أنه إذا لم يطلب الفضل يكون بيع الشيء بمثله عبثًا ولعبًا.

فثبت أن المحرّم هو الفضل من حيث القدر لا الفضل المطلق، ولهذا لم تحرم الجودة؛ لأنه ليس بفضل من حيث القدر.

قالوا: وإذا ثبت هذه القواعد جئنا إلى الكيل والجنس فنقول: الكيل هو المعنى المؤثر في حكم النص؛ لأن حكم النص لما كان هو وجوب التسوية، والكيل والجنس هما المؤثران في التسوية؛ لأن بالكيل توجد المساواة قدرًا، وبالجنس توجد المساواة ذاتًا ومعنىً، فلا يبقى بعد ذلك إلا الفضل من حيث

(١) سورة الجمعة آية (١٠).




الجودة وهو ساقط بالشرع وإذا كان الكيل والجنس هما المؤثران صارا علتين.

وأما تحريم الفضل قالوا: علته هو الكيل مع الجنس بواسطة وجوب المماثلة مثل شراء القريب علة العتق بواسطة الملك، كذلك الكيل مع الجنس علة تحريم الفضل بواسطة إيجاب المماثلة، فإن الكيل والجنس مؤثران في إيجاب المماثلة في الأموال التي هي أجناس متماثلة ثم إيجاب المماثلة مؤثر في تحريم الفضل على ما سبق بيانه.

فصح قولنا «إن الكيل والجنس مؤثران في تحريم الفضل بواسطة إيجاب المماثلة». وظهر بهذا الأصل جريان الربا في الجص والنورة وما يشبهها لكونها أمثالًا متساوية، ولأجل وجود الفضل الخالي عن العوض فيها وبالطريق الذي قلنا يظهر أيضًا عدم جريانه في الفواكه والحبات والحفنات؛ لأنها ليست بأمثال متساوية المالية، ولأنه لم يدل الدليل على سقوط قيمة الجودة في هذه المحال بخلاف مسألتنا.

قالوا: وكذلك الكلام في الذهب والفضة وتعليلهما بالوزن؛ لأن الوزن في الموزونات مثل الكيل في المكيلات، وسقط اعتبار الجودة أيضًا فيهما بالشرع، وأيضًا لما أوجب الشرع أن يبيع مثلا بمثل ولا يسقط اعتبار الجودة، لم يتصور وجود البيع مثلا بمثل فيؤدي إلى تكليف ما ليس في الوسع وهو باطل فسقط اعتبار كل فضلٍ سوى القدر حتى لا يؤدي إلى هذه الخُطة الشنعاء.

قالوا: وأما التعليل بالثمنية فباطل؛ لأنها علة غير متعدية، وشرط التعليل التعدي، فإن محل النص مستغنٍ عن التعليل بالنص فلم يكن التعليل




إلّا للتعدية فقط، ودليلهم المعتمد أن غير المتعدية لا يكون علة هو أن القياس حجة شرعية عملية لا علمية فإذا لم يتعد لم يكن لها عمل، والعلم لا يحصل به أصلًا فيكون لغوًا عبثًا من هذا الطريق.

قالوا: ولا يجوز أن يكون عمله في حكم الأصل؛ لأن الأصل مستغن عن التعليل بالنص؛ وهذا لأن النص بنفسه كافٍ في إثبات هذا الحكم فكيف يشتغل بما فوق الكفاية؟ ولا يجوز أن يكون التعليل لمعرفة المعنى؛ لأن المعنى إذا لم يكن الحكم مبتنيًا عليه لا يكون علة، بل يكون حِكمة، والحِكمة فائدة علمية لا عملية والعلم ساقط كما سبق ذكره.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن المجتهد يطلق له الاجتهاد ولا يدري أنه يصيب علة متعدية أو غير متعدية، فيكون الكل علة صحيحة؛ لأن هذا إنما يكون حجة أن لو عرف أن المجتهد لا يصيب إلّا علة صحيحة، فأما إذا كان يجوز أن يصيب علة صحيحة، وأما إذا كان يجوز أن يصيب علة فاسدة فلا دليل في هذا الكلام؛ لأنا نقول يجتهد فإن أصاب علة متعدية فيكون قد أصاب علة صحيحة وإن أصاب علة غير متعدية فيكون قد أصاب علة فاسدة فمثل هذه الحجة الرذلة[1] إنما تروج على الأغنام ولا تصدر إلّا ممن ليس له علم ولا دِراية إلّا بظواهر المجادلات[2].

قالوا: وليس يدخل على علة الوزن الأواني المعدودة؛ لأنه لم يوجد

---

(١) رذل: الشيء رذاله ورذوله بمعني ردؤ فهو رذل وهو الرديء من كل شيء.
ينظر: المصباح ص٢٢٥، القاموس ٣/٣٩٥ مادة رذل. والمقصود أن هذه حجة ردئية.

(٢) هذا من المؤلف: فيه حدة وشدة على المخالف وما كان للمؤلف رحمه الله أن ينزل الى مثل هذه الألفاظ.

الوزن ولا يجري الربا بعلة الوزن إلّا بعدم وجود الوزن.

قالوا: وأما خواتم الذهب التي تعدّ عدًّا والأواني من الذهب والفضة إذا كانت تعدّ ولا توزن فإنما جرى الربا فيها؛ لأن من مذهبنا أن عمل علة الوزن أو الكيل في الفروع، فأما في الأصل فيجري فيه الربا بالنص لا بالعلة، والنص متناول للذهب والفضة فكل ما هو ذهب وفضة سواء كان يوزن أو لا يوزن يجري فيه الربا.

قالوا: ويخرج على ما قلنا أن الجنس بانفراده يحرم النَّسَأ؛ لأنه قد قام الدليل أن عمل الجنس والكيل في حكم النص على وجهٍ واحدٍ وقد سبق شرح هذا، ثم الكيل بانفراده يستقل بتحريم النَّسَأ، فكذلك [٨٧/أ] الجنس وقد قال النبي ـ ﷺ ـ: (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد)[١] فأسقط ربا الفضل بسقوط أحد وصفي العلة وهو الجنس وأبقى ربا النَّسَأ ببقاء الوصف الآخر، فكذلك يسقط ربا الفضل بسقوط أحد الوصفين وهو الكيل ويبقى ربا النَّسَأ ببقاء الوصف الآخر وهو الجنس، وصار الفضل المحرم في هذه الصورة هو الفضل من حيث التقدير؛ وهذا لأن ربا النَّسَأ أهم من ربا النقد لإجماع الأمة فيه، ولأن تعامل الناس به أكثر، وأما التعامل بربا النقد يندر جدًّا، فجاء المشرع فيه بمزيد احتياطٍ ومبالغةٍ فأجراه بوصفٍ واحدٍ ووقع الاكتفاء به عن الوصفين.

وحرفهم: إن المماثلة كَيلًا تسقط بالشرع فبقى وجوب المماثلة من وجهٍ

(١) قال ابن حجر في الدراية: «لم أجده بهذا اللفظ والذي وجدته في حديث عبادة بن الصامت في الأشياء الربوية: فإذا اختلفت هذه الأصناف بيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد»: ٢/١٤٧.
وقد روى حديث عبادة بهذا اللفظ مسلم في صحيحه: ١١/١٤ مع النووي باب الربا.

وهو الغيبية ليقع الاحتراز عن الفضل الخالي عن العوض من وجهٍ وهو الفضل نقدًا، وكما أن في المسألة الأولى صارت المالية مقصورة على الذات، فكذلك هاهنا صارت المالية مردودة مقصورة على الغيبية ويظهر باعتباره الفضل ويحرم بالطريق الذي سبق ذكره.

قالوا: وأما إذا أسلم الموزون في الموزون لا يجوز إذا كانا ثمنين أو مثمنين، أما إذا كان أحدهما ثمنا والآخر مُثمنًا إنما جاز للإجماع فيكون ذهابًا إلى تخصيص العلة.

وقد قال بعضهم: بجوازه، وإنما يكون جوازه؛ لأن أحدهما ثمن والآخر مُثمن، والوزن في الثمن يخالف الوزن في المُثمن؛ لأنه يشبه الكيل، ألا ترى أنه لو باع الدراهم موازنة يجوز التصرف فيها قبل إعادة الوزن بخلاف المكيلات.

ويدل عليه: أنه لو أسلم الدراهم بوزن كذا في حنطةٍ كذا بكيلٍ كذا فدفع إليه الدراهم، وقال: «هي على وزن المُسمى» يجوز أن يصدقه ويتصرف فيه ولا يعيد الوزن، وبمثله لو أن المسلم إليه جاء بالحنطة وقال: هي على كيل كذا فصدّقه ولم يُعِدِ الكيل لا يجوز، فثبت أن الوزن في الأثمان يشبه الكيل فصار كما لو أسلم موزونًا في مكيلٍ، فبهذا الطريق جوّزنا، ولم يدل جوازه على أن الوزن ليس بعلة.

قالوا: وأما الهروي[1] بالمروي[2] جنسان مختلفان لاختلاف الصنعة

---

(١) الهروي ـ بفتح الهاء والراء نسبته إلى هراه وهي إحدى مدن خراسان الكبار.
ينظر: وفيات الأعيان ١/٩٦.

(٢) المروي: نسبة إلى مدينة مرو ـ بفتح أوله وإسكان ثانيه ويقال لها مرو الشاهجان من مدن=




ولو ثبت أنهما جنس واحد فإنما يجري الربا فيها.

هذا جملة كلامهم في هذه المسائل.

الجواب:

أما الخبر الذي تعلقوا به، فنحن قائلون به؛ لأنه يتضمن جواز البيع إذا وجدت المماثلة كيلًا وهو بعض ما يتناوله الخبر الذي تعلقنا به، ويجوز أن يقال إن خبر أبي سعيد الخدري تضمن جواز البيع عند المماثلة صريحًا وتضمن تحريم البيع عند عدم المماثلة ضمنًا؛ وهذا لأن مضمون الأخبار واحد لا يختلف وقد تضمنت حكمين: أحدهما: التحريم عند مقابلة هذه الأشياء بعضها ببعض، والآخر: الإباحة عند وجود شرطها وهو المماثلة كيلًا.

وقولهم: «إن الخبر دل أن حكم النص وجوب المماثلة».

قلنا: هو بعض حكم النص وتمامه ما ذكرنا.

وهذا لأن قوله ﷺ: (لا تبيعوا البُرّ بالبُرّ)[1] كلام تام معقول المعنى، والمراد بقوله: (مثلًا بمثل)[2] لا يوجب تغييره إلّا بقدر ما تدعو الضرورة إليه وهو إثبات جواز العقد عند المماثلة.

فأما إسقاط حكم التحريم الذي تناوله أول الخبر فلا دليل على سقوطه

= خراسان فيقال مروزي لبني ادم وأما المتاع والثياب فيقال مروى.
ينظر: معجم ما استعجم ١٢١٦/٢، وفيات الأعيان ٢٧/١.

(١) تقدم تخريجه في صـ٤٩.

(٢) تقدم تخريجه في صـ٥٠.

وهو نظير قوله عليه السلام: (لا يحل دم امرئ مسلم إلّا بإحدى ثلاث...)[1] الخبر.

وقد تضمن الخبر شيئين تحريم دم المسلم على الإطلاق ثم تحليله على وجود إحدى هذه الجنايات الثلاث، وهذا الخبر مثل الخبر الذي رويناه سواء.

وأما قوله عليه السلام: (لا صلاة إلا بقراءة)[2] و (لا صلاة إلا بطهور)[3] (ولا نكاح إلّا بشهود)[4] فنحن لا ننكر أن يكون مثل هذا الخبر يتناول حكمًا واحدًا لقيام الدليل عليه، فأما إذا لم يقم الدليل عليه وأمكن استفادة حكمين من الخبر على ما دل عليه ظاهره فلا يترك له.

وأما الاستثناء المذكور فهو استثناء منقطع بمعنى: «لكن» وهو مثل قوله تعالى: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا ۝٢٥ إِلَّا قِيلًا سَلَامًا سَلَامًا﴾[5]، وقوله تعالى: ﴿... إِلَّا خَطَأً...﴾[6].

فإن قالوا: «هذا مجاز».

قلنا: يعدل إليه حتى لا يسقط معنى الخبر الذي عرفناه وفهمناه في أوله

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٢٠١/١٢ مع الفتح باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾. ومسلم في صحيحه: ١٦٤/١١ مع النووي، باب يباح به دم المسلم. وينظر: تخريجه: ٣٧٥/١ من الاصطلام.

(٢) تقدم تخريجه في ص٥٤.

(٣) تقدم تخريجه في ص٥٤.

(٤) تقدم تخريجه في ص٥٤.

(٥) سورة الواقعة آية (٢٥، ٢٦).

(٦) سورة النساء آية (٩٢) جزء من آية.

وابتدائه ولا يبقى أيضا على عمومه في القليل والكثير وإذا كان «إلّا» لمعنى «لكن» لم يتغير الحكم الثابت بأول الخطاب به بل هو استئناف حكم آخر عند وجود المماثلة سوى ما سبق.

وأما قولهم: «إن البر لم يصر محلًا للبيع باسمه وصورته».

قلنا: البر مال قليله وكثيره، وكيف لا يكون مالًا ؟

وقد اختلف [٨٧/ب] العلماء في بيع الحفنات والحبّات منه ولا يوجد هذا الاختلاف إلّا بعد الاتفاق على كونه مالًا.

يبينه: أن الخبر تضمن ما يباع من البُرّ على العموم وما يباع من البُرّ لا يكون إلا مالًا فالخبر لم يتضمن إلا بُرًّا يباع قلّ منه أو كثر.

والعجب أن قائل هذا الكلام كيف خفي عليه هذا الذي قلناه مع ظهوره ووضوحه؟ وأقل ما يُظنُّ به كبوة الجواد وعثرته وهفوة العالم وزلته.

واعلم أن على هذا الطريق الذي قلناه لم يحتج إلى أن يُدّعى أن الحفنات والحبات مكيلة بل صار جملة الكلام أن أول الخبر تناول تحريمًا على العموم في كل ما هو بُرّ، وأما التحليل المذكور في آخره تناول المكيل منه واستقام هذا لأن الاستثناء بمعنى استئناف كلام على وجه المجاز لا على الحقيقة، الاستثناء الذي هو استخراج بعض ما تناوله اللفظ الأول إلى هذا الموضع، انتهى الكلام في الظواهر.

وأما الذي قالوا: إنه لا يجوز أن يكون الأصل في المطعوم تحريم البيع لأنه مال.

قلنا: هو وإن كان مالًا إلّا أن المال والمال يجوز أن يختلف في الحكم، والعبرة بما يدل عليه الدليل؛ وهذا لأن الله خلق الأموال لمنافع بني آدم، ونحن وإن جعلنا الحظرية أصلًا في المطعومات لكن لم نغلق باب الانتفاع بها ولا نمنع التوصل إليها بوجوه كثيرة من شرائها بغير جنسها، ومن الوصول إليها بوجه الهبات والعطايا والصدقات، ولكن حظرنا البيع ليظهر حكم شرفه وخطره في الشرع ونقول على البذل والإباحة إنه من جملة المعروف في الشرع فكيف نمنع منه؟ وهذا لأن المعروف مأمور به فلا يليق به المنع.

وأما في الأبضاع فإنما مُنِعَ فيها البذل والإباحة ولم تحل إلّا بعقد واحدٍ صيانةً للأنساب عن المفاسد على ما عرف في غير هذا الموضع.

وأما إذا باع المطعوم بغير جنسه فلا يكون مثل مالو باعه بجنسه؛ لأن بيعه بغير جنسه يدل على الغُنية عنه وبيعه بجنسه يدل على الحاجة إليه، فيجوز أن يكون الأصل هو الحظر عند الحاجة إليه ليبقى له مُدّخرًا إلى وقت الحاجة ويباح بيعه بغيره جنسه لاستغنائه عنه، ويمكن أن يقال يباح شراؤه بغير جنسه لحاجته إليه ولا يباح شراؤه بجنسه لعدم حاجته إليه، فإن ألزموا علة القوت على ما ذكرنا من تعلق القوام به وإظهار خطره وشرفه من هذا الوجه فليس يلزم؛ لأن النص قد دل على بطلان علة القوت فإنه ﷺ نص على الملح، وليس بقوتٍ لأنه مطعوم.

وأما قولهم: «إن تعلق القوام بالطعام يدل على شدة الحاجة إليه وشدة الحاجة تدل على الإباحة».

قلنا: هذا يدخل عليه فصل الأبضاع، وعلى أن هذا إنما يلزم أن لو لم




يفتح طريقًا للوصول إليه فأما مع وجود جهات كثيرة للوصول إلى المطعومات واندفاع الحاجة بها فليس يدخل على هذا الكلام.

وأما الجواب على الذي تعلقوا به من المعنى:

فهو بناء على أن حكم النص هو إيجاب المماثلة، وقد بينا أنه ليس هذا هو حكم النص، إنما حكم النص ما قدمنا ثم يقال لهم: الكلام في علة الربا وإيجاب المماثلة لا يكون ربا حتى يكون بيان علته كلامًا في علة الربا.

فإن قالوا: إن إيجاب المماثلة يؤدي إلى الربا فإنه يظهر به الفضل الخالي عن العوض.

قلنا: حرمة الفضل الخالي عن العوض عندكم بناءً على وجوب التسوية والمماثلة وهو الأصل في حكم هذه النصوص على ما زعمتم، فتكون هذه الأخبار واردة لبيان هذا الحكم إذًا الأخبار وردت في بيان الربا بإجماع الأمة، وإيجاب المماثلة ليس بربا فيكون قد وضع في هذه الأخبار أصلًا يأباه الإجماع.

وعلى أنا نقول الفضل الخالي عن العوض لا يتصور في العقود أصلًا، وكذلك وجود المماثلة بين المالين من كل وجه غير متصور أصلًا، أما الأول فلأن العوض في العقود يجعل المتعاقدين فيهما إذا جعلا الصاع بالصاعين فأين خلو أحد الصاعين من العوض؟، ولهذا عندهم ينعقد البيع على الصاع بالصاعين ويكون بيعًا فاسدًا بوصفه لا بأصله على ما عرف من أصولهم[1]،

---

(١) ينظر: المغني ٦/٧٦.

وكذلك في الدرهم بالدرهمين، ولو خلا أحد الصاعين عن العوض لم يتصور انعقاد العقد عليه، ولا يبقى لهم مع هذا متنفس أصلًا.

والدليل على أن المعتبر جعل المتعاقدين وجعلهما كذلك هاهنا.

وأما قولنا: «إن المماثلة من كل وجه لا يتصور»: فإن فضل المالية يوجد لأحدهما على الآخر وإن قلّ ويتصور في فضل الجودة.

وقولهم: «إن الجودة ساقط الاعتبار».

قلنا: المالية المتحققة كيف يسقط اعتبارها [٨٨/أ] ولو جاز أن يسقط اعتبار هذا الفضل ويجعل كالعدم، جاز أن يسقط اعتبار فضل القدر ويجعل كالعدم.

وأما الخبر فليس فيه أكثر من أنه إذا تساويا كيلًا حَلّ الفضل المحرم من قبل ويجوز أن يحرم شيء ثم يحل بسبب من قبل الشرع، ويقال لهم أيضًا: إن سقط فضل الجودة لسقط نصا غير معقول المعنى فلا ينبغي أن يتعدى إلى الجص والنورة بل ينبغي أن يلزم محل النص ولا يتعدى إلى غيره وهذا حرف معتمد، وعلى أن الأصل الذي قالوه ينتقض بالعدديات المماثلة فإنه لو باع منه اثنين بواحد فإنه يجوز، وهي أموال متماثلة بدليل أنه لو أتلف بيضة أو جوزة لم يجب إلّا المثل ولا ينظر: إلى الصغر والكبر فيلزم على هذا الفضل الخالي عن العوض الذي اعتمدوه فإنه قد وجد ههنا ولم يحرم.

ثم يقال لهم هَبْ أن حكم النص ما قلتم، ومن أين لكم أن العلة هي الكيل مع الجنس؟ والذي قالوا: إنهما يُظْهِرَا المماثلة.

قلنا: إذا كان الربا هو الفضل الخالي عن العوض لا وجود المماثلة فيكون الكيل والجنس علة علة الربا لا العلة، وتسمية علة العلة علة مجاز، ولأن الحرمة قد تظهر بالشيء ولا تكون علة للحرمة كالأجل تظهر به حرمة النَّسَأ ولا يكون علة الحرمة هذا مجموع الكلام في أصل المسألة.

وأما الكلام على علة الأثمان فقد ذكرنا وجهه.

وقولهم: «إن غير المتعدية فلا يكون علة».

قلنا: «العلة ما دل الدليل على صحتها سواء تعدّت أو لا، وإنما التعدي ثاني الصحة والذي قالوا: إن علل الشرع عملية».

قلنا: «العمل قد وجد في الأصل».

فإن قالوا: الحكم في الأصل لا يثبت بالعلة.

قلنا: بل يثبت؛ لأنه مالم يثبت الحكم في الأصل بالعلة لا يتصور تعديتها.

وقولهم: «إن العلة في الأصل مستغنى عنها».

قلنا: يجوز أن يثبت الحكم بالكتاب والسنة وإن وقع الاستغناء عن أحدهما وكذا يجوز لعلتين وإن وقعت الغُنية بأحدهما عن الأخرى، كذا هاهنا جاز أن يثبت الحكم بالنص والعلة وإن وقعت الغُنية بالنص عن العلة ثم نقول التعدية لطلب الفائدة، وقد حصلت الفائدة في مسألتنا بحصر الحكم في المنصوص عليه حتى لا يلحق غيره به.

فإن قالوا: هذا يثبت لمجرد النص مع غير تعليل.

قلنا: هذا لا يثبت؛ لأن النص لا يتعرض لما سوى المنصوص عليه لا بنفي ولا بإثبات، فإذا علّلنا وكانت العلة غير متعدية تعرضت العلة لما سوى المنصوص عليه بالنفي فأفاد من هذا الوجه، وعلى هذا الأصل الذي قلنا يخرج الجواب عن قولهم فيما احتجوا في مسألة الجنس بانفراده فإن عمدتهم أن الجنس في التأثير بمنزلة الكيل، وليس بشيء، فإنه لا يعرف تأثير إلا للطعم، فأما الجنس فشرط محض وليس له تأثير، وعلى أنه يلزم على ما قالوه إسلام الدراهم في الزعفران فإنه يجوز وإن جمع من البدلين أحد وصفي علة الربا الفضل وهو الوزن.

وقولهم: «إنا نخص العلة بالإجماع».

باطل، لأنه اعتراف بنقض العلة، وذلك اعتراف بفساد العلة؛ لأن الفاسد والمنتقض بمعنى واحد، ولأن العلة إنما تكون علة الحكم، لأنها تفيد قوة الظن، وإذا وجدت العلة مع تخلف الحكم تذهب قوة الظن، والعذر الآخر باطل، لأن عندهم العلة أصل الوزن، وأصل الوزن قد جمع البدلين سواء كان أحدهما ثمنًا والآخر مُثمنًا أو كانا ثمنين أو مثمنين.

وقولهم: «إن الوزن في المُثمنات يشبه الكيل».

دعوى باطلة، والمسألة التي قالوها على أصولهم.

وعندنا: لابد من إعادة الوزن كما لابد من إعادة الكيل.

وقال بعض أصحابنا(١) في هذه المسألة: إن الثياب والعبيد ليست بأموال الربا بدليل أنه لا يجري فيهما ربا الفضل فلا يجري فيه ربا النَّسَأ، وقال هذا القائل متى سقط ربا الفضل في محل لابد أن يسقط ربا النَّسَأ، لأن الفضل عينًا أفحش من الفضل نقدًا فإذا لم يحرم أفحش الفضلين كيف يحرم أدناهما؟ وزعم أنه إذا أسلم الحنطة في الشعير إنما لا يجوز لوجوب التقابض، لا لأنه محل الربا النَّسَأ، وهذا ليس بقوي، لأنه يؤدي إلى إبطال ربا النَّسَأ ورفضه، وقد أجمعت الأمم على جريانه، ويقال أيضًا إذا جاز ربا ترك القبض مع عدم جريان ربا الفضل، وكذلك جاز في النَّسَأ مثله والاعتماد على ما سبق، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

التقابض عندنا واجب إذا باع مال الربا بعضه ببعض وتركه ربا ويستوي في هذا الحكم الأثمان والمطعومات(٢).

وعندهم: لا يجب التقابض في محلٍ ما(٣).

وزعموا أنه وإنما وجب في الأثمان إذا بيع بعضها [٨٨/ب] ببعض(٤)،

---

(١) الشيرازي في نكته: ورقة ١٣٢/أ.

(٢) النكت: ورقة ١٣١/ب، الأم ٣١/٣، شرح السنة للبغوي: ٦٠/٨، معالم السنن: ٦٤٥/٣، المهذب: ٣٦١/١، تهذيب الأحكام: ورقة ١٠/أ ـ كتاب البيع، وهو قول الحنابلة والمالكية. ينظر: المغني: ٦٣/٦، الإشراف للبغدادي ٢٥٦/١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٦٤٠/٢، ٦٤١.

(٣) مختلف الرواية: ورقة ١٥٧/ب، مختصر القدوري: ٢٧٥/١.

(٤) مختصر القدوري: ٢٧٥/١ ونصه: «وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر قبضه=

لأن حكم الأثمان عندهم الدَّينيّة، لأن بيع الدَّين بالدَّين لا يجوز.

وصورته: إذا باع خمسة دراهم بنصف دينار فإذا قلنا أنه لا يتعين يؤدي إلى بيع الدَّين بالدَّين، والنبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عن ذلك ولا يتعين بالتعيين وإنما يتعين بالقبض فشرط القبض ليكون العقد عينًا بعين، وزعموا أن ترك القبض لا يكون ربا بحال.

لنا:

السنة الثابتة عن النبي ـ صلى الله عليه ـ وهو قوله: (لا تبيعوا الذهب بالذهب)[1] إلى آخر الأشياء الثلاثة إلّا مثلًا بمثل يدًا بيد، وقوله (يدًا بيد) نص في إيجاب التقابض.

فإن قالوا: المراد به عينًا بعين.

قلنا: قد قال في الخبر (عينا بعين)[2]، وقوله (يدًا بيد)[3] غيره في اللفظ والمعنى: قالوا: اليد عبارة عن الجارحة، والجارحة بالجارحة لا تجب فصار المراد من الخبر ما تكون اليد آلة له، واليد آلة للقبض بمثل ما هي آلة التعيين فاستوى معنى القبض والتعيين في قوله: (يدًا بيد) من هذا الوجه فلم يكن أحد المعنيين بأولى من الآخر.

= وقبض عوضه في المجلس...» اهـ.

(١) تقدم تخريجه في صـ٤٥.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١٣/١١ مع النووي باب الربا والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٤.

(٣) رواه مسلم في صحيحه ١٤/١١ ـ ١٥ مع النووي باب الربا والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٤.

قالوا: وأما قوله: (عينًا بعين) فهو تأكيد لقوله: (يدًا بيد)، مثل قوله صلى الله عليه: (مثلًا بمثل سواء بسواء).

الجواب:

إن اليد باليد لا يعرف منه في العرف والعادة[1] إلّا القبض بالقبض وهذا ظاهر لا خفاء به، والحقيقة العرفية مرجوع إليها في المعاملات بدليل نقد البلد ويصير كما لو عيّن النقد، كذلك هاهنا تصير الحقيقة العرفية هي المعتبرة والمحكّمة في الباب فصار كما لو قال قبضًا بقبض، ولأن القبض يختص باليد، فأما التعيين لا يختص باليد فإنه قد يكون بالإشارة باليد وقد يكون بالتسمية باللسان، فإن قول القائل: «هذا» تعيين نصًا وصريحًا، وليس في القول ما يكون قبضًا بحال.

وأما المعنى نقول:

ترك التقابض ربا؛ لأن الربا عبارة عن الفضل وهو الفضل المطلق على ما سبق ذكره، والفضل قد يكون من وجوه كثيرة فقد يكون قدرًا في الصاع بالصاعين، ويكون نقدًا بالعين في النَّسَأ، ويكون أيضًا قبضًا بالمقبوض على غير المقبوض، وكما أن الزيادة العينية وزيادة القدر مطلوبة، كذلك زيادة القبض مطلوبة بل الزيادة من حيث اليد فوق الزيادة من حيث العينية؛ لأن الأعيان إنما تطلب ليتوصل إليها بالأيدي، ولأن اليد تقصد بنفسها في كثير من العقود على ما عرف في المسائل والعينية لا تقصد بنفسها بحال، وإذا

(١) العادة والعرف: عرفها ابن نجيم في الأشباه والنظائر بقوله «عبارة عما استقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة» صـ٩٢.

ثبت أنه ربا فيحرم في جميع أموال الربا، والأثمان والمطعومات كلها من أموال الربا؛ فوجب التقابض في الكل نفيًا للربا على العقد.

فإن قيل: إنما يتصور الفضل من حيث اليد أن لو أجبنا القبض في أحدهما وأخرناه دون الآخر حتى يكون مثل العين بالدَّين، فأما إذا سوّينا بين العوضين في القبض إيجابًا واستحقاقًا ومكان استحقاق وزمان استحقاق فلا يتحقق الفضل.

قلنا: يتحقق؛ لأنه إذا لم يجب التقابض يجوز أن يقبض أحدهما أحد العوضين ويتأخر قبض العوض الآخر بعارض فيوجد الفضل، وإذا وجب التقابض وقع الأمن عن مثل هذا، والاحتراز عما هو ربا واجب، وإنما يقع الاحتراز بهذا.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: القبض لا يصلح واجبًا في مسألتنا؛ لأنه لو وجب إنما وجب ليكون شرطا لصحة العقد ولا يصلح شرطا لصحة العقد؛ لأن القبض حكم العقد، وحكم العقد يتراخى عن العقد، وشرط العقد يقترن بالعقد، وما يتراخى عن العقد لا يتصور شرطه مقترنا بالعقد ليصح به العقد.

قالوا: ولأن الربا عبارة عن الزيادة، ولا زيادة للمقبوض على غير المقبوض بدليل أن في عادة التجار لا يبذل بإزائه عوض والزيادة ما تبذل بإزائها زيادة، وبهذا فارق الفضل من حيث القدر ومن حيث المعنى، ولا يلزمه الذهب بالذهب والفضة بالفضة؛ لأن التقابض إنما وجب في هذه الصورة ليكون عينًا بعين على ما سبق بيانه؛ وهذا لأنه إذا لم يتقابضا يبقى الذهب

بالذهب والفضة بالفضة دينًا بدين، وذلك حرام بنهي الشارع.

قالوا: وليس كما لو باع الحلي بعضه ببعض؛ لأنه وإن تعيّن إلّا إن عامة البياعات إنما توجد بين العوام فهم لا يعرفون ما يتعيّن مما لا يتعيّن فلو ألزمناهم التفصيل وقعوا في حرج عظيم فالشرع نقل إيجاب التقابض للتعيين من الأثمان إلى اسم الذهب والفضة دفعًا للحرج، ونظير هذا أنكم علّلتم الربا بالذهب والفضة بالثمنية ثم أجريتموه في الحلي بالحلي جريًا على ما قلنا، كذا هاهنا.

قالوا: [٨٩/أ] وليس كما لو قبض أحد البدلين في الأثمان حيث يجب قبض البدل الآخر، وإن زال الدَّين بالدَّين، لأن عندنا إنما وجب قبض البدلين تسوية بين العوضين، ومن قضية المعاوضة التسوية.

وبعضهم قال: وجب احترازًا من الربا لأن الغبن خير من الدَّين وأزيد منه في المالية.

وقد قال بعض العلماء: إن الدَّين ليس بمالٍ مالم يقبض فإن لم نقل بهذا فلا أقل من أن نقول: إن العين أكثر مالية من الدَّين، وإذا كان أكثر مالية فتحقق الفضل الذي هو ربا.

وأما في مسألتنا لا يتحقق فضل هو ربا بحال، وتحريرهم باع عينًا بعين فلا يجب فيها التقابض كثوبٍ بثوبٍ.

۞ **الجواب:**

قولهم: «إن القبض لا يصلح شرطًا لصحة العقد».

قلنا: يصلح على ما سبق ذكره ويصير التقابض الموجود في المجلس كالموجود مقترنًا بالعقد وَرُخِصَ في التأخير دفعًا للحرج عن الناس، ولأن زمان المجلس بمنزلة زمان العقد في كثير من الأحكام.

قولهم: «إن القبض مُوجَب العقد».

قلنا: يدخل عليه التعيين في الدراهم ثم نقول مُوجَب العقد قبض مطلق وجب ليتوصل به إلى المعقود عليه، فأما القبض الذي يجب في المجلس لنفي الربا فلا يصلح إلّا شرطًا لصحة العقد.

قولهم: «إن المقبوض ليس له فضل على غيره».

قد سبق الجواب عنه: ولا يعتبر بعرف التجار بعد أن عرفنا الزيادة محسوسًا ومسموعًا ومشروعًا والذي اعتذروا به عن الأثمان، ليس بشيء، ويبطل بالحلي بالحلي..

والذي قالوا إنه لدفع الحرج عن العوام.

قلنا: كيف هذا؟ وقد قلتم بتعيّن الحلي وعدم تعيّن الأثمان، وعلى أن جهل العوام ليس بعذر في محلٍ ما، ويلزمهم إذا قبض أحد البدلين.

قولهم: «وجب التسوية».

قلنا: ينبغي إذا رضي المتعاقدان يجوز، لأن وجوب التسوية يكون لحق المتعاقدين، ويبطل بما لو باع دراهمَ بفلوس وقبض أحد البدلين يجوز مع فقدان التسوية.

وقد ذهب بعض مشايخنا إلى إيجاب التقابض لنفي الغرر، ولم أر الاعتماد عليه، لأن العقد عندنا يبطل لأجل الربا، لا لأجل الغرر. والله أعلم بالصواب.



❋ (مَسْأَلَةٌ):

بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال، وهو قول أكثر أهل العلم[(١)].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: يجوز إذا تماثلا كيلًا بكيل[(٢)].

❋ لنا:

ما روى مالك عن عبد الله بن يزيد[(٣)] عن زيد بن عياش[(٤)] عن سعد ابن أبي وقاص أن النبي صلى الله عليه «نهى عن بيع الرطب بالتمر، وقال: إنه ينقص إذا جَفّ»[(٥)].

---

(١) وهو قول الصاحبين قال ابن عبد البر: جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال، الأم: ١٥/٣، المهذب: ٣٦٤/١، النكت: ورقة ١٣٣/ب، المغني: ٦٧/٦، مختلف الرواية: ورقة ١٤٤/ب، الإشراف للبغدادي: ٢٥٩/١، قوانين الأحكام الشرعية ص٢٨٠، الكافي في فقه أهل المدينة: ٦٤٨/٢، شرح معاني الآثار: ٦/٤، المنتقى للباجي: ٢٤٣/٤، تكملة المجموع: ٢٦٨/١٠، ٢٦٩ للسبكي.

(٢) الأسرار: ورقة ٧٩/٢/أ، مختصر الطحاوي: ٧٧، المبسوط: ١٨٤/١٢ مختلف الرواية: ورقة ١٤٤/ب، فتح القدير ٢٧/٧، رؤوس المسائل ص٢٨٤، شرح معاني الآثار: ٦/٤.

(٣) عبد الله بن يزيد الخزومي المدني المقرئ الأعور مولى الأسود بن سفيان من شيوخ مالك ثقة من السادسة مات سنة ١٤٨هـ. روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ص١٩٤.

(٤) زيد أبو عياش هو ابن عياش روى له أصحاب السنن، وثقه الدارقطني وجهله ابن عبد البر وأبو حنيفة وابن حزم، تهذيب التهذيب ٤٢٤/٣، التقريب: ص١١٤.

(٥) رواه مالك في الموطأ ٢٤٢/٤ مع المنتقى، باب ما يكره من بيع التمر، والدارقطني في=

وفي رواية أنه ـ صلى الله عليه ـ «سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال: أو ينقص الرطب إذا جَفّ؟ قالوا: نعم، قال: فلا إذًا»[1].

والخبر نص، وهو معتمد.

وأما بيان حقيقة المسألة: هي أن المماثلة لم توجد بين الرطب والتمر وصحة العقد مبنية على وجود المماثلة، والدليل على فوات المماثلة أن للتمر حالتين: حال الرطوبة وحالة الجفاف، والمماثلة تعتبر في حالة الجفاف؛ لأنه أعدل حالتي التمر، وأعدل حالتي الشيء أولى حالتيه باعتبار المماثلة فيها، بدليل النص والحكم والمعقول: أما النص فهو ما ذكرنا.

أما الحكم: فلأنه لو باع الحنطة بالدقيق متماثلًا لا يجوز متماثلين؛ لأن للحنطة حالتين: حالة اجتماع أجزائها، وحالة تفرقها فاعتبرت المماثلة في حالة اجتماع أجزائها؛ لأنها أعدل حالتيها، وكذا بيع المقلية بغير المقلية تماثلًا لا يجوز بناء على هذا الأصل.

= سننه: ٤٩/٣، ٥٠، والترمذي في سننه: ٢٣٣/٥، مع العارضة، باب ما جاء في النهي عن المحاقلة، وأبو داود في سننه: ٦٥٤/٣ ـ ٦٥٧ مع المعالم، باب بيع التمر بالتمر وابن ماجه في سننه: ٧٦١/٢ رقم الحديث ٢٢٦٤، والنسائي في سننه: ٢٣٦/٧ باب اشتراء الرطب بالتمر، والشافعي في كتاب الأم: ١٥/٣، والحاكم في المستدرك: ٣٨/٢، ٣٩، وقال: «هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس وأنه محكم في كل ما يرويه من الحديث إذ لم يوجد في رواياته إلّا الصحيح خصوصًا في حديث أهل المدينة ثم لمتابعة هؤلاء الأئمة إياه في روايته عبد الله بن يزيد، والشيخان لم يخرجاه لما خشياه من جهالة زيد أبي عياش» اهـ.

(١) رواها الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٦/٤، والدارقطني في سننه: ٥٠/٣، والحاكم في المستدرك: ٣٨/٢.

وأما المعقول: وهو بيان حرف المسألة، فلأنا بينا أن الأصل في أموال الربا حرمة العقد[1]، وإنما جاز العقد في أموال الربا عند المماثلة من هذا القبيل؛ لأن المحرم هو الطعم، وقد جاز العقد عند وجود المماثلة مع قيام صفة الطعمية فدل أن الجواز رخصة، والرخص تتبع الحاجات فقد جاز البيع متماثلًا لأجل الحاجة وما رخص فيه لأجل الحاجة تعتبر فيه كمال الحاجة، كما أن ما رخص فيه لأجل الضرورة تعتبر فيه كمال الضرورة، وكمال الحاجة يوجد عند الجفاف، فأما في حال الرطوبة فلا تكمل الحاجة، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الحاجات إلى الأعيان لمنافعها فيكون توفر الحاجات بتوفر المنافع وكمالها بكمالها، وحال كمال المنافع وتوفرها حال الجفاف؛ لأنه يوجد فيها كل المنافع المطلوبة [٨٩/ب] من التمور.

وأما في حال الرطوبة توجد بعض المنافع دون بعض، وهذا ظاهر، لا يحتاج إلى شرح وبيان، ومثال ما قلناه هو الحنطة بالدقيق والمقلية بغير المقلية على السواء ولا يعرف معنى يصلح للاعتماد عليه في منع بيع الحنطة بالدقيق سوى هذا فصار مسألتنا نظيره، ومثاله في الشرع وتتبعه مسألتنا في حكمه.

۞ أما حجتهم:

تعلقوا بقوله ـ صلى الله عليه: «التمر بالتمر مثلا بمثل»[2].

قالوا: والرطب تمر؛ لأن التمر اسم للثمرة الخارجة من النخل من أول بروزها وظهورها إلى آخر فنائها وانعدامها مثل الآدمي اسم للشخص المخلوق

---

(١) ينظر: صـ٤٥.

(٢) تقدم تخريجه في صـ٤٥.

على البُنية المخصوصة من أول انفصاله من الرحم إلى آخر فنائه، وكل اسم كان على هذا الوجه يستمر على تبدل التارات والأحوال ولا يختلف باختلافها مثل اسم الآدمي استمر على تبدل الأحوال من الشباب والكهولة والشيخوخة وغيرها، كذلك هذا الاسم وهو اسم التمر يستمر مع تبدل الأحوال من حال بُسرٍ إلى حال أذنابٍ إلى حال أرطابٍ إلى حال جفافٍ قالوا: ولأن الربا جارٍ[1] بين الرطب والتمر بإجماع الأمة وإنما جرى على أنه تمر بتمر، ولولا ذلك لم يجر[2] الربا؛ لأنه إذا لم يكن تمرًا يخرج عن ظاهر قوله (التمر بالتمر) ويدخل في قوله صلى الله عليه: (فإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم)[3] ولهم دلائل كثيرة على أن الرطب تمر سوى ما بينا وما ذكرناه معنىً وعليه الاعتماد.

وإذا ثبت أن الرطب تمر نقول: باع التمر بالتمر مثلًا فإنه لا تتصور المماثلة بين الرطب والتمر إلا على الوجه في هذه الحالة، فأما في حال الجفاف فلا يكون مماثلة بين الرطب والتمر؛ لأنه لا رطب فكيف يوجد المماثلة بين الرطب والتمر ولا رطب؟ لأن المماثلة شرط العقد ليصح العقد، والشروط إنما تعتبر عند العقد بدليل سائر الشرائط من الشهادة في النكاح وخلو المرأة عن العدة، والقدرة على التسليم في البيع وغيره.

وحرفهم الذي يعتمدون عليه ويعدونه مُشكلًا: هو أن الرطب لما كان تمرًا دخل في قوله صلى الله عليه: (التمر بالتمر مثلا بمثل)[4].

---

(١) في المخطوط (جاري).

(٢) في المخطوط (يجري).

(٣) سبق تخريجهما في صـ٥٤.

(٤) سبق تخريجهما في صـ٤٥.




وقد بينا أن حكم النص هو إيجاب المماثلة عند إرادة البيع، فالشرع أوجب المماثلة بين الرطب والتمر، ولا تجب المماثلة إلّا بعد الإمكان لئلا يؤدي إلى تكليف ما ليس في الوسع؛ لأن تكليف ما ليس في وسع الإنسان ساقط عن العباد، فدل خطاب إيجاب المماثلة على إمكان المماثلة ولا إمكان ولا تصوّر سوى التماثل عند العقد، فدل أن الخطاب يتناوله واقتضاه فإنه إذا وجد جاز العقد.

قالوا: وأما الخبر الذي يروون فهو ضعيف في الإسناد(١) على ما عرف، ولم يذكر في شيء من الكتب المذكورة على الوجه الذي رويتم(٢).

وإن قلتم: إنه مذكور في الموطأ، فهو مذكور لا على الوجه الذي تروونه(٣).

ثم قالوا: الخبر الذي روينا من خبر التواتر؛ لأنه قبلته الأمة وعملوا بموجبه لأجله فيوجب العلم، وخبركم خبر واحد لا يوجب العلم وعمله تقييد هذا المطلق.

ومعنى التقييد هو تقييد المماثلة في التمر بالتمر في زمان الجفاف وتقييد

---

(١) بل، هو مروي على هذا الوجه عند الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/ ٦ والدارقطني في سننه: ٣/ ٥٠، والحاكم في المستدرك: ٢/ ٣٨.

(٢) رواية الموطأ «يسأل عن اشتراء التمر بالرطب، فقال: رسول الله ﷺ (أينقص الرطب إذا يبس؟ فقالوا: نعم، فنهى عن ذلك)» الموطأ ٤/ ٢٤٢، مع المنتفى.

(٣) يقولون: «إن زيدًا أبا عياش مجهول» الأسرار ٢/ ٦٥٧ «وليس الأمر على ما توهمه، وأبو عياش هذا مولى لبني زهرة معروف وقد ذكره مالك في الموطأ، وهو لا يروي عن رجل متروك الحديث بوجهٍ وهذا من شأن مالك وعادته معلوم»، وقد سبقت ترجمته وتوثيق الدارقطني له.

المطلق زيادة على المطلق فيكون نسخً على ما عرف من أصلنا ونسخ الحكم الثابت بالخبر المتواتر لا يجوز بخبر الواحد.

قالوا: وأما بيع الحنطة بالدقيق إنما لا يجوز؛ لأن المماثلة بين الحنطة والحنطة لم توجد، فإن الدقيق ليس بحنطة، وأما الرطب تمر على ماسبق بيانه، وإنما جرى الربا في الدقيق؛ لأنه أجزاء حنطةٍ متفرقةٍ فلما انه أجزاء الحنطة احتيط للربا وحكم بجريانه، ثم إذا جرى أجرى ما كان ثابتًا وهو الربا بين الحنطة والحنطة فاعتبرت المماثلة بين الحنطة والحنطة ولم توجد ففسد من هذا الوجه، ولا يوجد مثل هذا في مسألتنا؛ لأن الرطب تمر حقيقة.

وأما القاضي أبو زيد[1] فإنه قال في العذر عن الحنطة مع الدقيق والمقلية بغير المقلية: إن التسوية ما وجبت عليها في هذه الحالة وإنما وجبت قبل القلي وقبل الطحن باعتبار المعيار الذي يوجد في حال بقائه على أصل الخِلقة وحين توجه الخطاب علينا يومئذ كانت التسوية في وسعنا، ثم العبد بالقلي والطحن أبطل المعيار على نفسه فبقي في الواجب ويجوز أن يبقى على العبد واجب بتقصيره وجنايته على وجهٍ لا يقدر أن يخرج منه: أما أن يجب على العبد ابتداءً على وجهٍ لا [٩٠/أ] يطيقه ولا يوجد في وسعه فلا يجوز.

وربما عبروا عن هذا وقالوا: التسوية إنما وجبت علينا؛ لأن الله تعالى لما خلق هذه الأموال متساوية المالية قطعًا ويقينًا تصور فيها فضل يخلو عن العوض فوجب التسوية احترازًا عن ذلك الفضل فلولا أن التمر والرطب متساوية المالية باعتبار هذا الكيل الموجود لما تصور فيها الفضل الخالي عن

(١) ينظر: الأسرار: ٢/٨٠/ب (مراد ملا).

العوض حتى يجب الاحتراز عنه، فإذا تساويا كيلًا اندفع الفضل الذي وجب الاحتراز عنه بخلاف المقلية بغير المقلية والحنطة مع الدقيق؛ لأن الفضل فيه حرم في حال أصل الخلقة بكونه أمثالًا متساوية، وذلك قبل القلي وقبل الطحن، وكان الاحتراز عن الفضل يحصل بالكيل في تلك الحالة، وقد أبطل ذلك الكيل على نفسه وما وجدت عن الكيل وهو بين الحنطة والدقيق لا يعلم أنه يحصل به الاحتراز عن ذلك الفضل أم لا؟ فبقي في الحرمة لعدم المخلص.

وأما في مسألتنا إنما حرم الفضل بناء على هذا الكيل الذي يوجد بين الرطب والتمر فإذا استويا كيلًا انعدم الفضل وتمّ الاحتراز فلم يبق لفساد العقد وجه.

قالوا: وأما المبلولة بغير المبلولة فيجوز؛ لأنه بالبلّ أعادها إلى حالة الرطوبة التي خلقت عليها فصار كأنها لم تحدث فيها صفة لم تكن، فبقي الكيل مخلصًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الرطب لا تنكسر في المكيال والتمر ينكسر فوجدت المفاضلة عينًا؛ لأن الكسر غير معتبر بل المعتبر وجود ملء المكيال فحسب، وقد وجد من الجانبين، وعلى أنه لما وجبت التسوية والمساواة بالمماثلة كيلًا فلابد أن يهدر الفضل الذي يوجد باعتبار الكسر لتتحقق المماثلة الواجبة بالشرع.

قالوا: وأما الحاجة التي قلتم فكيف يجوز أن يقال جاز بالحاجة؟ ولا حاجة في بيع المثل بالمثل بحالٍ، وإنما يجوز في هذه الصورة، وأيّ حاجة

يمكن تحقيقها في مثل هذا الموضع؟

الجواب:

أما التعلق بالخبر فنحن نقول به؛ لأنه وارد لإثبات الحظر إلّا عند المماثلة كيلًا، ونحن نقول به، وليس في الخبر تعرض لزمان المماثلة فتعرض له دليل آخر: إما الخبر أو القياس، وقد بينا أن التمر له حالتان وقد قام الدليل على تقييد المماثلة بإحدى الحالتين، وذلك إمّا بالخبر وإن كان واحدًا أو بالقياس على ما سبق.

وقولهم: «إن هذا الخبر يوجب العلم وذلك الخبر لا يوجب العلم».

قلنا: هبْ أن الخبر الذي رويتم متواتر موجب للعلم والعمل لكن لم يتعرض لما تعرض له بخبر[1] الذي روينا فلا يوجد بين الخبرين معارضة، ومقابلة، وإنما أحد الخبرين ورد في شيء والثاني في شيء آخر وتضمن مجموعها ثبوت الحظر في الأصل إلّا عند المماثلة كيلًا في زمان الجفاف، وأما قولهم: «إن الرطب تمر».

سلّمنا لهم ومشّينا الكلام.

وقولهم: «إن الشرع أوجب التسوية فلا بد من تصور وجود المساواة».

قلنا: أوجب التسوية ليكون خلاصًا عن الحظر على العموم بل يجوز أن يكون الحظر على العموم لعموم العلة والخلاص في محلٍ مخصوصٍ لخصوص المخلص، وليس هذا من باب تكليف ما ليس في الوسع؛ لأن

(١) كذا في المخطوط ولعله (الخبر).

الحكم ليس هو إيجاب التسوية، إنما الحكم هو الحظرية على ما سبق، وليس فيه تكليف شيء ثم جعل التسوية بالكيل مخلصًا، وقد قام الدليل على تقييده بزمان مخصوص، فإذا لم يوجد في ذلك الزمان بقي داخلًا تحت الحظر الذي هو حكم النص ثم يلزم على جميع ما يقولون بيع الحنطة بالدقيق.

وقولهم: «ليس بحنطة».

قلنا: لا، بل هو حنطة تفرقت أجزاؤها وإنما بقى محلًا للربا بهذا الوجه.

وقولهم: «إن الربا يجري بجهة الاحتياط».

قلنا: وأيّ احتياط مع فقدان المحل؟ وعلى أنه إذا صار محلًا للربا بأصل الوضع أو بالاحتياط وجب أنه إذا وجدت المماثلة في هذه الحالة أعني ـ الحنطة والدقيق أن يجوز ـ وهو أولى؛ لأن أمر الاحتياط أخف من أمر الوضع الأصلي.

وأما عذر أبي زيد فهو بناء على أصله الذي قاله: إن حكم النص وجوب التسوية».

وقد بينّا الكلام عليه، ثم يقال هل استمر خطاب إيجاب التسوية بعد الطحن والقلي؟ فإن قلتم: لم يستمر وجب أن لا يكون محلًا للربا، وإن قلتم: قد استمر الخطاب بإيجاب التسوية فوجب أن يكون العبد متمكنًا من تحصيلها وإلا يؤدي ذلك إلى ما قلتم من تكليف العبد ما ليس في وسعه.

وقولهم: [٩٠/ب] «إنه بفعله سَدّ الباب على نفسه».

قلنا: وجب ألا يفسد؛ لأن الأمر قبل الطحن وبعده واحد فوجب أن

يكون التمكن من الامتثال على وجه واحد؛ وهذا لأن الطحن والقلي مباح فلا يجوز أن ينسدّ عليه باب الخلاص بفعل هو مباح، نعم، لو كان الفعل محظورًا لكان يتصور، فأما مع الإباحة فلا.

وأما بيع الرطب بالرطب ففساده خارج على الأصل الذي ذكرناه عند التأمل. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا باع مُدّ عجوة[1] ودرهم بمديّ عجوةٍ لم يجز عندنا مالم ينص على المدّ بالمدّ[2].

وعندهم: يجوز المدّ بالمدّ بإطلاق العقد[3].

وعلى هذا الخلاف إذا باع دينارًا ودرهمًا بدينارين ودرهمين، أو باع كرّ حنطة وكرّ شعير بكرّي حنطةٍ أو كرّيّ شعيرٍ لا يجوز عندنا ما لم ينص على وجه الصحة[4].

---

(١) بيع الربوي بالربوي ومعهما أو مع أحدهما من غير جنسهما والمقصود أن العقد جمع بين عوضين مختلفيى الجنس ولا تعرف قيمة كل منهما.

(٢) مختصر المزني: ٢/١٤٥ مع الأم، روضة الطالبين: ٣/٣٨٤، الأم: ٣/١٧، المنهاج: ٢/٢٨، شرح السنة للبغوي ٨/٦٧هـ، المهذب: ١/٣٦٣، تكملة المجموع للسبكي: ١٠/٢١١، ٢٢٢ ونص على نقل ذلك من المؤلف، وهو قول الحنابلة قال ابن قدامة في المغني: نص على ذلك أحمد في مواضع كثير وذكره قدماء الأصحاب» اهـ ٦/٩٢.

(٣) بدائع الصنائع: ٧/٣١٢٤، الأسرار: ٢/٨١/ب مراد ملا.

(٤) مغني المحتاج: ١/٢٨، روضة الطالبين: ٣/٣٨٤، شرح السنة للبغوي: ٨/٦٦، المغني:=

وعندهم: يجوز ويصرف الجنس إلى خلاف الجنس[1].

لنا:

الحديث الذي رويناه وهو قوله ـ صلى الله عليه (لا تبيعوا التمر بالتمر إلّا مثلا بمثل)[2] فنهى النبي ـ صلى الله عليه ـ عن بيع التمر بالتمر إلا مثلًا بمثل، وقد باع التمر بالتمر مثلا بمثل فكان على النهي الوارد في أول الخبر، وقد باع لا مثلًا بمثلٍ، وإنما قلنا ذلك؛ لأن بيع المثل بالمثل لا يحتمل غير المثل بالمثل، كما لو نص على المدّ بالمدّ وبيع المدّ والدرهم بالمدّين يحتمل المثل بالمثل ويحتمل غيره؛ لأنه يحتمل أنه باع المدّ بالمدّ والثاني بالدرهم، ويحتمل غير هذا بأن يجعل المدّ بأكثر من المدّ أو أقل منه، فدل أنه ما باع المثل بالمثل.

يدل عليه: أن بيع المثل بالمثل إنما يصح لبيعه المثل بالمثل فلما كان هو الفاعل لذلك صح بيعه ولن يكون فاعلًا لذلك إلا إذا نص عليه على وجه لا يحتمل غيره.

فأما إذا أطلق هو إطلاقًا لم يحمل عليه من قبل الشرع فلا يكون هو بائعًا على الوجه الصحيح فبقى على الفساد، وهذا طريقة في غاية الوضوح، "وهو تخريج المسألة على الأصل الذي عرف لنا في مسائل الربا: وهو أن الأصل في البيع في هذه الأموال بعضها ببعض الحظرية إلّا إنه يتخلص عن

= ٩٢/٦، المهذب: ٣٦٣/١، تكملة المجموع للسبكي: ٢٢١/١٠.

(١) مختلف الرواية: ورقة ١٥٧/ب، بدائع الصنائع: ٣١٢٤/٧، الأسرار: ٨١/٢/ب (مراد ملا).

(٢) سبق تخريجه في ص٤٥.

الحظر بالبيع على وجه مخصوص فإذا لم يوجد على ذلك الوجه يبقي محظورًا تمسكًا بالأصل"[١].

فإن قالوا: ما قولكم: «فيما إذا باع درهما جيدًا ودرهما رديئًا بدرهمين جيدين أو ردئين، وكذا في الحنطة والشعير؟ وقد وجد المخلص حقيقة؛ لأن العوضين من الجانبين قد تماثلًا وزنا بوزن وكيلًا بكيل».

❁ **والجواب:**

إن فساد البيع في هذه الصورة بطريق آخر وإنما الطريقة التي ذكرنا في الصور التي ذكرناها في ابتداء المسألة، ويجوز أن تختلف علة الفساد عند اختلاف صور المسائل.

وذهب عامة الأصحاب في المسألة إلى الطريقة التي أشار إليها الشافعي: وهي أن العقد إذا اشتمل على عوضين مختلفي القيمة في أحد الجانبين أو من الجانبين جميعًا لابد من التوزيع والقسمة[٢] بطريق القيمة ليعرف بدل كل واحد من العوضين مما يقاله: دليله: الحكم والحقيقة:

أما الحكم: فهو إذا باع شقصًا[٣] وسيفًا بألف درهم أو باع سيفًا وشقصًا بدابةٍ وثوبٍ، فإنه يجب معرفة بدل كل واحد مما يقابله من حيث التقويم[٤].

وأما الحقيقة: فلأن البيع مشتمل على حقوقٍ متعددةٍ معهودةٍ من شفعةٍ

(١) ما بين القوسين ذكر السبكي في تكملة المجموع ٢٢١/١٠، نقلًا عن المؤلف.
(٢) ينظر: المهذب ٣٦٣/١.
(٣) الشقص: الطائفة من الشيء. ينظر: المصباح مادة شقص ص٣١٩.
(٤) ينظر: المهذب ٣٦٣/١.

وردٍ بعيبٍ ورجوعٍ عند استحقاق وما أشبهه.

ولابد من معرفة بدل كل عوض من العوضين المختلفين لأجل تلك الحقوق.

وطريق معرفة هذا البدل هو التقويم؛ لأن العقد عقد مبادلة ومعاوضة مال بِمالٍ، والمقصود طلب المال، وأبدال المال هي القيمة في الأصل وبها يعرف مقادير الأموال، فإذا وقعت الحاجة إلى معرفة البدل وجب أن يتعين في معرفة بدله الطريق الذي وضع لمعرفة الأبدال، وليس ذلك إلّا ما قلنا وإذا ثبت هذا الأصل فهذا أصل يعم جميع وجوه الخلاف، ويتبين باعتباره إما وجود حقيقة التفاضل أو وجود الجهل بالتماثل، والبيع يفسد بكل واحدٍ منهما.

❁ وأما حجتهم:

قالوا: وقعت المعاوضة عن مقابلة صحيحة وفاسدة بحكم هذا العقد فيترجح الصحة على الفساد حملًا لأمر المسلم على الصلاح والسداد؛ وهذا لأن عقله ودينه يردّانه من الوجه الفاسد شرعًا إلى الصحيح شرعًا فإذا كان كلامه يحتمل وجها صحيحًا ووجهًا فاسدًا فوجب أن يحمل على الوجه الصحيح دون الفاسد؛ لأن الظاهر أنه قصد الصحيح دون الفاسد والظاهر [٩١/أ] دليل معهود في الشرع يجوز بناء الأحكام عليها، ولهذا إذا باع بنقدٍ مطلق يحمل على نقد البلد تحريًا لجهة الصحة، وكذلك إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره يحمل على نصفه ليصح العقد.

"وكذا إذا اشترى قُلّبا وزنه عشرة بعشرة واشترى ثوبًا بعشرة فنقد في

مجلس العقد عشرة ثم افترقا حُمِلَ المنقود على أنه حصة القُلْب تحرّيًا للواجب عليه في المجلس ليصح العقد"[1].

قالوا: وإنما قلنا وقعت المعاوضة عن مقابلة صحيحة ومقابلة فاسدة؛ لأن بيع المدّ والدرهم بالمدّين وبيع الدينار والدرهم بالدرهمين والدينارين يحتمل نوعي مقابلة أحدهما: على وجه الانقسام من حيث التقويم كما قلتم.

والثاني: صرف الجنس إلى غير الجنس ليتقابل الفرد بالفرد، والأولى فاسدة، والثانية صحيحة فرجحت الثانية؛ لأنها صحيحة، وكذا في مسألة مدّ العجوة وجدت مقابلة المدّ بالمدّ والمدّ الآخر بالدرهم وهي مقابلة صحيحة ووجدت مقابلة المدّ بأكثر منه أو أقل منه وهي فاسدة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن في مقابلة الفرد بالفرد على التعيين ترك العمل بنص كلامه؛ لأنه في مسألة بيع الدينار والدرهم بالدرهمين والدينارين باع البدلين بالبدلين وفيما ذكرتم لا يتحقق بيع البدلين بالبدلين بل هو بيع بدلٍ ببدل على طريق التعيين، وهذا تَرَكَ المنصوص عليه وَعَمِلَ بما لم ينص عليه لتصحيح كلامه، ولا يجوز أن يقال هذا؛ لأنه ليس فيما ذكرناه ترك العمل بالنص فإن النص في كلامه مقابلة البدلين بالبدلين لا غير، ولكن إذا قوبل الجمع بالجمع يتقابل الفرد بالفرد ضرورة كما يقال: لبس القومُ ثيابهم وركب القومُ دوابهم، وكذلك إذا قال: اعط هؤلاء الفقراء عشرة دراهم وهم عشرة نفر كان أمرًا بأن يعطي كلَّ نفرٍ درهمًا، فدل أنه ليس فيما قلناه ترك العمل بنص كلامه فجاز المصير إليه وإثباته لتصحيح عقده، ثم قالوا: وهو

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/٧٩/ب مراد ملا.




مخلص كلامهم: إن الانقسام على الأبعاض بطريق التقويم على ما قلتم، والانقسام بطريق التعيين على ما قلناه ما كانت بحكم نص كلامه بل بطريق الضرورة لأجل حقوق العقد وأحكامه؛ ولابد من المصير إلى إحدى المقابلتين، وقد ترجحت إحداها على الأخرى لأجل الصحة فيصار إلى الراجحة، وخرج على هذا مسألة الشَّقص والسيف بالدابة والثوب؛ لأن المقابلة على التعيين لا يمكن؛ لأنه كما يصلح أن يجعل الشَّقص بإزاء الدابة والثوب بإزاء السيف يصلح أن يجعل الشَّقص بإزاء الثوب والسيف بإزاء الدابة ولا دليل على ترجيح أحدهما على الأخرى فسقطت المقابلة من حيث التعيين بهذا الوجه وبقيت المقابلة من حيث الأجزاء والأبعاض فصارت هذه المسألة حجة عليكم؛ لأنه إنما صرنا إلى القسمة على الأبعاض والأجزاء تصحيحًا للعقد؛ لأنه تعذر تصحيحه على الوجه الآخر، فهاهنا وجب أن يصار إلى المقابلة على طريق التعيين لتصحيح العقد.

قالوا: ولا يلزم الوكيل بالبيع إذا باع بيعًا فاسدًا فإنه يلزم الموكِّل مثل ما إذا باع صحيحًا ولا يرجح الصحيح؛ لأن الأمر بالبيع يتناول البيع بأصله ولا يتناول البيع بأوصافه[1]، فإن الآمر ساكت عن ذكر الوصف فإذا باع الوكيل بيعًا فاسدًا أو صحيحًا يصير ممتثلًا للأمر بمباشرة أصل البيع ولم ينظر: إلى الوصف؛ لأنه ليس في لفظ الآمر ذكر الوصف، وأما ههنا فليس بأمر البيع لكنه مباشرة البيع بحقيقته، ولابد أن يقع بأحد وصفيه إما الصحة وإما الفساد، وقد تعارض الوصفان في الوجود فيرجح وصف الصحة على وصف الفساد كما قلنا.

---

(١) الأسرار: ٢/١٨٢/أ (مراد ملا).

قالوا: وليس يلزم إذا اشترى قُلّبا وثوبًا بعشرة ووزن القُلّب عشرة ثم باعهما مرابحة حيث يبطل العقد ولا يجعل جميع الربح بإزاء الثوب ليصح؛ لأن في هذه المسألة وقع النص على الفساد حيث قال: بعتُهما مرابحة على كذا فقد شرط الربح فيهما بنص كلامه فإذا جعلنا الربح مصروفًا إلى أحدهما أبطلنا نص كلامه وفي مسألتنا لم ينص على الفساد وعلى هذا قالوا: إذا باع الدرهم بالدرهمين لم يجعل أحدهما هبة؛ لأنه يؤدي إلى تغيير نص كلامه، قالوا: ولا يلزم إذا باع عبدًا بألف ثم اشتراه قبل نقد الثمن مع عبدٍ آخر بألفٍ وخمس مئة درهم وقيمتهما سواء، فإن الألف ينقسم عليهما على السواء ويفسد العقد ولا يصرف الألف[1] منه إلى العقد الذي باعه حتى يصح العقد؛ لأن الكلام في مسألة يتعين فيها طريق [٩١/ب] الصحة، وفي هذه المسألة طريق الصحة غير متعين؛ لأنا إن صرفنا إلى العبد المشترى ألف درهم يجوز، وإن صرفنا ألف درهم يجوز، وكذا كلما زاد، فلما تعدد طريق الجواز وليس البعض بأولى من البعض فسد البيع لجهالة طريق الجواز، وفي مسألتنا جهة الصحة متعينة فصرف العقد إليها.

هذا جملة كلامهم تحقيقًا.

وقد عيّن بعضهم الكلام فيما إذا باع درهما جيدًا أو رديئًا بدرهمين جيدين أو رديئين وكذلك في الدينار قال: وقد باع الدراهم بجنسها وزنا بوزن، وكذلك في الدينار فوجب أن يجوز البيع.

يبينه: أنه لو باع جيدين برديئين جاز، وقلتم لو باع جيدًا ورديئًا برديئين

(١) الأسرار: ورقة ٢/١٨٢/أ.




أو جيدين لا يجوز، وهذا محض تحكم على الشرع.

يدل عليه: أنه لو كانت الجودة معتبرة في الصورة الثانية لكانت معتبرة في الصورة الأولى؛ لأنهما في المعنى واحد.

۞ **الجواب:**

ليس لهم تعلق إلّا بترجيح جهة الصحة، ونحن نقول: إن الشارع عيّن جهة الصحة فلا صحة للعقد إلّا بسلوك جهتها وتعيينها قولًا، ولا يوجد ذلك إلّا بأن ينص على المدّ والدرهم بالدينارين أو الدينار بالدرهمين، فإذا أطلق ولم ينص على هذا فلم يباشر العقد على جهة الصحة فوقع فاسدًا.

فإن زعموا أن الشرع يحمل العقد على الصحة فنقول:

الشارع مكلف عبيده مباشرة العقد على هذه الجهة فأما أن يباشروا لا على هذه الجهة ثم إن الشرع يحمل عقودهم على هذه الجهة من قبل نفسه، فمحال.

والحرف الموجز في هذا أنهم إن قالوا: «إن العاقد عقد على جهة الصحة».

فبينوا وجهه؟، فإن قالوا: إن الشرع يرد العقد إلى جهة الصحة وإن لم يعقد هو «فبينوا دليله؟ فهم بين هاتين الخطتين العظيمتين».

وقولهم: «إن المسلم العاقل يقصد الجهة الصحيحة».

قلنا: قد يقصد الصحيح بتقديم الدِّين، وقد يقصد الفاسد بتقديم الهوى

وأهل الهوى أغلب وأكثر، وعلى أن المعتاد أن مَنْ يقصد الجهة الصحيحة يعينها ويُسمّيها ولا يطلق إطلاقا، وبهذا فارق مسألة نقد البلد؛ لأن العادة هناك هو الإطلاق، وهاهنا العادة تعيّن جهة الصحيحة، والدليل على الفرق: أنه لو وكّل ينصرف إلى الصحيح والفاسد، ولا يتعين الصحيح بعرف الناس في جهة الصحة، وإذا وكّل بالبيع بألف يتعين نقد البلد بعرف الناس لهذا النقد، وعلى أن مسألة النقد ليس نظير مسألتنا؛ لأن الكلام في جهتين إحداهما[1] صحيحة والأخرى فاسدة، وعند النص على إحدى الجهتين هل يتعين الصحيح منها؟ وفي مسألة نقد البلد يصح العقد أيّ نقد عيّن ثم بالعرف يتعين نقد الواحد من بين سائر النقود مع أن تعيين الكل صحيح، وليس هذا من مسألتنا في شيء.

وقد قالوا في مسألة الأرقية التي احترزوا عنها في طريقتهم إنه لما كثرت وجوه الصحة في تلك المسألة ولم يكن تعين الجهات بأولى من البعض لم يتعين أحدهما وبطل العقد.

جواب آخر:

إن المقابلة التي صرنا إليها أولى بدليل ما ذكرنا في حجتنا، ولأنهم صاروا إلى المقابلة من حيث التعيين وهو تعيين شيء في مقابلة شيء وهذه زيادة لا يدل عليها اللفظ بحال.

وأما نحن فلم نصر إلى تعيين شيء في المقابلة ولكن نقول: إن كل بدل من هذا الجانب يقابل جميع ما بإزائه على وجه الشيوع، وكذا البدل

---

(١) في المخطوط: احديهما.




الذي معه، ثم إذا قوبل على هذا الوجه لابد من التقويم ليعرف عوضه من الجانب الآخر؛ فكان ما قلنا أقرب إلى التمسك بظاهر قول المتعاقدين مما قالوه، وفيه قول بطرح زيادة لا يدل عليها مطلق العقد. وهذا جواب معتمد.

وأما الذي تعلقوا به خبرًا من اعتبار بيع الجيد والردئ بالجيدين والرديئين وقولهم: «إن الاستواء وزنًا قد حصل» نقول: قد دل الدليل على أن الصفقة إذا اشتمل أحد جانبيها على بدلين مختلفين في القيمة فصار إلى القسمة من حيث التقويم، وإذا صرنا إليها يظهر الفضل كيلًا أو وزنًا في أحد البدلين فالمحرم هو الفضل قدرًا، لكن طريق إظهاره الانقسام من حيث التقويم. وأما في بيع الجيدين بالرديئين فلا يظهر فضل من حيث القدر، وإن صرنا إلى تقويم البدلين؛ لأن البدلين استويا في القيمة ومع الاستواء في القيمة لا يتصور ظهور فضل بحال، وهذا لأنا لا نقابل بعض الرديئين بجزء من [٩٢/أ] الجيدين إلّا ويلزمنا أن نقابل الباقي من أجزاء الجيدين بمثل ما قابلنا به الجزء الأول لاستواء الكل في القيمة ولا يوجد مثل هذا في الصورة الثانية فيظهر الفضل.

والله أعلم.



※ (مَسْأَلة):

الدراهم والدنانير تتعيّن في العقود عندنا[1].

وعندهم: لا تتعيّن[2].

❖ **لنا:**

أن مُوجَب العقد في الأثمان هو مُوجَبه في السلع ثم السلع تتعيّن في العقود كذا الأثمان.

فإن قالوا: «ما مُوجَب العقد فيهما».

قلنا: ملك عين كانت مملوكة لغيره من قبل، وإن شئت قلت نقل الملك في عين مملوكة من مالكٍ إلى مالكٍ.

فإن قالوا: «هذا المُوجَب مسلّمٌ في السلع غير مسلّم في الأثمان».

قلنا: إذا كان هذا هو المُوجَب في أحد عوضي العقد فليكن هو المُوجَب في العوض الثاني؛ لأنه عوض بعوضٍ، والعوضان في البيع على نهاية التقابل

---

(١) شرح السنة للبغوي: ٨/١١٣، تكملة المجموع للسبكي: ١٠/٨٥.
وهو قول زفر من أصحابهم، وقول ابن القاسم من المالكية، البدائع: ٧/٣٢٢٤، الإشراف للبغدادي: ٢/٢٧١، والمقصود بالتعيين هنا: أنه لو باع شيئاً بدراهم أو بدنانير بأعيانها ـ كأن يبيع بالريال فلا يجوز أن يعطيه بدلًا من الريال درهمًا أو دينارًا ـ فأنها تتعين العملة ـ حتي لا يجوز له أن يعطي غير عينها والرأي الآخر يقول إنها لا تتعين حتي يجوز لبائعها أن يعطي مثلها مكانها. ا. هـ بتصرف شرح السنة للبغوي ٨/١١٣.

(٢) بدائع الصنائع: ٧/٣٢٢٤، الأسرار: ٢/١٢٦/ب مراد ملا.
وهو الظاهر من مذهب المالكية، ينظر: الإشراف للبغدادي: ١/٢٧١.




وعمل العقد فيهما على نهاية الاستواء عند النظر في الاعتبارات، واعتبار المقابل بالمقابل في العقد الموجب للمقابلة في نهاية الصحة والقوة ثم التحقيق في المسألة أنا نقول:

المُوجَب ما بيّنا وهم يقولون المُوجَب ما قلتم في السلع، فأما في الأثمان فمُوجَب العقد فيها وجوب الثمن ابتداءً في الذمة فنقول الدليل على ما قلنا: أن البيع حقيقته بيع شيءٍ بشيءٍ أو شراء شيءٍ بشيءٍ فكما لابد من شيء يُباع لابد من شيءٍ يشترى ليتحقق بيع شيءٍ بشيءٍ ولا شيء في الذمة حتى يشترى به، دل أن حقيقة العقد هو الشراء بثمنٍ موجودٍ، كما أن حقيقة البيع هو بيع مبيعٍ موجودٍ.

يدل عليه: أن مُوجَب العقد ما يدل عليه لفظ العقد، ولفظ العقد إنما اقتضى وجود شيء من الجانبين على ما سبق بيانه، والمعدوم ليس بشيءٍ على ما عرف من مذهب أهل السنة، فعرفنا ضرورة أن مُوجَب العقد من الجانبين ما يدل عليه لفظ العقد وهو ملك في شيءٍ موجودٍ من قبل العقد لا إيجاد شيء لم يسبق له وجود. وهذا حرف معتمد.

ونقول أيضًا: الدراهم والدنانير متعيّنة حسًّا ومُلكًا، وما تعيّن حسًّا ومُلكًا فيتعيّن عقدًا؛ وهذا لأن تعيّنهما عقدًا إما أن يبتني على مشروعٍ أو محسوسٍ فإن بنينا على المشروع فقد تعيّنت شرعًا من حيث الملك، وبيان تعيّنها شرعًا امتيازها بملك مالكها عن سائر الأشياء حتى يكون أحق بها مثل ما يكون أحق بسائر الأعيان إذا ملكها، وإذا بنينا على المحسوس وقد تعيّنت أيضًا حسًّا وهذا معلوم لا يحتاج إلى البيان فعلى الوجهين لابد وأن يتعيّن.

ويمكن أن يقال أيضًا: إن الدراهم والدنانير محل قابل للتعيين، والمشتري من أهل التعيين، وفي التعيين فائدة: أما من قبل البائع فلأن يملك عينها، والملك في العين أكمل من المِلك في الدَّين وليكون أحق بها من سائر الغرماء عند وقوع التشاجر، وأما من قبل المشتري فلئلا يطالب من ذمته إن وَرَدَ عليها هلاك.

وإذا تحقق ما ادّعينا من الفائدة ووجد محلّية التعيين وأهلية التعيين لابد من التعيين، وإنما وَالَينا عن الحجج في هذه المسألة لظهورها وإيضاحها فلم يجب أن يخل بمثل هذه الدلائل الواضحة والبراهين النيرة، وإلّا فالفصل الأول من البيان كافٍ لا مزيد عليه.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: مُوجَب العقد في الثمن هو وجوبه ابتداءً في الذمة وربما يقولون وجوده بوجوبه، فإذا عُيّن فقد عيّن مُوجَب العقد، والعقد لا يحتمل تغيير مُوجَبه إلا لضرورة ولا ضرورة في التعيين فلغا التعيين فيما يرجع إلى ملك العين المشار إليها غير أن العقد لم يفسد؛ لأنا جعلنا التعيين مجازًا عن ذكر الجنس والقدر وإذا صار مستعملًا مجازًا عنه لم يبطل به العقد، وجعل كأن التعيين هو الذي جعلناه مجازًا عنه.

وأما الدليل على أن مُوجَب العقد في الثمن ما قلناه إجماعنا على أنه إذا أطلق الثمن إطلاقًا جاز وَوَجَبَ الثمن في الذمة، ولو كان مُوجَب العقد في الثمن هو ملك في عين لم يجز العقد في هذه الصورة؛ لأنه لا عين.




يدل عليه: إن الإطلاق هو المتعارف عند عامة الناس في الأثمان فإن الإنسان يترك التعيين في الثمن مع حضوره هو والمتعارف وفي عرف الناس وعقودهم بدل التعارف أنه هو المشروع للناس في الأصل؛ لأن المسلمين إنما تعارفوا فيما بينهم ما شُرِعَ لهم وإن وقع العدول عنها في بعض الأحايين لبعض الناس فلا يُلتفت إلى ذلك.

قالوا: وبهذا [٩٢/ب] فارق السلع؛ لأن المتعارف فيها هو التعيين، ولا يترك إلّا لضرورة العدم، وههنا مع الوجود والحضور يترك التعيين.

واستدلوا في أن ترك التعيين إنما جاز في السلع لضرورة العدم بالخبر الوارد في الباب وهو أن النبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان[١] ورخص في السلم»[٢] والرخصة إباحة لنفس ما تناوله النهي في موضع خاص لنوع ضرورةٍ وحاجةٍ مثل سائر الرخص في الشرع فعرف بهذا الخبر أن مُوجَب العقد في السلع هو ملك في عين مملوكة، وأن وجوب المبيع في الذمة سَلَمًا رخصة معدول بها عن الأصل لحاجة العدم، ومثل هذا لم يرد في الأثمان.

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه: ٧٣٧/٢، باب النهي عن بيع ما ليس عندك.
وأبو داود في سننه: ٧٦٩/٣ مع المعالم، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
والنسائي في سننه: ٢٥٤/٧، باب بيع ما ليس عند البائع.
والترمذي في سننه: ٢٤١/٥ مع العارضة، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده.

(٢) قال ابن حجر في الدراية: ١٥٩/٢ «لم أجده هكذا، نعم هما حديثان أحدهما: لا تبع ما ليس عندك.
ثانيهما: الرخصة في السلم، ولم أره بهذا اللفظ، إلا أن القرطبي في شرح صحيح مسلم ذكره أيضًا».
وقال الزيلعي في نصب الراية: ٤٥/٤ «غريب بهذا اللفظ».

وحرفهم:

أن السلم شرع مشروع ابتداء لا باسم الرخصة من غير بناء على نهي متقدم، قالوا: والدليل على أن هذا الحكم في السَّلَم رخصة وضرورة شرط قبض رأس المال، وإنما شرط قبض هذه الزيادة ليكون جبرًا لما يحصل من العدم في المبيع.

ويدل عليه: أن المُسلم فيه بقي على المبيعية حتى لم يجز الاستبدال به.

وأما الثمن فلا يصير مبيعًا بحال حتى يجوز الاستبدال به، وإن منعتم فخبر ابن عمر نص في جوازه وهو قوله: كنا نبيع الإبل بالبقيع فنأخذ الدراهم مكان الدنانير والدنانير مكان الدراهم فسألنا النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: «لا بأس إذا تفرقتما وليس بينكما شيء»[(١)].

قالوا: ولأن اللغة والشرع فرق بين المبيع والثمن اسمًا، والتمييز في الاسم يمنع من الجمع في الحكم، وإذا قلنا إن مُوجَب العقد في الثمن هو مُوجَب العقد في المبيع يكون الثمن هو المبيع ويبطل الميز الوارد بين الاسمين لغة وشرعًا، وهذا حرف يعتمدون عليه.

ويقولون: لابد أن يكون بينهما مفارقة وعلى ما قلتم لا مفارقة أصلًا

(١) رواه أبو داود في سننه: ٣/٦٥٠، ٦٥١ مع المعالم، باب في اقتضاء الذهب من الورق.
والترمذي في سننه: ٥/٢٥١ مع العارضة، باب ما جاء في الصرف.
والنسائي في سننه: ٧/٢٤٨، ٢٤٩، باب بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة. وابن ماجة في سننه: ٢/٧٦٠، باب اقتضاء الذهب من الورق، والورق من الذهب.
والدارقطني في سننه: ٣/٢٣، ٢٤.

وينبغي أن يُعتنَى في الجواب عنه.

قالوا: وأما المكيل والموزون من الحنطة والشعير فإنما تعيّنت بالتعيين «لأنا إنما ادّعينا هذا الأصل في الأثمان المحضة، وادعينا الأصل الثاني في السلع المحضة، والمكيلات والموزونات المتماثلة أثمان من وجهٍ سلع من وجهٍ؛ لأن حدّ الثمن: ما يقوم بنفسه ويقوم به غيره، وحدّ السلعة: ما لا تقوم بنفسها ولا يقومَ بها غيرها»[1].

والحنطة والشعير تقوم بنفسها بدليل وجوب المثل بإتلافها، ولا يقوم بها غيرها، فكانت ثمنًا من وجهٍ سلعة من وجهٍ، فلما أنها ثمن من وجهٍ قلنا إذا أطلق يجوز ويكون مُوجَب العقد فيه ما هو المُوجَب في الأثمان، ولما أنها سلعة من وجهٍ قلنا: إذا عيّن يتعين ويكون مُوجَب العقد فيه ما هو المُوجَب في السلعة.

فأما ههنا الدراهم والدنانير أثمان محضة فلا يتعيّن موجبها.

قالوا: ولا يلزم النكاح على ثوبٍ أو عبدٍ مطلق حيث يجوز، وإن عيّن يتعين؛ لأنا إنما ادعينا هذا الأصل في البياعات التي تكون الأموال فيها أصولًا، فأما المال في النكاح تبع، ولهذا يجوز من غير تسمية المال فيجوز أن يخالف موجَبه موجَب البيع ولا يلحق به، وإنما المعتبر ما يدل عليه الدليل في كل عقد.

قالوا: وأما الهبات[2] والصدقات والغُصوب[3] فإنما تعيّنت الدراهم

(١) ما بين القوسين نقلا من الأسرار: ٢/١٢٨/أ (مراد ملا).

(٢) الهبة: هي التمليك بدون عوض. ينظر: مغني المحتاج ٢/٣٩٦.

(٣) الغصوب: جمع غصب وسيأتي تعريف الغصب في ص٤٨٩.

والدنانير فيها؛ لأن الأحكام فيها مبنية على القُبوض، والقبض يكون في عين، ولهذا لا يتصور إلّا في عين، وفي مسألتنا الأحكام مبنية على العقود، والعقد قد يكون في عين، وقد يكون في مالٍ يملكه في ذمته بالإيجاب له، فنظرنا إلى ما يدل عليه الدليل في إظهار موجب العقد.

قالوا: وأما الوكالة[1] فلا تتعين الدراهم فيها حتى لو وكّله بأن يشتري بهذه الألف فاشترى بغيرها أو مطلقًا جاز، وإنما بطلت الوكالة عند هلاكها بمعنى آخر: وهو أنه لما عيّن الألف فقد قَصَدَ إلى أن لا يرجع إليه ولا يرجع إلّا إلى الألف فوجب تحصيل مقصوده بالوجه الذي يمكن فقلنا: تتوقف الوكالة ببقاء الألف حتى يحصل مقصوده فإذا هلك الألف انتهت الوكالة، ومادامت الألف قائمة في يده فالوكالة قائمة.

وقد قال أبو زيد في بعض مصنفاته[2]:

«إن الدراهم والدنانير ليست أموالًا بأعيانها؛ لأن المال اسم لشيء غير الآدمي خُلِقَ لمصالح الآدمي، وليس في عين الدراهم والدنانير مصلحة لنا».

ألا ترى أنه لا منفعة في أعيانها بوجهٍ ما إلا في زينة وتحمل هو تبع المقصود فصارت أموالًا لمعانيها، وذلك المعنى هو الوصول بها إلى غيرها فصارت ماليّتها بالوصول بها إلى غيرها، وفي هذا المعنى الدراهم والدنانير كلها نقد واحد فلم يصح التعيين، لأن التعيين إنما يصح بين [٩٣/أ] شيئين أو

---

(١) الوكالة: تفويض شخص ماله فعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته، ينظر: مغني المحتاج ٢/٢١٧

(٢) في الأسرار: ٢/١٣١/أ (مراد ملا).

أشياء مختلفة فإذا صار معنى الوصول إلى الأشياء هو المراد من الدراهم والدنانير في المعاوضات، وهذا المعنى واحد في الكل فلغت الإشارة إلّا من حيث تمييز نقد من نقد، لأن المعاني تختلف باختلاف المعقود لا باختلاف الدراهم والدراهم»[1].

قالوا: وبهذا فارق السلع، لأن المقصود منها أعيانها، لأن نفس العين منتفع بها من كل شيء بأكله وبشربه وبلبسه وبسكنه والأعيان كثيرًا مختلفة بذواتها يصح تمييز بعضها عن البعض بالإشارة والتعيين.

قالوا: وهذا بخلاف التبرعات، لأنه لا يقصد بها معنى الوصول إلى غيرها فسقط اعتبار المعنى وصارت العبرة للعين والأعيان كثيرة فصح التعيين.

قالوا: وإذا ثبت ما قلناه من الطريقين سَهُل السؤال والاعتراض على ما قلتم، لأن غاية معناكم أن البيع تمليك شيء بشيء.

قالوا: بلى، ولكن تمليك شيء موجود بشيء يوجد بالعقد، وقد قام عليه الدليل، أو تمليك شيء هومال لعينه بشيءٍ ليس بمالٍ لعينه أو هو معاوضة مختلف عينه قابل للتمييز والتعيين بما لا يختلف عينه ولا يقبل التمييز والتعيين.

۞ **الجواب:**

إنا قد بينا بدلائل في نهاية القوة أن مُوجَب العقد في الثمن هو مُوجَب العقد في المبيع، وليس لهم دليل مفهوم معنوي في أن مُوجَب العقد في

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (الدنانير).

الثمن غير ما قلناه إلا إنهم تعلقوا بحكمٍ وهو أنه إذا اشترى بدراهم مطلقة يجوز، وتجب في الذمة، وهذا لا يدل على أن المُوجَب في الأصل هذا، ألا ترى أنه إذا أسلم في سلعة موصوفة يجوز ويثبت في الذمة ولا يدل على أن مُوجَب العقد في السلعة في الأصل هذا.

فإن قالوا: في صورة السلم لابد من الوصف، وفي مسألتنا تجوز عند الإطلاق.

قلنا: هذا الاختلاف إنما جاء من أن العلم بالمبيع شرط، وفي السلم لا يصير المبيع معلومًا إلا بالوصف، وفي مسألتنا يصير الثمن معلومًا بدون الوصف لأجل النقدية المعهودة حتى لو لم يصر معلومًا إلّا بالوصف لابد منه، وفي المبيع لو صار معلومًا بإطلاقه بأن كان في البلد سلعة معهودة لا تختلف ينصرف البيع إليه واستغنى عن الوصف.

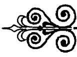
وقولهم: «إن السلم جاز رخصة».

قلنا: وفي مسألتنا جاز الإطلاق رخصة.

وقولهم: «إن هناك تقدم نهي ثم تلاه إباحة ما».

قلنا: ذاك النهي عام في السلع والأثمان؛ لأن نهيه ـ صلى الله عليه ـ عن بيع ما ليس عند الإنسان كما يتناول السلع يتناول الأثمان والرخصة المذكورة وإن خُصّ السّلم بها، ولكن تتناول كل ما في معناه، وإطلاق الدراهم في جانب الأثمان مثل السلم في جانب السلعة معنىً.

فإن قالوا: إن السلم جاز للحاجة فأيّ حاجة إلى ترك التعيين في الدراهم؟




قلنا: البياعات لما عمت بلوى العامل بها سهل الشرع سبيل الوصول إليها من كل وجه ورفع الحرج والضيق عنها، وكل ما يؤدي إليه وفي تكليف تعيين الدراهم نوع ضيق وحرج، لأن الإنسان في العادة يدخل السوق فيهجم على سلعة مقصودة وإلى أن يحضر الدراهم تفوت فيلحقه ضرر وضيق في نقل الدراهم معه وحملها مع نفسه في عموم أحواله، فالشارع برأفته ورحمته رفع الحرج ودفعه وجوز الشراء بما في ذمته ثمنًا كما يجوز البيع من ذمته سَلَمًا.

ويقال: حاجة جاءت من عدمٍ أو غيبةٍ، وههنا أيضًا حاجة جاءت أيضًا من عدم أو غيبة إلا أن في صورة السلم اختص ذلك الاسم المخصوص، والعبرة بالمعنى لا بالاسم وبالحقيقة لا بالصورة.

فأما إيجاب قبض رأس المال إنما جاء من لفظ السلم، لأنه يقتضي التسليم، وليس لأن السلم رخصة، لأنه ليس كل ما كان ثبوته رخصة يزاد في شرطه لتتحقق رخصة.

وقوله: «إن المسلم فيه بقى مبيعًا».

قلنا: عندنا الثمن مبيع أيضًا، والمبيع ما يدخل تحت البيع وكل ما يُباع مبيعًا سلعةً كانت أو ثمنًا.

وأما فصل الاستبدال نقول: إذا كانت الدراهم معيّنة لا يجوز الاستبدال قولًا واحدًا، وإذا أطلق قولان، وأن سُلّم فيحال بجوازه على النص لا غير، وكم من أصلٍ تُرِكَ في موضع لنصٍ وَرَدَ فيه، فهذا من جملة ذلك.

وأما الذي اعتمدوا عليه من تفريق اللغة بين الاسمين، فلا يصلح

للاعتماد لأن التفريق في الاسم لا يدل على التفريق في الحكم، والعبرة بما يقوم عليه [٩٣/ب] الدليل.

ويقال لهم: ما قولكم إذا باع دراهم بدنانير أيّهما المبيع وأيُّهما الثمن؟ كذا إذا باع ثوبًا بعبدٍ فلابد وأن تقولوا في الصورة الأولى كل واحد منهما ثمن حقيقة مبيع صورة، ولا[١] وأن تقولوا في الصورة الثانية وهي بيع العبد بالثوب كل واحد منهما مبيع حقيقة، وأحدهما ثمن صورة وكذا في بيع الدراهم والدنانير فإذا جاز لهم إطلاق تسمية الثمن ظاهرًا على أحدهما في بيع الثوب بالجارية وإن كان مبيعًا حقيقة، وكذلك في بيع الدراهم بالدنانير جاز إطلاق اسم المبيع ظاهرًا على أحدهما وإن كان ثمنًا حقيقة جاز لنا أن نميّز أحد البدلين على الآخر في الاسم الظاهر وإن كان لا فرق بينهما حقيقة.

فإن قالوا: في بيع الدراهم بالدنانير لا مَبِيع وفي بيع الثوب بالجارية لا ثَمَنَ.

فمحال؛ لأن البيع لابد له من ثمنٍ ومبيعٍ.

ويمكن أن يقال: لما كان العقد يضاف إلى أحدهما بغير حرف صلة فيقال: بعتُ بكذا، ويوصل بالآخر بحرف الصلة ويقال: بكذا اشتريتُ بكذا ميزت اللغة بين الاسمين لهذا الافتراق، والأول في غاية القوة، هذا هو الجواب عن طريقتهم وهو على متن المذهب.

ويمكن أن يجاب بجواب آخر فنقول:

مُوجَب العقد ملك الثمن وله محلان فعند التعيين محله الدراهم المعيّنة

(١) كذا في المخطوط ولعله: «ولابد».

فإنه يملكها ثمنًا، وعند الإطلاق محله الذمة فكلاهما مُوجَب.

فإن قالوا: ملك العين أكمل من ملك الدين فلا يصلح كلاهما مُوجَبًا.

يبينه: أن أكمل الملكين إذا صار مُوجَبا كيف يزاحمه أنقصهما؟

قلنا: على هذه الطريقة نقول: الملك في الدَّين مثل الملك في العين وتتبين بالأحكام من محلية التصرف محلية الزكاة وحصول الغنى بالكل على وجهٍ واحدٍ، ويجوز أن يقال الملك في الدَّين أكمل؛ لأنه أبعد من التَّوَى والهلاك. وأما المسائل الإلزامية فهي لازمة وأعذارهم عنها ضعيفة وقد ذكرناها في التعليق واقتصرنا في هذا المواضع على تمشية المسألة من حيث المعنى، وفيه غُنية عن الأحكام، وإن أراد متمسك أن يتمسك بحكمٍ ليجعله عماد الكلام فليتمسك بالسلعة ويؤيد كلامه بالحنطة والشعير، ودعوى معنى الثمنية فيهما بعيد جدًا بل هما سلعة قطعًا، ووجوب المثل عند الإتلاف إنما كان لعدم التفاوت لا من حيث إنه ثمن بوجهٍ ما كالعدديات من البيض والجوز يجب بإتلافها أمثالها وهي سلعة قطعًا.

والطريقة الآخرة ففي مكابرة الإجماع[1]، وحرفها إن ادّعى أنهما بأعيانهما ليست أموالًا فجميع أحكام الشرع دالة عليه، وكذلك إطباق الناس على عدّها أنفس أموالهم وأعزّها، وان ادّعوا أنها أموال بمعانيها، كذلك جميع الأعيان في العالم، وعلى أن في أعيانها منفعة عظيمة وهي التزين والتحلي، ولهذا لو استأجر دراهم أو دنانير ليزين بها دكانه يجوز، فأشبه الجواهر والفصوص من هذا الوجه.

والله أعلم.

---

(١) شرح السنه للبغوى ١١٣/٨ وفيه حكاية اتفاقهم على تعينها في الغصب والوديعة.

※ (مَسْألة)[1]:

بيع العقار قبل القبض عندنا باطل[2]، وهو قول محمد بن الحسن من أصحابهم[3].

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ وأبي يوسف: يجوز[4].

لنا:

حديث ابن عباس أن النبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض، قال ابن عباس: «وأنا أرى كل شيء بمنزلته»[5] وهذا خبر ثابت.

وروى الأصحاب أن النبي ـ صلى الله عليه ـ نهى عن بيع المبيع قبل

---

(١) قال النووي في المجموع: ٩/٢٥٩ قال ابن المنذر: «أجمع العلماء على أن مَنْ اشترى طعامًا فليس له بيعه حتى يقبضه، قال: واختلفوا في غير الطعام على أربعة مذاهب:
أحدها: لا يجوز بيع شيء قبل قبضه سواء جميع المبيعات كما في الطعام، قاله الشافعي ومحمد بن الحسن.
الثاني: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المكيل والموزون قاله عثمان بن عفان، وسعيد بن المسبب والحسن والحكم وحماد والأوزاعي وأحمد وإسحاق.
الثالث: لا يجوز بيع مبيع قبل قبضه إلا الدور والأرض، قاله: أبو حنيفة وأبو يوسف.
الرابع: يجوز بيع كل مبيع قبل قبضه إلا المأكول والمشروب، قاله: مالك وأبو ثور.
قال ابن المنذر: وهو أصح المذاهب لحديث النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفى» ا. هـ.

(٢) النكت: ورقة ١٣٦/أ، المجموع: ٩/٢٥٢، ٢٥٩، فتح الباري ٤/٣٥٠ النووي على مسلم: ١٠/١٦٩، الحاوي: ٥/٢٢٠.

(٣) مختلف الرواية ورقة: ١٥١/أ، الأسرار: ٢/٩٢/أ مراد ملا، إيثار الإنصاف ص٢٩٨.

(٤) مختلف الرواية ورقة: ١٥١/أ، الأسرار: ٢/٩٢/أ مراد ملا، إيثار الإنصاف ص٢٩٨.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٤/٣٤٩ مع الفتح، باب بيع الطعام قبل أن يقبض.
ومسلم في صحيحه: ١٠/١٦٨، ١٦٩ مع النووي، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.

القبض مطلقًا[١].

ورووا بطريق عتاب بن أسيد[٢] أن النبي صلى الله عليه لما بعثه إلى مكة قال: (انههم عن أربع: عن بيع ما لم يقبضوا، وعن ربح ما لم يضمنوا، وعن بيعتين في بيعة، وعن بيع وسلف)[٣].

واعلم أن الروايات فيما سوى الطعام ضعيفة، وفي الطعام صحيحة.

وقول ابن عباس: «وأنا أظن كل شيء بمنزلته» صحيح[٤].

وقد تمسك بعض أصحابنا: بنفس الخبر ولم يدع معنىً، وزعم أن النهي لعدم القبض من غير أن يُعقَلَ له معنى.

وعندي أن التمسك بالمعنى أولى لضعف الرواية إلا في الطعام، ويحتاج إلى بيان معنىً في منع بيع الطعام قبل القبض ليشارك فيه ما سواه على ما قال ابن عباس رضي الله عنه، ويكون تخصيص الطعام بالذكر؛ لأن السؤال وقع عنه أو ليدل به على ما سواه فنقول:

اليد ركن[٥] في بيع الأعيان فإذا لم توجد لا حقيقةً ولا حكمًا لم يجز،

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ.

(٢) عتاب بن أسيد بن أبي العاص بن أمية الأموي أبو عبد الرحمن أو أبو محمد المكي له صحبة وكان أمير مكة في عهد النبي ﷺ ومات في يوم مات أبو بكر الصديق فيما ذكر الواقدي؛ لكن الطبري ذكر أنه كان عاملًا على مكة لعمر سنة ٢١هـ، روي له أصحاب السنن، ينظر: التقريب: ص٢٣١.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٥/٣١٣، باب النهي عن بيع ما لم يقبض وإن كان غير طعام وقال: تفرد به يحيى بن صالح الأيلى وهو منكر بهذا الإسناد» اهـ.

(٤) ينظر: حاشية رقم (١).

(٥) الركن: ركن الشيء وجانبه وأركان الشيء أجزاء ماهيته. ينظر: المصباح مادة ركن صـ٢٣٧.

والدليل على أن اليد ركن أن البيع تصرف في محل فلابد من التمكن من المحل لتتصرف فيه والتمكن باليد، ومع عدم التمكن لا يتصور تصرف ما، فإذا فاتت اليد [٩٤/أ] في مسألتنا فات التمكن، وإذا فات التمكن بطل التصرف.

والتحرير: فات ركن البيع فبطل البيع كما إذا كان المبيع منقولًا.

فإن قالوا: قد تمكن شرعًا بالملك من المحل فلا يطلب تمكن سواه، لأن التمكن باليد إنما يعتبر لتمكنه التسليم إلى المشتري، وفي مسألتنا قد تمكن من التسليم إلى المشتري، لأن المسألة مصورة في مثل هذا الموضع، وهو أن يكون المشتري متمكنًا من قبض العقار من البائع وتسليمه.

۞ **والجواب:**

أنا اعتمدنا في هذه الطريقة على أمر محسوس، وحرفنا: أن التصرف في المحل من غير مُكنة له في المحل محال غير معقول.

فإن ادّعوا أن التمكن ثبت شرعًا بالملك.

قلنا: لا نترك المعقول إلّا بدليل قاطع ولم يقم لهم دليل على أن الملك يقوم مقام التمكن، وهو مفقود حسًّا مع وجود الملك ثم نقول: الأصل هو اليد في التصرفات على ما سبق.

وأمّا الملك إنما اعتبر لزوال المانع الشرعي عن التصرف، وهذا لأن حق الغير ينتصب مانعًا من تصرفه مع وجود المُكنة له في المحل ويصير هذا التمكن كالمعدوم لأجل حق الغير، فاعتبر ملك المحل ليزول المانع من التصرف ولئلا يلتحق هذا التمكن الموجود حسًّا بالمعدوم.




وقولهم: إن المسألة مصورة فيما إذا كان متمكنًا من تسليم العقار إلى المشتري.

قلنا: لابد من ركن التصرف للمشتري عند التصرف فقد زال ركن التصرف عند وجود التصرف، وإنما على أصلكم تثبت اليدُ من بعد بالقبض ولا يجوز تصحيح التصرف بتمكنٍ يوجد من بعد التصرف، وإنما يجوز بتمكنٍ حال التصرف ولا يوجد إلّا باليد ولا يد، والاعتماد عندي على هذه الطريقة، وعامة الأصحاب تعلقوا بقياس العقار على المنقول[1].

وَمَنْ حقق منهم قال: إن الملك ناقص فلا يستفاد به البيع، لأن البيع أكمل التصرفات، ألا ترى أنه نقل بعوضٍ يُحصّله لنفسه.

والدليل على أن الملك ناقص غير تام، أن سببه البيع وهو غير تام.

والدليل على أن البيع غير تام قبل القبض انفساخه بهلاك المبيع قبل القبض وثبوت حق فسخه عند فوات شيء من أجزائه بالتعيّب.

ويدل عليه: أن الزيادة الحاصلة قبل القبض يقابلها الثمن وبعد القبض بخلافه، والفرق ما ذكرنا من المعنى وهو أن في أحد الصورتين حصلت الزيادة قبل تمام العقد فجعلت كالموجودة عند العقد، وفي الصورة الثانية وجدت بعد تمام العقد فلا يمكن أن يجعل كالموجود عند العقد، وبهذا الطريق انفسخ العقد بهلاك المبيع قبل القبض فإن العقد لما لم يتم حتى هلك المبيع جُعِلَ كأن العقد وَرَدَ على هالكٍ، وكذا في نقصان الجزء جُعِلَ كأن البيع وَرَدَ على معيبٍ.

(١) ومنهم الشيرازي في نكته: ورقة ١٣٦/أ.

وقد نص بعض أصحابهم على أن الصفقة لا تتم قبل القبض وتتم بعد القبض وبنوا على هذا مسائل:

وبهذا السبب قالوا: إن الرد بالعيب قبل القبض يجوز بغير قضاء ولا رضا وبعد القبض لا يجوز إلّا بقضاء أو رضا.

وقالوا: فيمن اشترى عبدين ووجد بهما عيبًا لا يجوز أن يرد أحدهما قبل القبض، ويجوز بعد القبض وعبّروا عن هذا وقالوا: إذا رَدَّ أحدهما قبل القبض فهو تفريق الصفقة قبل التمام فلا يجوز، وبعد القبض تفريق الصفقة بعد التمام فيجوز ويصير كما لو باع ابتداءً، وفي الصورة الأولى لما كان تفريق الصفقة قبل التمام يصير كما لو باع منه شيئين فقبل منه البيع في أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: الملك مطلق للتصرف حقيقةً وحكمًا.

أما الحكم: فبدليل العتق والنكاح فإنهما جائزان قبل القبض.

وأما الحقيقة: فلأن البيع إثبات الملك وإثبات الملك لا يستدعي إلّا أهلية الإثبات من المثبت، ووجود محلية الإثبات، وقد وجد في مسألتنا كلاهما.

واستدلوا في أن اليد غير مشروطة للتصرف بمسائل:

منها: إن التصرف في الدَّين جائز ولا يد فيه، ويعتمدون على هذه المسألة.

ومنها: التصرف في الأثمان والمهور جائز قبل القبض، وكذا الموروث والموصى به والمغصوب والمقبوض به على السَّوم وأمثال هذا.

قالوا: وأما دعوى نقصان الملك، لا يصح، لأن اليد ثمرة وبفوات الثمرة لا ينتقص الأصل كفوات الثمار من الأشجار لا يوجب نقصان الأشجار.

يبينه: أن العقد(١) بالإيجاب والقبول عن تراضٍ، وقد تَمّ هذا من المتعاقدين ولزم، ولا يعرف التَّمام إلّا بوجود مُوجَبه ولزومه، فمن ادعى أن العقد مع هذا لا يتم، فعليه الدليل.

وأما انفساخ [٩٤/ب] العقد بهلاك المبيع لم يكن لعدم تمامه، ولكن لأن المبيع ملك بملكٍ وتسليم بتسلمٍ وقد فات التسليم في المبيع ففات أيضًا فيما يقابله فإذا فات فيهما لم يبق للعقد فائدة فيبطل تسليم المبيع بتمامه، وكذا إذا تعيّب، إنما ثبت للمشتري حق الفسخ لا لعدم تمام البيع، لكن لأنه التزام تسليم المبيع بتمامه فإذا تعيّب فقد عجز عن تسليم ما التزمه فثبت للمشتري حق الفسخ.

قالوا: وعلى أنا إن قلنا أن الملك لم يتم فوجب أن لا يمتنع البيع به، كما لا يمتنع العتق به، وهذا لأن البيع إيجاب الملك فيوجب ما هو ثابت له فإن كان كاملًا يوجبه كاملًا، وإن كان ناقصًا يوجبه ناقصًا، كما أن العتق إسقاط فإن كان كاملًا يسقط كاملًا وإن كان ناقصًا يسقط بالعتق كذلك.

وقولكم: إن البيع أكمل التصرفات.

---

(١) العقد: يقال عقد البيع يعقده شدّه ووثقه. ينظر: القاموس مادة عقد ٣٢٧/١.

ليس كذلك، بل العتق أكمل منه، وهذا الفصل يشكل الطريقة الثانية جدًا.

قالوا: وأما المنقول فإنما لا يجوز بيعه قبل القبض لا لنقصان الملك بل لأنه بيع غرر وهو حرام، ومعنى الغرر إنه يجوز أن يهلك المبيع قبل القبض فيبطل العقد والاحتراز عنه ممكن بالقبض، ولأنه إذا هَلَكَ هَلَكَ على ملك البائع فيظهر أنه باع ملك الغير في المعنى.

وأما في العقار فلا غرر، لأنه لا يهلك.

وإن قلتم يهلك، فمحال، لأن المسألة مصوّرة في العقار الذي لا يتصور عليها الهلاك وهي الأرض البعيدة من الرمال والبحار، فإن تصوّر الهلاك فلا تكون هذه المسألة ونقول: لا يصح بيعه وتصوّر الهلاك في العقار بعيد جدًا بخلاف المنقول فإنه يتصور هلاكه وتعيّبه حتى لا يوقف عليه فيكون نظير الهلاك.

قالوا: ولا يلزم المُسلَم فيه على ما قلنا حيث لا يتصرف فيه وإن كان لا يهلك؛ لأن المنع من التصرف في المُسلَم فيه عدمه؛ وهذا لأن المسلم فيه بيع معدوم، والقياس أن لا يجوز إلّا أن الشرع جوّزه لعذر الحاجة؛ ولهذا كان رخصة، والعذر في العقد الأول فجعل المسلم فيه في العقد الأول بمنزلة الموجود حتى يصح السَّلم، ولا غرر في العقد الثاني؛ لأنه لا حاجة إليه فبقي على العدم في حقه فلم يجز لهذا. قالوا: وأما إذا اشترى طعامًا مكايلة فإنما لم يجز التصرف فيه قبل الكيل بالنص، ويجوز أن يقال إنما لم يجز؛ لأن القدر الذي يستحقه بالعقد لا يصير معلومًا إلّا بالكيل فلا يجوز العقد قبله.

۞ **الجواب:**

قولهم: «إن الملك مطلق للتصرف».

قلنا: بلى، ولكن الملك الكامل، فأما الناقص فلا، وأما العتق ممنوع على أحد الوجهين، وإن سلمنا على ظاهر المذهب فنفوذه لسرعة وقوعه وحصوله شرعًا، فلما أنه بنى على هذا في الشرع فاكتُفي فيه بالملك الناقص، وقد بيّنا وجه اعتراضهم على هذه الطريقة.

ويقولون: أيضًا مجرد اليد يكفي للبيع فكيف لا يكفي الملك الناقص؟ وصورته: إذا باع المكاتب من سيده شيئًا يجوز ولا يثبت إلّا اليد.

وكذا عامل القراض مع رب المال.

۞ **والجواب المعتمد**: أن الملك يمكّن من البيع شرعًا ومع المُكنة الشرعية لابد من المُكنة الحسّية وذلك باليد، وقد بينا أن الاكتفاء بالمُكنة الشرعية لا يجوز؛ وهذا لأن الأصل هو المُكنة الحسية في التصرفات وانضمام المُكنة الشرعية إليها لمعنى صحيح على ما سبق لا يجوز، وأما إذا كان غير قادر فلا يجوز.

ونحن ما ادّعينا فساد البيع بهذا الطريق لكن إلى أن يكون مبطلًا اعتبار المُكنة الحسية التي هي الأصل، وليست هذه الطريقة هي طريقة اعتبار العجز عن التسليم في إبطال البيع لأنا لا ندّعي وجود العجز عن التسليم وإبطال البيع بهذا السبب فإنهم يقولون المسألة الخلافية فيما إذا كان يقدر على تسليم المبيع بأن ينقد الثمن في الحال ويقبض المبيع ويتسلمه.

وأما إذا كان غير قادر فلا يجوز.

ونحن ما ادّعينا فساد البيع بهذا الطريق لكن اعتبرنا قاعدة المعقولة وهي: إن التصرف لابد من محلٍ والمحل لابد أن يكون تحت مُكنة المتصرف حتى يقبل تصرفه، فنحن على هذا المعقول المحسوس حتى يدل لنا دليل على إسقاط اعتباره.

وأما المسائل فلا تلزم على هذا الأصل.

أما العتق؛ لأنه إنما صح باعتبار أنه يتضمن القبض شرعًا.

وعندهم: العتق قبض بخلاف البيع، وأيضًا فإنه لما كان مبنيًا [٩٥/أ] على سرعة الحصول وعِلّية الوقوع جاز أن يكتفي فيه بالمُكنة شرعًا وإن لم يوجد حسًّا كما اكتفى بملك بعض المحل عن الكل وجعل كأن الكل مملوك له، كذلك ههنا بوجود بعض المُكنة جعل كأن المُكنة موجودة من كل وجه.

وأما الدَّين، فإنما يجوز التصرف فيه مع مَنْ عليه، ويجوز بمعنى الإبراء والإسقاط، ولا يكون بيعًا محضًا.

۞ **والجواب المعتمد** إن قبض الدَّين لا يتصور، وإذا قُبِضَ يكون عينًا لا دينًا فاكتفي فيه بالتمكن شرعًا، وهو الملك ضرورة بخلاف مسألتنا فإن اليد متصور.

وأما الأثمان والمهور: فنقول لا يجوز التصرف فيها قبل القبض.

وأما المغصوب والمقبوض على سوم البيع والموروث والموصى به

فهذه الأشياء في يده بطريق الحكم، أما ههنا لا يد أصلًا لا حكمًا ولا حسًّا؛ لأنها للغير وإن كان حق الغير لم يكن له، وأما العذر عن المنقول فليس بشيء؛ لأن ذلك الغرر موجود في نفس البيع الأول، ومع ذلك يصح وبيانه: أنه ما من عقدٍ يعقد إلّا ويجوز فيه هذا الغرر بأن يَهْلَكَ قبل القبض فيبطل العقد، واحتراز ممكن بأن يسلم إليه، ثم يبيعه منه، وعلى أنا ذكرنا المعتمد في المسألة ولا حاجة معه إلى كلام سواه فليكن اعتماد المناظرة عليه. والله أعلم.



※ **(مَسْألة)**:

وطء الثيب لا يمنع الرد بالعيب عندنا[(١)].

وعندهم: يمنع[(٢)].

(١) المهذب: ١/٣٧٨ النكت: ورقة ١٣٨/ب، تكملة المجموع للسبكي: ١١/٣٨٣، روضة الطالبين: ٣/٤٩٠.
وهو رواية عن الإمام أحمد، ينظر: المغني: ٦/٢٢٨.
وبه قال مالك والليث بن سعد وأبو ثور، وعثمان البتي وهو رواية عن الإمام أحمد.
ينظر: الأشراف للبغدادي: ١/٢٦٩، المغني: ٦/٢٢٨، تكملة المجموع ١١/٣٨٣، شرح السنة: ٨/١٦٤.

(٢) الحجة على أهل المدينة: ٢/٥١٨، الأسرار: ٢/١٠٥٤/أ، المبسوط: ١٣/٩٥.
وهو رواية عن الإمام أحمد وبه قال الزهري والثوري وإسحاق. ينظر: المغني: ٦/٢٢٨.
فتبين من هذا أن اختلافهم على ثلاثة أقوال:
القول الأول: يردها ولا شيء معها وبه قال الشافعي ومالك وأحمد في رواية.
القول الثاني: لا يردها ولا يرجع بالأرش وبه قال أبو حنيفة وأحمد في رواية.
القول الثالث: يردها ومعها أرش ولكن اختلفوا في مقدار الأرش: =

❊ **لنا:**

أن سبب الرد قد وجد مقرونًا بشرطه فوجب أن يرده.

دليله: ما قبل الوطء ونعني «بسبب الرد» هو العيب، ونعني «بشرطه إعادة المبيع إلى ملك البائع كما دخل في ملكه؛ وهذا لأن الوطء محض انتفاع ووجوده لا ينقص من عين الجارية ولا من قيمتها أما من عينها فلا إشكال فيه أصلًا، وأما من قيمتها فلأن المسألة في مثل هذا الموضع، فأما إذا صورنا نقصانًا من قيمته فعندنا يمتنع الرد.

يبينه: أن وطء الثيب يزداد الوطء مرة بعد أخرى وهو لا ينقص القيمة في العادات ونقصان القيمة يرجع في معرفته إلى عادة التجار وهم لا يعدون هذا نقصانًا.

يبينه: أن العادة جرت باستعلام المشتري حال الجارية أنها ثيب أو بكر ولم تجر العادة باستعلام عدد الوطآت من واحد أو من جماعة، والسبب أنهم إذا علموا أن الجارية ثيب لا يبالون بقلة الوطء وكثرته.

فثبت قطعًا أن الوطء لا ينقص من عين الجارية ولا من قيمتها فقد رد المبيع إلى البائع بالعيب الذي وجد به، كما اشترى فجاز له ذلك، وصار الوطء في هذا الموضع بمنزلة الاستخدام وهو لا يمنع الرد، فكذلك ههنا.

= ١) فقال الشعبي: يردها ومعها حكومة.

٢) وقال ابن أبي ليلى: يردها ومعها مهر مثلها.

٣) وقال شريح والنخعي: يردها مع نصف عشر ثمنها.

وقد ذكر المؤلف ﷺ هذه الآراء عند الجواب عن حجة المخالف.

۞ وحجتهم:

أنهم ادعوا إجماع الصحابة.

وقالوا: روي عن علي[1] وابن عمر[2] أنهما قالا في هذه المسألة «لا ترد ويرجع بالأرش»[3] كما[4] ذهبنا إليه.

وعن عمر[5] وزيد أنهما قالا: «ترد الجارية بالعيب ويرد معها إن كانت بكرًا عشر قيمتها وإن كانت ثيبًا نصف عشر قيمتها»[6].

والاستدلال: أن الصحابة اتفقوا أن الوطء ليس بهدر بل هو معتبر.

وعندكم[7]: هو هدر.

---

(١) رواه عن علي من قوله البيهقي في سننه: ٥/٣٢٢، ولفظه «لزمته ويرد البائع ما بين الصحة والداء، وإن لم يكن وطئها ردها». قال البيهقي: وليس بمحفوظ. اهـ
ورواه محمد بن الحسن في كتاب الحجة: ٢/٥١٩ ـ ٥٢١.

(٢) ذكره في الأسرار: ٢/١٠٥/أ.

(٣) سبق تعريفه ١/٦٤٣.

(٤) أورد السبكي قول علي، وابن عمر في تكملة المجموع: ١١/٣٨٥، نقلًا عن المؤلف، وذكره الدبوسي في أسراره: ٢/١٠٥/أ.

(٥) رواه عن عمر من قوله البيهقي في سننه: ٥/٣٢٢، ولفظه «إن كانت ثيبًا رد معها نصف العشر وإن كانت بكرًا رد العشر».
وذكره أبو زيد في أسراره: ٢/١٠٥/أ.

(٦) رواه وكيع في أخبار القضاة عن إبراهيم عن شريح: ٢/٢٧٩.
وأورده الشيرازي في النكت ورقة: ١٣٨/ب.
وأورده السبكي في تكملة المجموع: ١١/٣٨٥، نقلًا عن المؤلف.
وذكره أبو زيد في أسراره: ٢/١٠٥/أ.

(٧) أي عند الشافعية.

يبينه: أنهم جعلوا الوطء بمنزلة الجناية[1]، فإن من يقول في هذه المسألة إن الوطء يمنع من الرد كذا يقول في الجناية.

ومن قال: إنه يغرم العُقر يقول في الجناية إنه يرد ويغرم الأرش.

ومن جهة المعنى:

قالوا: [واعتمدوا على أن الوطء في ملك الغير جناية بدليل إجماع الصحابة.

وبدليل أنه لا يخلو في دار الدنيا عن عقوبة أو غرامة مثل الجناية سواء.

ولأنه لا يستباح بالإباحة. وخرج على هذا الاستخدام فإنه غير نازل منزلة الجناية بدليل الحكمين عكسًا.

وأما قولنا: «إنه جناية إذا كان في ملك الغير»، فهو بناء على أن الرد بالعيب فسخ من الأصل][2]، ومعنى الفسخ من الأصل: إنه يجعل العقد كالعدم.

والدليل عليه: أنا أجمعنا على أنه يعود الملك إلى البائع ولا يعود الملك إلى البائع إلّا إذا انفسخ العقد من الأصل، ويصير كالمعدوم؛ لأن الفسخ ليس ببيع ينقل الملك إلى الغير إنما هو رفع عقد قد سبق فيكون عود الملك إلى البائع العقد من الأصل والتحاق العقد الموجود بالمعدوم.

يبينه: أنه إذا انفسخ بالعقد في الحال وبقي العقد إلى وقت الفسخ على

---

(١) المبسوط: ١٣/٩٥.

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار مع بعض التصرف. ينظر: ٢/١٠٥/أ.




ما كان من قبل وحكمه الملك فوجب أن لا يرتفع الملك ؛ لأنه إذا بقي السبب فلابد أن يبقى حكمه.

ويدل عليه: أنه يعود الملك القديم بأحكامه حتى إذا ردّ على البائع بالعيب [٩٥/ب] يرد على بائعه، وهو دليل على انفساخ الملك من الأصل.

لأنه إذا لم يكن كذلك يكون ابتداء تمليك من البائع، وهذا لا يجوز ؛ لأن اللفظ غير صالح له من حيث إن نقضَ العقد لا يصلح لما يصلح له العقد، ولأنه إذا كان ابتداء تمليك وجب أن لا يرد على بائعه، كما لو اشترى منه.

وبعضهم قال: إن العقد مضى وانقضى فكيف يفسخ في الحال؟ وإنما جاز الفسخ للحاجة، وكان القياس أن لا يجوز فينصرف فسخ العقد إلى زمان العقد وهو الزمان السابق.

وأما في الحال فلا عَقْدَ حتى يفسخ، وإذا ثبت أن العقد ينفسخ من الأصل ظهر أن الوطء لاقى ملك الغير فيكون بمنزلة الجناية.

وقالوا أيضًا: إن منافع البُضع جعل بمنزلة الأجزاء حكمًا بدليل ما ذكروا في كتاب النكاح من فساد النكاح بالتوقيت وشرط التأبيد فيه مثل العقد على الأعيان، وبدليل استقرار العوض بوطأةٍ واحدة.

مثل عين يشتريها ويستوفيها يستقر به الثمن، ولأن منافع البُضع تضمن بالمال الكثير وهو الألوف إذا بلغ ذلك مهر المثل وضمان الأكثر ضمان الأجزاء دون ضمان المنافع ؛ لأنه لا يتصور أن تضمن منفعة ساعة بالألف

والألفين فدل أنها بمنزلة الأجزاء حكمًا؛ وهذا لأن منافع البُضع في الشرع محترمة مشرّفة؛ لأنها سبب النسل في العالم فلشرفها وحرمتها التحقت بالأجزاء فإذا ثبت التحاقها بالأجزاء شرعًا فصار كأنه استوفى بعض الأجزاء وأراد الرد بالعيب وذلك لا يجوز كذا هذا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنها وإن التحقت بالأجزاء حكمًا إلّا أنها ليست بمال فحبسها لا يمنع الرد؛ لأنا نسلم أنها ليست بمال ولهذا لا يقابلها شيء من الثمن، لكن لما كانت بمنزلة الأجزاء وصارت مستحقة بعقد البيع فحبسُها يمنع الرد.

قالوا: وليس يلزم على ما قلنا إذا اشترى جارية مزوجة ووطئها الزوج حيث لا يمنع الرد؛ لأن على الطريقة الأولى إنما ادّعينا أنه بمنزلة الجناية إذا صادف ملك الغير، وهناك بالرد بالعيب لا يظهر أن الزوج وطئ في ملك الغير، وعلى الطريق الثاني نقول: إن منافع البُضع وإن نزلت كالأجزاء حكمًا، لكنها غير مستحقة بالشراء إنما هي للزوج ونحن إنما منعنا من الرد؛ لأنا جعلنا المشتري بالوطء كأنه حبس بعض الأجزاء المبيعة، وهذا لا يوجد في مسألة الإلزام.

قالوا: ولا يدخل على هذا العذر إذا كانت الجارية بكرًا ووطئها الزوج؛ لأن جلدة البكارة غير مستحقة للزوج فإنها عين حقيقة، والنكاح محلها منافع جعلت أجزاء حكمًا لا أجزاء حقيقة، إلّا إن تلك الجلدة تتلف ضرورة، وإذا كانت مستحقة بالشراء فإذا وطئها الزوج فلم يرد المبيع على البائع كما دخل في ملكه فلم يجز.




قالوا: ولا يلزم البائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض حيث لا يثبت الخيار للمشتري؛ لأنا لا نسلم عدم ثبوت الخيار للمشتري بل يثبت، وإن سلمنا فلأنا جعلنا منافع البُضع في حكم العين، ولو أن الجارية المبيعة ولدت ولدًا عند البائع فَقَتَلَ ولدها، فإنه لا يثبت خيار للمشتري، كذلك جعلنا هذه المنافع في حق المشتري بمنزلة الولد، ولو قَتَلَ المشتري الولدَ ثم أراد رد الأصل بالعيب لم يملك، كذا ههنا.

واعتذر أبو زيد وقال[1]: إنما جعلنا الوطء بمنزلة الجناية إذا صادف ملك الغير والوطء قبل القبض في حكم ملك البائع؛ لأنه تصرف من التصرفات ولا ينتقل ملك التصرفات إلى المشتري إلّا بالقبض فبقي على ملك البائع فلم يجز أن يجعل جناية بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قالوا: ولا يلزم إذا اشترى جارية وافتضها ووطئها بغير إذن البائع ثم استردها البائع ليحبسها بالثمن ثم إن المشتري وَجَدَ بالجارية عيبًا، منعوا جواز الرد.

قالوا: لا يجوز أن يرد بالعيب، وقالوا: ولا يتأكد على المشتري شيء من الثمن بهذا الفعل؛ لأنا وإن جعلنا منافع البُضع بمنزلة الأجزاء لكنها ليست بمالٍ فقد احتبس عند المشتري بما ليس بمالٍ فلا يقابله شيء من الثمن.

وبهذا الطريق نعتذر عن مسألة المرابحة حيث يجوز أن يبيع الجارية مرابحة، وإن كان قد وطئها؛ لأنها لم تكن مالًا فلم يمنع بيع المرابحة؛ لأن

---

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٠٥/أ.

بيع المرابحة مبناه على الأمانة فمتى لم يحتبس عنده شيء هو مال ولا شيء يقابله الثمن فلم توجد منه الجناية فجاز البيع مرابحة وليس يدخل على هذا العذر إذا كانت الجارية بكرًا فوطئها أو جنى على الجارية حيث لا يجوز البيع [٩٦/أ] مرابحة(١)؛ لأن في هاتين الصورتين فات منها جزء حقيقة وهو مال يقابله بعض الثمن فيلزمه أن يبين أنه فات بعض ما يقابله الثمن حتى ينتفي عنه اسم الجناية. واعتذروا عن الطريق الأول من مسألة المرابحة، وقالوا إنما ادّعينا أن الوطء كالجناية حكمًا إذا وجد في غير الملك وطريق وجوده في غير الملك انفساخ العقد من الأصل عن الرد بالعيب، وهذا لا يوجد في فصل المرابحة؛ لأنه لم يوجد رد يفسخ العقد من الأصل حتى يصير الوطء جناية إنما وجد بيع مبتدأ فبقي الوطء في الملك على ما وقع فلم يمكن تنزيله منزلة الجناية، إلى هذا الموضع انتهت الطريقة والتخريجات، وفي غاية الإمكان؛ لأن المسألة في نهاية الإشكال عليهم.

وقد تعلق كثير من مشايخهم بقولهم: إن الوطء عيب في المعقود عليه في حق البائع لاستنكافه عنه وتعيّره، والمعتبر لحوق الضرر في الاستمتاع بالجارية مدة مديدة ثم ردها على البائع واسترداد جميع الثمن ضرر عظيم على البائع، والرد بالعيب لدفع الضرر، والضرر لا يدفع بالضرر.

۞ **الجواب:**

أما دعوى إجماع الصحابة، دعوى باطلة، [وقد جهدتُ أن أجدَ ما

---

(١) بيع المرابحة: أن يبيعه بالثمن وربح معلوم كأن يقول مثلًا رأس مالي فيه مائه بعتكه به وربح عشرة. ينظر: زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٣/٦٠.

قالوا وحكوا في كتابٍ يعتمد عليه فلم أجدْ إنما هو حكاية طلبة العلم من التعلقيين ومبتغي السَّواد على البياض][1]، ثم دعواهم إن الخلاف بينهم في الجناية مثل الخلاف في الوطء وضع ما لا أصل له على ما لا أصل له، نعم؛ قد ذكر أهل المعرفة بالاختلاف والإجماع ما حكوا عن عمر وزيد عن شريح والنخعي[2]، وحكوا عن الشعبي أنه يردها ويرد معها حكومة[3].

وعن ابن أبي ليلى أنه يردها ويرد معها مهر المثل[4].

وحكوا عن الحسن البصري أن الجارية لازمة له لا يردها ولا يرجع بشيء[5].

وحكوا عن ابن سيرين والزهري مثل قول أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه[6].

قالوا: ويروى هذا القول عن علي ـ عليه السلام[7]. فأين الإجماع الذي ادّعوه والأمر على هذا السبيل [ولم يروَ عن أحدٍ من الصحابة سوى علي ـ رضي الله عنه؟

(١) ما بين القوسين نقله السبكي في تكملة المجموع: ١١/٣٨٦ عن المؤلف.

(٢) رواه وكيع في أخبار القضاة عن إبراهيم عن شريح: ٢/٢٧٩.
وذكره الشيرازي في النكت ورقة ١٣٨/ب فقال: «ما قالوا عن عمر فهو عن شريح».
وذكره السبكي في تكملة المجموع ١١/٣٨٣ قال: «وهو قول شريح والنخعي وقتادة، وروى من طريق الشعبي عن عمر» اهـ، قال في المغني: وهو قول شريح والنخعي»: ٦/٢٢٨.

(٣) ذكره السبكي في تكملة المجموع: ١١/٣٨٣، وابن قدامة في المغني: ٦/٢٢٨.

(٤) ذكره السبكي في تكملة المجموع: ١١/٣٨٣، وابن قدامة في المغني ٦/٢٢٨، والبغدادي في إشرافه: ١/٢٦٩، والدبوسي في أسراره ٢/١٠٥/أ.

(٥) ذكره السبكي في تكملة المجموع: ١١/٣٨٣، قال: «لو صح ذلك عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وهي رواية عن علي بن أبي طالب...» اهـ.

(٦) ذكره السبكي في تكملة المجموع: ١١/٣٨٣، وابن قدامة في المغني: ٦/٢٢٨.

(٧) قال قي المغني: «ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه» ا. هـ: ٦/٢٢٨.

وأصحابنا حكوا عن زيد مثل مذهب الشافعي[1]، ولا يصح][2].

وعلى أنه يقال لهم قد رويتم عن عمر وزيد ـ رضي الله عنهما ـ أنه يرد الجارية ويرد معها الأرش، على ما حكيتم، فنحن أخذنا بقولهما في أصل الرد وتركنا الباقي بالإجماع.

وأما دعواهم أنه بمنزلة الجناية:

في نهاية البعد ولا مشابهة بين الجناية والوطء بحال خصوصًا إذا كان في الملك.

وَمَنْ ادعى أن الوطء الحلال بمنزلة جناية محرمة يرتكبها العبد فقد أبعد غاية الإبعاد.

وقولهم: «إنه لا يخلو عن عقوبة وغرامة ولا يحل فيه البذل والإباحة».

فذلك لشرف البُضع وخطره، وليس كما زعموا.

وقولهم: «إن الرد بالعيب يفسخ الملك من الأصل».

ليس كذلك، بدليل أنه لا تسقط به الشفعة، ولو انفسخ من الأصل لسقط، ولأنه لو باع عبدًا بجارية واعتق الجارية ثم رد عليه العبد بالعيب لم يبطل العتق، ولو انفسح من الأصل لبطل، ولأن البائع لو رضى بالرد عليه جاز، ولو صار الوطء كالحاصل في ملكه لم يصح رضا البائع به،

---

(١) قال الشيرازي في النكت: «وروي عن زيد مثل قولنا» اهـ، ورقة ١٣٨/ب.

(٢) ما بين القوسين نقله السبكي في تكملة المجموع: ٣٨٦/١١ عن المؤلف مع بعض التصرف في العبارة.

وهذا معتمد.

وأما الحقيقة: أن الفسخ يلزم زمانه كالعقد يلزم زمانه فَمَنْ ادّعى عوده إلى زمانٍ سابقٍ فقد ادّعى قلب الحقيقة فلابد من دليلٍ شرعيٍ قطعي يردنا عن هذه الحقيقة، وأما عود الملك إلى البائع فهو لضرورة الإقالة، فإنه لابد لها من فائدةٍ، وفائدتها عودة الملك إلى البائع؛ وهذا لأنهما قصدا بالإقالة إعادة كل واحد منهما إلى ما كان عليه قبل العقد في الحكم المطلوب بالعقد لا في غير العقد إذ ليس لهما غرض في عين العقد وُجُودًا وعدمًا، وإنما المقصود هذا الحكم الثابت بالعقد فثبت بالعقد وانتفى بالفسخ ثم إنما ينتفي بقدر الإمكان وذلك نفيُه في زمان الفسخ، فأما نفيُه في الزمان السابق محال.

وقولهم: «إنه يعود ذلك الملك بحكمه».

قلنا: بلى، ولكن من زمان الفسخ لا من قبل.

وقولهم: «إن العقد مُنقضٍ».

قلنا: لا، بل هو قائم ولولاه ما صح الفسخ، ونعني «بقيامه» قيامَه حكمًا، وإذا لم ينفسخ من الأصل لم يظهر وجود الوطء في غير الملك، ولئن سُلّم لهم إن الرد بالعيب يوجب فسخ الملك من الأصل فإنما ذلك في ملك قائم، فأما في منافع استوفيت وتلاشت فمحال؛ ولهذا لا يسقط إحصانه، ونظير هذا لو وَهَبَ رجل لابنه جارية فوطئها ثم رجع الأب، وعندهم في الأجنبي يكون هذا رجوعًا في العين المملوكة لا في المنافع المستوفاة [٩٦/ب] حتى لا يسقط إحصان الواطئ ولا يجب عليه شيء، فكذلك إذا وطئ الزوج المرأة وهو غير كفؤٍ ثم إن الأولياء فسخوا العقد.

فإن قالوا: لا يسقط الإحصان؛ لأنه لم يقصد الوطء في غير الملك.

قلنا: فقولوا ليس بجناية؛ لأنه لم يقصد في غير الملك، وإلّا فما الفرق؟ وهذا الجواب على تسليم أصل كلامهم، جواب معتمد.

قولهم: «إن المنافع جعلت بمنزلة الأجزاء حكمًا».

قلنا: ليس كذلك، بل هي منافع على ما خَلَقَها عليه خالقها حقيقة، والذي ادّعوا قلب الحقيقة ولا يصح إلّا بدليلٍ شرعي، ويردنا عن هذه الحقيقة كما ذكرنا في الفصل الأول.

وقد أوجبنا عن دلائلهم في كتاب النكاح فَشُرِطَ التأبيد ليتوفر على النكاح مقاصده، وتأكيد الصداق بالوطء الواحد لضرورة تعذر التوزيع، وكأنه لا يمكن تأخير تأكيد الصداق إلى أن يستوفى جميع الوطآت؛ لأنه لا يكون إلّا بعد الموت، وفيه إضرار عظيم بالمرأة، وأما تقوّم منافع البُضع بالمال الكثير فلشرفها وحرمتها، ولأنه لما جاز أن يضمن بالعضو الصغير الحقير بالمال الخطير بحرمة له شرعًا أو حقيقة لِمَ لا يجوز مثل هذا في المنافع؟ فليس ما قالوه بشيء، وإن سُلّم لهم أن منافع البُضع بمنزلة الأجزاء حكمًا فليست بمال، ولا في مقابلتها مال، فاحتباسها عند المشتري لم يمنع الرد بالعيب.

فإن قالوا: إنما منع الرد؛ لأن شرط الرد يفوت وهو إعادةُ الجملة إلى يد البائع كما أخذ.

قلنا: الشرط أن يعيد إلى البائع ما تناولَه العقد، وإذا لم يكن مالًا ولا

في مقابلتها مال لم يتناولها العقد.

قالوا: يتناولها العقد بيعًا وإن لم يتناولها العقد مقصودًا؛ وهذا لأنه قائم بالأصل ضرورة فيتبعه ضرورة.

قلنا: البيع عقد مال بمالٍ فما ليس بمالٍ لا يتناوله العقد لا مقصودًا ولا تبعًا بخلاف الأطراف فإنها أموال تابعة للأصول فتتبعها في عقد المال.

يبينه: أن المانع من الرد بالعيب هو العيب وعيب المال نقص بالمال فإذا لم تكن المنافع مالًا فكيف يتصور نقصان المال وتعيّبه بفواتها واستيفائها؟

ويمكن أن يقال أيضًا إن هذه المنافع وإن كانت أجزاء حكمًا فهي أجزاء حاصلة حادثة بعد القبض وهلاك الأجزاء الحادثة بعد القبض متى توجب تعيّب الأصل؟

وهذه الطريقة تنخرق بهذه الكلمات خرقًا لا يقبل الرقع.

والجواب على التسليم معتمد.

وقد استغنينا عن التمسك بالمسائل الإلزامية على أصولهم، وإن كانت في نهاية الإشكال عليهم.

والتخريجات التي قالوا ضعيفة عند التأمل جدًا.

فأما الطريقة الأخيرة «وهي قولهم: إن وطء الثيب عيب في حق البائع لمعنى الأَنَفَة».

فليست بشيء؛ لأن جعل الشيء عيبًا في حق شخصٍ دون شخصٍ لا

يعرف، وأيضًا فان الأَنَفَة مُطّرحة عند مقابلتها بالشرع؛ لأنها من رعونات الطبع وتسويلات النفس، ومثل هذا لا يبتنى عليه حكم شرعي، وقد توجد مثل هذا الأَنَفَة في صور:

من تجريد جارية والنظر إليها مقبلة ومدبرة، وارتكاب فاحشة من غلام قد اشتراه، وغير ذلك، ومع ذلك لا يمنع الرّد بالعيب، كذا هاهنا. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الزوائد المنفصلة الحاصلة من المبيع بعد القبض لا تمنع الرد بالعيب عندنا[1].

وعندهم: تمنع[2].

ولا خلاف أنها لا ترد مع الأصل.

لنا:

أن سبب الرد موجود، ولا مانع من الرد فيرد، وإنما قلنا «لا مانع» لأنه يرد جميع المبيع ولم يحبس شيئاً منه، ولو كان ههنا مانع لكان المانع احتباس شيء من المبيع ولم يوجد.

(١) النكت: ورقة ١٣٧/ب، المهذب ١/٣٧٧، وهو قول الحنابلة والمالكية. ينظر: المغني: ٦/٥٥٠، الإشراف للبغدادي: ١/٢٦٨.

(٢) بدائع الصنائع: ٣٢٤٧/٧، المبسوط ١٠٤/١٣، إيثار الإنصاف: ص٢٥٥.

وإنما قلنا: «لم يحتبس شيء من المبيع» لأن المبيع إما أن يعرّف بحقيقة البيع أو بحكمه، فإن عرّف بحقيقته فلم يوجد في الزيادة لأن البيع هو الإيجاب والقبول في مالٍ بمالٍ وهذه الزوائد حدثت بعد وجود البيع فلم يتصور أن يكون مبيعًا حقيقة، وإن عرّف بحكمه فحكمه ملك مال بالعقد بإزاء مالٍ يقابله.

وهذه الزيادة ما مُلِكَتْ بالعقد إنما مُلِكَتْ بملك الأصل ولا عوض بقابلها، فدل أن الزوائد ليست بمبيعةٍ بوجهٍ ما، وإذا كان كذلك فاحتباسها عند المشتري لم يكن مانعًا من رد الأصل، وأشبه هذا الكسب فإنه لا يمنع رد الأصل للمعنى الذي بيّنا كذلك هذا.

❁ **أما حجتهم:**

قالوا: الولد مبيع فلا يجوز رد الأصل بدونه.

دليله: سائر أجزاء المبيع، وإنما قلنا: «إنه مبيع»، لأن أصله مبيع فيكون الولد مبيعًا أيضًا، هذا لأن الفروع على مثال الأصول وإذا كانت الأصول مبيعة فلابد وأن تكون الفروع مبيعة، ألا ترى أن الأصول إذا كانت مملوكة كانت [٩٧/أ] الفروع مملوكة وإذا كانت الأصول غير مملوكة كانت الفروع غير مملوكة.

وربما يعبّرون عن هذا فيقولون: معنىً ثبت في المحل ثباتًا مؤكدًا فوجب أن يسري إلى الولد بمنزلة الملك، وكذلك حق العتاق في أم الولد، وكذا الكتابة والتدبير[1].

(١) ينظر: المبسوط: ١٠٤/١٣، بدائع الصنائع ٣٢٤٧/٧.

قالوا: وقولكم: «إن حقيقة البيع لم يجر عليه»، بلى، ولكن جرى على أصله، وهذا متولد منه فيسري إليه صفة المبيعيّة كسراية صفة الملك، والاستيلاد، والكل أوصاف المحل فإذا جازت السراية في وصف جازت في سائر الأوصاف.

قالوا: وقولكم: «إن المبيع ما يملك بالعقد في مقابلة عوض».

قالوا: هذه الزوائده مملوكة بالعقد إلّا أن الأصل يُملك بغير واسطة والزوائد تُملك بواسطة ملك الأصل، ولئن قلنا إنها غير مملوكة بالعقد فأصلها مملوكة بالعقد، ونحن إنما ندّعي أن الولد مبيع تبعًا لا أصلًا.

ويكفي في إثبات المبيعية تبعًا أن يكون الأصل مملوكًا بالعقد وإن لم يكن الفرع في نفسه مملوكًا بالعقد، وبهذا الوجه اعترضوا على فصل الضمان، وقالوا: إن الولد لما كان مبيعًا تبعًا لم يقابلها الضمان، وهذا كالأطراف فإنه لا يقابلها ضمان، لأنها مبيعة تبعًا لا أصلًا، وهذا مثل سائر أوصافها لا يقابلها الضمان لهذا المعنى.

وكذا قالوا: في الولد الحاصل قبل القبض إلّا إنه إذا قَبَضَ الولد أَخَذَ حكم الأصلية في الضمان، لأنه صار مقصودًا في القبض وهو يأخذ شبهًا من العقد فقوبل بالضمان.

وكذلك قالوا: في الأطراف إذا قطعت يقابلها الضمان، لأنها صارت مقصودة بالقطع وصارت أصولًا باعتبار هذا الفعل.

فأما في مسألتنا فإنه إذًا ولد المبيعة بعد القبض فهو تبع من كل وجه




ولا يقابله عوض بحال، لأن حكم الضمان انتهى بالقبض على معنى إنه تأكدت المقابلة بالضمان تأكدًا لا يقبل التغيّر والبطلان فلهذا لم يقابله ضمان إلّا إنه مبيع على ما سبق بيانه فلم يجز رد الأصل بدونه، ولم يجز أيضًا أن يرد مع الأصل، لأنه تبع فلا يجوز أن يجعل أصلًا في حكم الرد ولو رد مع الأصل لصار أصلًا مع أصله أعني في الرد، وليس كما لو هلكت الزوائد، لأنها صارت بالهلاك كأن لم تكن فجاز رد الأصل كما لو لم تحدث هذه الزوائد أصلًا، ولو استهلكت الزوائد لم يرد الأصول، لأنها صارت أصولًا في فعل الاستهلاك فلم يجز رد الأصل بدونها.

وقالوا على وجهٍ آخر: وهو الولد مبيع من وجهٍ وليس بمبيعٍ من وجهٍ، وإنما قلنا: «مبيع من وجهٍ» لما قلنا، وإنما قلنا «ليس بمبيعٍ» لما قلتم، فإذا كان مبيعًا من وجه فإذا رد الأصل بقي ما هو مبيع من وجهٍ في ملكه بغير عوض، والمبيع من غير عوض ربا والربا حرام، وشبهة الربا محرمة مثل حقيقة الربا، فإذا كان الولد مبيعًا من وجهٍ وقد سُلّم له بغير عوض فصار ربا من هذا الوجه ووجود الربا كافٍ[1] في إثبات الحرمة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن قبل الرد أيضًا سالم بغير عوض، لأنه قبل الرد يسلم الولد تبعًا حين يسلم تبعًا، وإذا رد الأصل وبقي الولد له يسلم حين يسلم أصلًا وهو بغير عوض غير جائز كما ذكرنا.

قالوا: ولا يلزم الكسب، لأنه ليس بمبيعٍ بوجهٍ ما، لأنا إنما جعلنا الولد مبيعًا بسبب الجزئية، وهذا لا يوجد في الكسب، والدليل على الفرق أن ولد

(١) في المخطوط: كافي.

أم الولد يسري إليه حق الاستيلاد بخلاف الكسب.

قالوا: وليس كالعُقر[1] الواجب بالوطء بشبهة حيث يلحق بالولد ويمنع رد الأصل، لأن العُقر بدل منافع البُضع، وهي بمنزلة الأجزاء كما سبق فصار كأرش[2] الطرف بخلاف الغلة فإنها بدل سائر المنافع وهي غير منزلة منزلة الأجزاء، إلى هذا الموضع انتهت طريقتهم المعتمد بالتخريجات والاحترازات.

وقد قال مشايخهم: إن الولد مُوجَب العقد فلا يجوز أن يرد الأصل وَيَسْلَمَ له مُوجَب العقد، كما لا يجوز أن يرد المبيع ويسلم له الملك أو اليد، والدليل على أن الولد مُوجَب العقد أن رجلًا لو باع جارية من إنسان فولدت ولدًا ثم أُستحقت الجارية وَضَمَّنَ المستحقُ المشتري قيمة الولد فإنه يرجع بقيمة الولد على البائع، وإنما يرجع لأنه مُوجَب العقد وقد ضمن البائع للمشتري سلامة مُوجَب العقد له فإذا لم يسلم إلّا بعوض يرجع بالعوض الذي أُخذ منه على البائع.

۞ الجواب:

أما دعواهم: إن الولد مبيع ففي نهاية البعد على ما سبق بيانه.

وقولهم: «إن الولد جزء من المبيع فيكون مبيعًا».

قلنا: إثبات الجزئية بعد الانفصال لا يمكن، والكلام فيما بعد [٩٧/ب]

(١) العُقر: هو «تعاطاه المرأة إذا وطئت بشبهة لأن الوطء في الإسلام لا يخلو عن عَقر أو عُقر» حدٍا أو مهر.
ينظر: الدر المختار ٣/١٦٠.

(٢) سبق تعريفه: ١/٦٤٣.




الانفصال فأما الولد قبل الانفصال فربما نقول إنه مبيع فيما إذا اشترى جارية حاملًا ويقابله بعض الثمن.

يبينه: إن العلماء اختلفوا في الولد قبل الانفصال أنه جزء أم لا؟ ولا خلاف بعد الانفصال إنه ليس بجزءٍ.

وقولهم: «إن الفرع يكون على وِفاق الأصل».

قلنا: هو بعد الانفصال أصل مثل أصله فلا يكون من ضرورته أن يكون مبيعًا كالأصل.

وقولهم: «إنه معنى ثبت في المحل ثباتًا مؤكدًا فوجب أن يسري إلى الولد».

قلنا: سراية البيع غير متصور، لأن البيع عبارة عن فعل فاعلٍ في محلٍ، ومتى وجد الفعل من الفاعل في محلٍ كيف يسري ذلك الفعل إلى الولد الذي ينفصل عنه؟

فإن قالوا: وَجَبَ أن تسري صفة المبيعية.

قلنا: القول بالسراية غير ممكن لما بينا أن المبيع ما يملكه بعقد البيع بعوضٍ يقابله وهذا لا يتحقق في الولد بحال.

وقولهم: «إن الولد يُملك بعقد البيع بواسطة ملك الأصل».

قلنا: هذا إنما يعتبر أن لو كان ملك الأصل غير مستقل بإثبات الملك في الزوائد الحاصلة منه بواسطة، وملك الأصل كافٍ[1] في إثبات المُلك في

(١) في المخطوط: كافي.

الزوائد فلا يتعدى منه إلى التعلق بالسبب والذي اعتمدنا عليه في نفي المبيعية بنفي العوض في مقابلته في غاية القوة.

وقولهم: «إنما ثبتت المبيعية تبعًا».

ليس بشيء، لأنه إنما يمكن ذلك أن لو كان موجودة عند البيع تبعًا ولما إذا لم يكن موجودًا عند البيع لا أصلًا ولا تبعًا، فكيف يمكن؟ وبهذا فارق الأطراف، لأنها موجودة عند البيع تبعًا فكانت مبيعة تبعًا.

وقولهم: «إنه انتهى الضمان بالقبض».

قلنا: إذا انتهى الضمان بالقبض وَجَبَ أن تنتهي المبيعية أيضًا لأنه لا يوجد مبيع لا يقابله ضمان الثمن بحال.

وأما قولهم: «إنه مبيع من وجهٍ لا من وجهٍ».

قلنا: لا نسلم، بل ليس بمبيع بوجهٍ ما على ما سبق، وعلى أن الذي قالوا إن المبيع بغير عوض ربا فاسد اعتباره في هذه المسألة لأن فوات العوض المقابل إنما يكون ربا إذا كان في ابتداء العقد، وأما إذا كان في حال البقاء فلا، ألا ترى أنه يجوز أن يبرأ عن العوض وإذا أُبرئ عن العوض فقد سَلِمَ له المبيع بلا عوض، ولكن لما لم يكن في ابتداء العقد لم يؤثر، وعلى أنه يُبطل ما قبل الرد فإنه سالم بلا عوض ولا يكون ربا.

وقولهم: «إنه سلم تبعًا».

قلنا: وبعد الرد لا يصير أصلًا بل هو باقٍ[1] على التبعية إلا إنه تابع

(١) في المخطوط: باقي.

لمبيعٍ سبقت له المبيعية.

وإذا بيّنا الجواب عن معانيهم لم يبق إلّا تعلقهم بالمملوكية وأم الولد والمدبرة إذا ولدتا ولدًا يكون الولد مثلهما ولا نسلم إلّا في هاتين المسألتين.

فأما ولد المدبرة لا نسلم إنه يكون مدبرًا، وكذا ولد المكاتبة لا يكون مكاتبًا حتى لا يسعى على النجوم، وإنما يعتق الأولاد مع المكاتبة، لأن عقد الكتابة اقتضى استحقاق الاكتساب والأولاد واستحقاق الأولاد كذا يكون بأن يعتق مع عتق المكاتب.

ويقال لهم على ولد المملوكة وأم الولد: لما ثبت فيهما حق الملك وحق الاستيلاد ثبت مثل ما يثبت في الأصل، فلو ثبت صفة المبيعية للولد لثبت على الوجه الذي ثبت في الأصل وبالإجماع لا يثبت على ذلك الوجه؛ بدليل أنه لا يقابله الثمن فسقط التعلق بالمسألتين جدلًا من هذا الوجه.

والجواب من حيث التحقيق: أن صفة الملك إنما تثبت في الولد ضرورة، لأن المملوكية والحرية صفتان للأصل لازمتان للمحل لا يتصور خلو المحل عن إحدى هاتين الصفتين، فإذا ولدت المرأة ولدًا فلابد أن يثبت للولد إحدى هاتين الصفتين وإن كانت الأم حرة ترجحت صفة الحرية، وإن كانت الأم رقيقة ترجحت صفة المملوكية، لأنها صفة أصله الذي خُلِقَ منه، وبهذا الطريق أثبتنا هذه الصفة للولد لا بالوجه الذي قالوه، وهذا لا يوجد في صفة المبيعية، لأنها ليس بصفةٍ لازمةٍ للمحل، لأنه يجوز أن يخلو المحل عنه، إنما هي صفة للمحل بعارض دليلٍ وهو البيع، وقد وجد ذلك في الأم لا في الولد فصار الولد مملوكًا لا بصفة المبيعية.

والحرف: أن صفة المبيعية زيادة على صفة المملوكية بعارض فعلٍ يجوز أن تخلو المملوكية عنها.

وكذا الجواب عن أم الولد، لأن الاستيلاد لا يسري إنما يسري حق العتق، وهذا الحق في المحل نزل منزلة حقيقة العتق في بعض الأحكام، فهو أيضًا صفة لازمة للمحل.

فإن قالوا: وجب أن تقولوا بكون أم الولد مملوكًا لا حق له في العتق.

قلنا: قد بينا أنه قد نزل حق العتق منزلة حقيقة العتق في الاستحقاق فترجحت هذه الصفة على غيرها لكون الأصل على هذه الصفة، وصارت كحرة ولدت ولدًا.

وتمسك الأصحاب [٩٨/أ] بفصل الكسب، وفرقهم واضح جدًا إذا استشهدوا بأم الولد.

وقولهم: «إن الولد مُوجَب العقد».

قلنا: قد ذكرنا إنه فرار من الزحف لا إلى فئة، ولا تعرف عين لا تكون مبيعة وتكون مُوجَب البيع، وفصل الرجوع بقيمة الولد إنما كان بالغرور الحاصل بالبيع لا بما قالوه على ما عرف.

والله أعلم



❋ (مَسْأَلَة):

التصرية[1] سبب مثبتة للرد عندنا[2].

وعندهم: ليست بسبب الرد بحال[3].

وتفاصيل المذهب معروف، ولا معنىً للاشتغال بها.

❋ لنا:

حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (لا تصروا الإبل ولا الغنم، فمن ابتاعَها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ثلاثًا[4] إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها ورد معها صاعًا من تمر)[5].

---

(١) التصرية: قال الخطابي في المعالم: «قال الشافعي: التصرية: أن تربط أخلاف الناقة والشاة، وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرًا ويزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها فإذا حلبها بعد تلك الحلبة حلبة أو اثنتين عرف أن ذلك ليس بلبنها وهذا غرور للمشتري». ينظر: المعالم: ٧٢٢/٣.

(٢) النكت: ورقة ١٣٧/أ، المهذب: ٣٧٤/١، روضة الطالبين ٤٦٧/٣، تكملة المجموع للسبكي: ١٨٧/١١، ١٨٨، النووي على مسلم: ١٩٧/١٠، معالم السنن: ٧٢٢/٣، شرح السنة للبغوي ١٢٥/٨.

وهو قول الحنابلة والمالكية، المقنع: ٤٢/٢، ٤٣، الإفصاح: ٣٤٥/١، قال في المغني: «روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو يوسف وعامة أهل العلم...» ا. هـ ٢١٦/٦. المنتقى للباجي: ١٠٤/٥، الإشراف للبغدادي ٢٦٧/١، الكافي في فقه أهل المدينة: ٧٠٧/٢.

(٣) الأسرار: ورقة ١٠٦/٢/ب (مراد ملا)، المبسوط: ٣٨/١٣، كشف الأسرار: ٣٨١/٢.

(٤) هذه اللفظة ليست في البخاري بل في مسلم.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٣٦١/٤، مع الفتح، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل والبقر والغنم، ومسلم في صحيحه: ١٦٠/١٠، ١٦٦ مع النووي، باب حكم التصرية. =

والخبر في الصحيح، ولا تأويل لهم للخبر أصلًا، لأنه مُفَسّر مُفَصّل في محل الخلاف، واعلم أنهم اضطروا في الاعتراض على تعلقنا بهذا الخبر بما يشبه الطعن على أبي هريرة، وقالوا: إنه كان متساهلًا في الرواية ولم يكن فقيهًا فلا يُقدمُ الخبر الذي يرويه على القياس الجلي[1].

وألحقوا أنس بن مالك وجابر بن عبد الله وأمثالهما بأبي هريرة ﷺ، وذكروا عن علي وعائشة[2] أنهما أنكروا على أبي هريرة كثرة الرواية ونسباه إلى نوع تزيدٍ.

وقالوا: أيضًا من وجه آخر: إن هذا خبر واحد يخالف الأصول المجمع عليها وفسروا ذلك، وقالوا: الخبر يتضمن تقدير خيار العيب بالثلث ويتضمن تقويم اللبن بالصاع من التمر من غير زيادة ولا نقصان ويتضمن إثبات عوض في مقابلة لبنٍ حادثٍ بعد العقد، وهذه الأحكام مخالفة للأصول المجمع عليها، والإجماع يوجب العلم، وخبر الواحد يفيد الظَّن فلا يُقدّم ما يوجب الظَّن على ما يوجب العلم.

۞ **والجواب:**

(أما تلويث اللسان بالطَّعن على الصحابة أو بما يشبه الطَّعن ليس من

= وأبو داود في سننه: ٧٢٢/٣ مع المعالم، باب من اشترى مصراة فكرهها.
والنسائي في سننه: ٢٢٣/٧، باب النهي عن المصراة.
والإمام مالك في الموطأ: ١٠٠/٥ مع المنتقى، باب ما ينهى عنه من المساومة والمبايعة.
والإمام أحمد في مسنده: ٢٤٢/٢، ٤١٧، ٤٦٠، ٤٦٥.

(١) ينظر: المبسوط: ٤٠/١٣.
وقال المؤلف في القواطع: إنّ أول مَنْ قال بذلك عيسى بن أبان البصري، ورقة ١٢٠/ب مخطوط.

(٢) ذكر ذلك ابن كثير في البداية: ١١١/٧.

علامة السعادة بل نقطع إنه ابتداع وضلالة وخذلان من الله تعالى لعبده)(١) فإن الله تعالى إذا خَذَلَ عبدًا من عبيده سهل له الطريق إلى مثل هذه الظلمات وواقعه في هذه الورطات وألقاه في مثل هذه المهالك والمتالف، وعلى مَنْ يُشْفِقُ على دينه أن يحترز عن هذا وأشباهه.

وقد قال ـ صلى الله عليه: (لا تذكروا أحدًا من أصحابي إلّا بخيرٍ فلو أنفق أحدكم ملء الأرض ذهبًا لم يدرك مدّ أحدهم ولا نصفه)(٢).

يعني: أجر ما أنفق من مدٍّ أو نصف مدّ.

وأبو هريرة من بين الأصحاب مخصوص بملازمة رسول الله ـ صلى الله عليه ـ أناء الليل وأطراف النهار(٣)، ودعا الرسول له بالحفظ حتى صار بحيث لا ينسى شيئاً مما ذكره رسول الله ـ صلى الله عليه(٤) ـ ودعا له أيضًا أن يحببه الله تعالى إلى عباده المؤمنين(٥) فحبّه سُنّة والثناء عليه علامة السعادة وبغضه بدعة والإزراء عليه علامة الشقاوة.

وما ذكروا عن علي وعائشة فلا يثبت نصًا عن أحد من الصحابة أنه نَسَبَه إلى الكذب، نعم، كانوا يعاتبونه أحيانًا لكثرة الرواية عن رسول الله

---

(١) ما بين القوسين نقله ابن حجر في الفتح ٤/٣٦٥ عن المؤلف مع بعض التصرف في العبارة.

(٢) ذكره في كشف الأسرار: ٢/٣٨٤، ورواه البخاري في صحيحه: ٧/٢١ مع الفتح، باب قول النبي ﷺ بلفظ «لا تسبوا أصحابي». ومسلم في صحيحه: ١٦/٩٢ مع النووي، باب تحريم سب الصحابة، وأبو داود في سننه: ٥/٤٥ مع المعالم، باب فضل أصحاب النبي ﷺ.

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ١/٢١٣ مع الفتح، باب حفظ العلم.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ١/٢١٥ مع الفتح، باب حفظ العلم.

(٥) رواه مسلم في صحيحه: ١٦/٥٢ مع النووي، باب فضائل أبي هريرة رضي الله عنه. وأحمد في مسنده: ٢/٣١٩، ٣٢٠.

ـ صلى الله عليه ـ وذكر هو عذره في ذلك، وملازمته النبي ـ صلى الله عليه ـ فإنه كان يشغل المهاجرون صفقتهم في الأسواق ويشغل الأنصار عملهم في أموالهم[1].

وبعد فلا ينبغي لنا أن نتبع ما وُجِدَ من الصحابة من المخالفة والمشاجرة، وقول بعضهم في بعض، بل علينا أن نتولى الكل ونَكِلُ ما حَدَثَ بينهم إلى الله تعالى، وقد قال محمد بن إسماعيل البخاري: «وَرَوَى عن أبي هريرة سبعُ مائة من أولاد المهاجرين والأنصار»[2].

وقال إسحاق الحنظلي: «ثبت عندنا من الأخبار في الأحكام ثلاثة ألف[3] حديث يروي منها أبو هريرة ألفًا وخمسمائة».

وأما الذي قالوا إن هذا الخبر مخالف للأصول المجمع عليها، قلنا: الخبر إذا ورد صار أصلًا من الأصول ولا يجب عرضه على أصلٍ مّا؛ لأنه يكون رد الخبر بالقياس، فإنه لا إجماع في المصراة، إنما الإجماع في مثل هذه الحادثة، وقد امتازت هذه الحادثة من بين سائر الحوادث بالخبر الصحيح فيها، والذي قلتم محض قياس، لأنه قياس هذه الحادثة على سائر الحوادث فأردتم أن تردُّوا الخبر بالقياس على هذ الوجه وهو باطل باتفاق الأصوليين، لأن السُّنة مقدمة على القياس بلا خلاف، وإن خالف مخالف فلا يعبأ بقوله.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١/٢١٣ مع الفتح، باب حفظ العلم.
ومسلم في صحيحه: ١٦/٥٣ مع النووي، باب فضائل أبي هريرة رضي الله عنه.
وأحمد في مسنده: ٢/٢٤٠، ٢٧٤.

(٢) ذكره ابن حجر في الإصابة: ٤/٢٠٣، وابن عبد البر في الاستيعاب: ٤/٢٠٦ مع الإصابة.

(٣) كذا في المخطوط وفي كشف الأسرار: ٢/٣٨٣ (آلاف) وهو الصحيح.




كيف وأبو حنيفة يقدم قول الواحد من الصحابة على القياس فكيف لا يقدم الخبر الثابت من صاحب الشرع؟ وقد عُصِمَ عن الخطأ وقال ما قال عن وحي من الله تعالى [٩٨/ب] وآراء الرجال يدخل فيها الصواب والخطأ والانتقاص والتزيد والسهو والقصد والغفلة فلم يجز أن يُقدّم مثل هذا على قول النبي ـ صلى الله عليه ـ وقد دل على ما قلناه حديث معاذ المعروف في الباب.

وقد قال بعضهم(١):

دين النبي محمد آثار ... نعم المطية للفتى الأخبار
ولربما غلط الفتى سبل الهدى ... والدين واضحة لها أنوار
لا تغفلن عن الحديث وأهله ... فالرأي ليل والحديث نهار

ونسأل الله العصمة والثبات على السُّنة بمنه.

والمعتمد على هذا الخبر.

وأما القياس مسلم لهم [لأنهم يدعون أن التصرية ليست عيبًا من حيث إنها ليس إلّا جمع اللبن واجتماع اللبن لا يكون عيبًا فكذا جمعه لا يكون عيبًا، ولأن التصرية ليست إلّا إخفاء غزارة اللبن ونزارة اللبن ليست بعيبٍ فإخفاء الغزارة لا يكون عيبًا](٢).

---

(١) روى هذه الأبيات ابن عبد البر في كتابه (جامع بيان العلم وفضله ٣٥/٢) عن أبي عبد الرحمن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أبيه ولفظها:

دين النبي محمد أخبار ... نعم المطية للفتى آثار
لا ترغبن عن الحديث وآله ... فالرأي ليل والحديث نهار
ولبما جهل الفتى أثر الهدى ... والشمس بازغة لها أنوار

(٢) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١٠٧/٢/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة.

قالوا: [ولا يجوز الرد باعتبار الغرور، لأن العادة جرت أن الناس يفعلون هذا الفعل للترويج، والمشتري إذا ظَنّه حقيقة فهو الذي غَرَّ نفسه واغتر بفعله، وَطَمِعَ في غير مطمعٍ فكان وَبَالَ ذلك عليه.

قالوا: ودعوى مَنْ يقول: إن إظهار الغزارة بفعل التصرية بمنزلة شرط الغزارة مجرد الدعوى لا دليل عليه][1] ولهم سوى هذا كلمات أُخَرُ فاقتصرنا على هذا، لأن الأولى نسلم القياس لهم، وأن لا نشرع فيه أصلًا ونعتمد على السُنّة المذكورة. والله أعلم.



❊ (مَسْأَلَة):

يجوز لأحد المشترين للعبد وغيره أن ينفرد بالعود بخيار العيب[2] وبخيار الشرط[3] وهو قول أبي يوسف ومحمد[4].

وعند أبي حنيفة: ليس له ذلك إلّا أن يساعده صاحبه[5].

❊ **لنا:**

أن الخيار ثابت لهما ولو اجتمعا على الخيار كان كل واحد منهما

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/١٠٧/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة.

(٢) سبق تعريف خيار العيب في ص ٣١، وخيار الشرط في ص ٣٦.

(٣) المهذب: ١/٣٧٧، النكت: ورقة ١٣٨/ب، روضة الطالبين: ٣/٤٨٧. وهو رواية عن الإمام مالك. ينظر: الإشراف للبغدادي: ١/٢٦٩.

(٤) إيثار الإنصاف: ص ٢٠٩.

(٥) الأسرار: ٢/٩٩/ب (مراد ملا). إيثار الإنصاف: ص ٢٠٩. وهو رواية عن الإمام مالك. ينظر: الإشراف للبغدادي: ١/٢٦٩.

مستوفيا حقه على الخلوص فإذا انفرد أحدهما بالاستيفاء كان له ذلك، ولم يشترط مساعدة الآخر إياه.

دليله: الديون فإن لكل واحد منهما أن ينفرد باستيفاء حقه الذي له، ولا يشترط أن يساعد الآخر إياه، وهذا لأن في شرط مساعدة الآخر إياه تفويت حقه، لأنه ليس في وسعه مساعدة صاحبه له فيجوز أن لا يساعده أبدًا، وتعليق استيفاء حق صاحب الحق على ما ليس في وسعه تحصيله تفويت وإسقاط، وهو نظير ما قاله أصحابنا في قطع اليد قصاصًا: إنه يطلق استيفاؤه من غير أن يشرط عليه عدم السراية، لأن وقوف القطع ليس في وسعه فلم يجز تعليق الاستيفاء به إذ في تعليق الاستيفاء به تفويت الحق وإسقاطه فلم يجز، كذا ههنا.

والأصحاب قالوا: رد جميع ما اشتراه وجميع ما ثبت له الخيار فيه فصح كما لو كان منفردًا بالشراء.

يبينه: أنه لو اشترى عبدًا على أنه بالخيار في نصفه يجوز له رد نصفه، كذا هاهنا بل هذا أولى، لأن هناك رد جميع ما ثبت له الخيار فيه لكنه لم يرد جميع ما اشتراه، وهاهنا رد جميع ما اشتراه وجميع ما ثبت له الخيار فيه فلأن يجوز أولى وعندي أن الأول أحسن وأقرب إلى تضيق الكلام عليه.

❁ وأما حجتهم:

قال بعضهم[1] محتجًا في هذه المسألة برد أحدهما: تفريق الصفقة على

(١) الدبوسي في أسراره: ٢/١٠٠/أ (مراد ملا).

البائع قبل التمام فلا يجوز، كما لو قال لرجلين: بعتُ منكما هذا العبد فَقَبِلَ أحدهما دون الآخر فإنه لا يصح لهذا المعنى.

وقالوا: قولنا «قبل التمام» جارٍ في جميع فصول الخلاف إلّا في الرد بالعيب بعد القبض فإن من مذهبهم أن خيار الشرط وخيار الرؤية يمنع تمام الصفقة قبل القبض وبعده، وأما خيار العيب يمنع تمام الصفقة قبل القبض، ولا يمنع تمامها بعد القبض، ولهم على هذا تفريعات، وتعلقهم في هذه الطريقة بالمسألة التي قاسوا عليها.

وأما المعتمد لهم: هو أنه وجد ههنا مانع من الرد وهو عيب الشركة، ولا يجوز الرد بالعيب مع عيب لم يكن في ملك البائع، والدليل على أن الشركة عيب: أنه لو اشترى عبدًا فاستحق نصفه فله أن يرد الباقي بالعيب، ولأن الرجوع في معرفة العيوب إلى أهل التجارة والبصارة وهم يعدون الشركة في الأعيان المجتمعة عيبًا، ألا ترى أن العبد والجارية يُشترى جميعه بالألف ولا يُشترى نصفه مشاعًا بخمسمائة، وأما الشركة في المكيل والموزون فزعم بعضهم: أنها عيب أيضًا، لأن المكيل والموزون وإن كثر فجميعه بمنزلة الشيء الواحد، كذلك الموزون، ولهذا لو اشترى صُبْرة فوجد بطرفها عيبًا فله أن يرد جميعها.

وقال بعضهم: إن الشركة فيها ليست بعيب، وعلى هذا زعموا أن اثنين [٩٩/أ] لو اشتريا صُبْرة فوجدا بها عيبًا فلأحدهما أن يرد نصيبه، والمذهب لهم الأول.

قالوا: وإذا عُلم أن الشركة عيب فقد خرج العبد عن ملك البائع جملة




بلا شركة لأحد، فإذا رد أحدهما نصفه فقد رد مع عيب الشركة فلم يعد إلى ملك البائع، كما خرج عن ملكه، ففات شرط الرد، وإذا فات شرط الرد امتنع الرد.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن هذه الشركة حصلت بفعل البائع فلا يمنع الرد عليه، لأنه يقال: لا بل حصل بفعل المشتري ولئن حصل بفعل البائع ففعله في إثبات الشركة لو منع الشركة من أن تكون مانعة من الرد لكان بسبب أنه صار راضيًا بهذا العيب، وهذا الرضا وإن وجد من البائع، ولكنه رضي بهذا العيب في ملك المشتري لا في ملك نفسه، ورضاه بالعيب في ملك المشتري لا يكون رضا بالعيب في ملك نفسه، كما لو عيب حقيقة بالجناية على المبيع.

وبهذا الطريق اعترضوا على قول مَنْ قال من أصحابنا: إن الشركة مقتضى البيع ولا يمنع الرد، لأن مقتضى البيع هو الشركة في ملك المشتريين لا في ملك البائع والشركة المانعة شركة بين البائع والمشتري.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن البائع لما باع منهما مع علمه أنهما ربما يتفقان على الرد وربما لا يتفقان فقد رضي برد كل واحد منهما عليه.

قال: هذا ليس بشيء، لأن الرضا حقيقة لم يوجد فلو ثبت لثبت بالاستدلال، وإنما يكون ما قلتم دليل الرضا لو لم يتصور موافقة صاحبه إياه في الرد فإذا تصوّر لم يكن بيعه منهما دليلًا على الرضا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنكم منعتم من الرد لدفع الضرر عن البائع

وقد أضررتم بالمشتري بإلزامه ما اشتراه مع العيب.

قال: بلى، ولكن دفع الضرر عن البائع أولى، لأن الذي يلحق المشتري ضرر ينجبر بالأرش والذي يلحق البائع لا ينجبر بشيء، فدفع أشد الضررين أولى، ولأن الضرر الذي يلحق البائع ضرر يلحق من جهة المشتري قصدًا، لأنه يرد عليه النصف قصدًا، والذي يلحق المشتري لا يلحق من قبل البائع قصدًا، بل إنما يلحقه بفقدان شرط الرد أو بعدم مساعدة الآخر إياه، فكان دفع ضرر ثبت قصدًا أولى من دفع ضرر ثبت حكمًا.

قالوا: وأما الذي قلتم إن في منع الرد تعليق استيفاء الحق بشرط ليس في وسعه إيجاده يبطل بما لو اشتريا وشرطا الخيار على أن لا يرد إلّا معًا وعلى أن الخيار لجواز أن يوافقه صاحبه، والرد يمتنع عند عدم الموافقة لفوات شرطه.

۞ **الجواب:**

أما الأول فقد قال كثير من أصحابنا إن في مسألتنا وُجِدَ عقدان.

وزعموا أن العاقد متى تعدد من أحد الجانبين يصير العقد بمنزلة العقدين محسوسًا، ولا فرق بين أن يقول: بعتُ منكما هذا العبد بألفٍ وبين أن يقول: بعتُ من هذا نصفه بخمسمائة ومن هذا نصفه بخمسمائة، ومَنْ سلك هذا منع المسألة التي تعلقوا بها، وقال: إذا باع عبدًا من اثنين يجوز لأحدهما أن يقبل وإن امتنع صاحبه على أحد قولي الشافعي.

واستخرج هذا المنع من مثل هذه المسألة من مخالعة المرأتين، وقال:




على أحد قولي الشافعي يجوز لإحدى المرأتين أن تقبل الخلع، وإن لم توافقها الأخرى كذا في مسألتنا في البيع.

وهو طريقة سقيمة لا يمكن تمشيتها، وَمَن اعتمد عليها فلضعفه في معرفة المعاني، وذلك لأن قوله بعت منكما هذا العبد فالعقد في جانبه، وقوله «بعتُ» وهذه كلمة واحدة من واحدٍ فكيف يتصور عقدان؟ نعم، في جانب المشتري بمنزلة العقدين لتعدد الكلام وتعدد العاقد، وفي جانب البائع واحد ولأنه لو جاز أن يجعل العقد كعقدين لتعدد المشتري جاز أن يجعل كذلك لتعدد المبيع فينبغي لقائل هذا أن يقول لو باع عبدين من واحد وقيمتهما سواء أن يجعل كعقدين وأن يجوز أن يرد أحدهما بالعيب فأي فرق بين أن يقول: «بعتُ هذين العبدين بألفٍ» وبين أن يقول «بعتُ هذا العبد بخمسمائة وهذا بخمسمائة» ولئن ارتكب مرتكب هذا في العبدين فيلزمه في العبد الواحد في النصف والنصف، وكذا في المكيل والموزون لا يرتكب أمثال هذا إلّا مجازف ومنع المسألة المقيس عليها قياسًا على الخلع بعيدٌ جدًّا، لأن البيع تبين في منع الخلع، فإن البيع معاوضة محضة، والخلع معاوضة مشوبة بالإسقاط وفي المطعومات [٩٩/ب] يعتبر تحقيق المقابلة، وتحقيق المقابلة أنه إذا أوجب المماثلة في الكل يقبل في الكل ولأنا إذا جوّزنا لأحد المشتريين أن يقبل في النصف أدّى إلى الإضرار بالبائع لأن للملّاك في الجملة مقاصد، فالبائع إنما رضى بخروج المبيع عن ملكه جملة ولا يجوز أن يبطل عليه تصرفه ومقصوده أصلًا.

والمعتمد من الجواب أن الصفقة وإن كانت واحدة ولكن يجوز

لأحدهما أن يرد لما بينا أن الخيار ثابت لهما وهو حق مشروع فتمكن من استيفائه على وجهٍ لا يؤدي إلى تفويت وإسقاط، ولأن مَنْ قال إن تفريق الصفقة لا يجوز قبل التمام ويجوز بعد التمام مُدّعىً ليس عليه دليل فإذا جاز بعده جاز قبله، ولأنه إذا شرط الخيار في نصف العبد والمشتري واحد، له أن يرد بالاتفاق وإن فرق الصفقة.

وأما الجواب عن الطريقة الثانية وزعموا أنها المعتمد نقول: مُسلّم أن الشركة عيب ولكن الشركة التي كانت قد زالت وهي التي كانت بين المشتريين والذي وجدت بين البائع والمشتري الآخر إنما وجدت بعد الرد فكيف يمنع الرد؟ فإن قالوا: أصل الشركة مستمرة.

يبينه: أن الشركة بين المشتريين زالت إلى مثلها وهي بين البائع والمشتري فصار كأنها لم تزل.

قلنا: الشركة تكون بين شخصين فإذا اختلف الشخصان اختلف الشركة.

وقولهم: «زالت الشركة الأولى إلى مثلها».

قلنا: نعم، ولكن الأولى قبل الرد، والثانية بعده، فالأولى لا تمنع لزوالها، والثانية لا تمنع لعدم وجودها.

فإن قالوا: يمنع الرد حتى لا يثبت عيب الشركة، وهذا لأن الرد معيب للمبيع فالعيب إذا مُنِعَ فالمعيب يمنع منه.

قلنا: الرد لا يعيب المبيع إنما الرد يعيد المبيع إلى ملك البائع ثم الشركة تثبت باختلاف الملكين، ولأن العيب عندكم مانعة من الرد والمعلول




لا يسبق العلة، وهذا جواب في نهاية الاعتماد.

وتبين بهذا الجواب أنه لا مانع، ونقول في تمشية الطريقة الأولى: إن الشرع لما جعل لكل واحدٍ منهما الخيار، وفي إثبات الخيار لكل واحدٍ منهما تمكينه من استيفائه، والعيب مانع من الرد، دلنا ثبوت الخيار أنه لا مانع من الرد بالطريق الذي قدمنا.

وأجاب الأصحاب عن قولهم: «إنه خرج من ملكه جملة».

قالوا: الرد إنما يلاقي ملك المشتري وملكه متفرق فنعتبر جانبه لا جانب البائع، كما لو اشترى اثنان شقصًا ثم جاء الشفيعُ له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لأن أخذه يلاقي ملكه فيعتبر تفرق ملكه لا اجتماع ملك البائع، كذا ههنا.

وبهذا يقع الانفصال فيما لو خَاطَبَ اثنين ببيع عبدٍ فقبل أحدهما حيث لا يجوز، لأن قبول المشتري في هذه المسألة يلاقي إيجاب البائع، وإيجاب البائع جملة فلم يجز التفريق، وفي مسألتنا الرد يلاقي ملك المشتري، لأنه هو الموجود، والرد لا يستدعي إلّا محل الرد، ومحل الرد متفرق فلم ينظر إلى اجتماعه في ملك البائع، وهذه جواب لا بأس بها والاعتماد على ما سبق.

والله أعلم



❊ (مَسْأَلَة):

البيع بشرط البراءة من العيوب باطل في أصح الأقوال[(١)].

وعندهم: البيع صحيح والشرط صحيح[(٢)].

والمسألة مبنية على أن الإبراء عن الحق المجهول هل يصح أم لا؟

عندنا: لا يصح[(٣)].

وعندهم: يصح[(٤)].

❊ **لنا:**

أن المغلب على الإبراء معنى التمليك، ويجوز أن يقال: إن الإبراء

---

(١) مختصر المزني مع الأم: ٢/١٩٨، المهذب ١/٣٨٢، روضة الطالبين ٣/٤٧٠، ٤٧١، المنهاج مع شرحه: ٢/٥٣، وعندهم في المسألة طريقان:
الطريق الأول: أن في المسألة ثلاثة أقوال:
القول الأول: إنه يبرأ من كل عيب.
القول الثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب.
القول الثالث: إنه لا يبرأ إلّا من عيب واحد وهو العيب الباطن في الحيوان الذي لا يعلم به البائع...» اهـ. المهذب: ١/٣٨١.
الطريق الثاني: أن في المسألة قولًا واحدًا: وهو إنه يبرأ من عيب باطن في الحيوان لا يعلم به ولا يبرأ من غيره، ١/٢٨٢، وهو رأي المالكية. الإشراف: ١/٢٧٢.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ٨١، المبسوط ١٣/٩١، البدائع: ٧/٣٠٨٠، ٣٣٢٤، فتح القدير: ٦/٣٩٦، ٣٩٧، رؤوس المسائل: ص ٢٩٦، مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٢٥٧، مختلف الرواية: ورقة ١٥٨/ب.

(٣) المهذب ١/٣٨٢.

(٤) بدائع الصنائع: ٧/٣٠٨٠، ٣٣٢٥.




تمليك مطلقًا فلم يصح في المجهول.

ودليل أنه تمليك: أن الديون في الذمم منزلة في الشرع منزلة الأعيان في الأيدي؛ بدليل ثبوت أصل ملكها مثل ثبوت أصل ملك الأعيان، ولأن الديون في البياعات مثل الأعيان، لأن البيع تمليك مال بمال.

وإذا اشترى عينًا بثمن في ذمته يصح عُلم أنه مال بمال فصار العين مالًا حسًّا، والدَّين مال حكمًا.

يبينه: أنه لو اشترى صاحب الدَّين ممن عليه الدَّين شيئاً بدينه فإنه يصح، وإنما يصح بناء على أنه مال، ويدل على أنه لا يصح تعليقه بالشروط والأخطار مثل التمليكات سواء.

وإذا ثبت أنه مال، والسبيل المشروع في الأموال هو التمليك دون الإسقاط بدليل الأعيان، والجهالة في التمليكات مبطلة للتمليك، وقد دللنا على هذا في مسألة بيع الغائب.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول في مسألتنا حق الرد بالعيب بناء على ملك الجزء الفائت حكمًا واستحقاقه فإذا تعذر الوصول إليه [١٠٠/أ] ثبت رد الأصل وفسخ العقد ليعود إلى رأس ماله الذي كان له فهو بشرط البراءة يبرئه عن حقه في ذلك الجزء وهو مجهول وقد بينا أن الإبراء تمليك فيصير كأنه مَلَكَ جزءاً من عين في ذمته بالعقد واستحق تسليمه إليه، وقد ملكه ذلك الجزء بالإبراء، فبطل لفوات شرط الصحة وهو الإعلام.

أما حجتهم:

قالوا: الإبراء محض إسقاط فيصح في المجهول كالطلاق والعتاق، والدليل على أنه محض إسقاط صحته بلفظ الإسقاط[1].

ويدل عليه: أنه لا يفتقر إلى القبول، ولو كان تمليكًا لم يصح إلّا بالقبول كسائر التمليكات، ولأن التمليك يستدعي شيئاً يملكه والدَّين في الذمة معدوم حِسًّا لا يتصور تمليكه شرعًا، وإنما ثبت لنوع ضرورة فلا تعدو موضع الضرورة، وفي ثبوته ضرورة ثبتت ولا ضرورة في صحة تمليكه فلم يصح، وكان إسقاطًا محضًا وَنُزِّلَ منزلة الطلاق والعتاق فإنه إسقاط محض بالاتفاق.

وقد سلك بعضهم طريقة الشبهين قالوا: هو يشبه التمليك من وجه والإسقاط من وجهٍ؛ فلشبهه بالتمليك لم يصح تعليقه بالغرر والخطر ولشبهه بالإسقاط صح في المجهول.

ومعتمدهم ما بينا من قبل أنه إسقاط محض.

وقالوا: إنما قلنا إن جهالة الساقط لا يمنع صحته، لأن الجهالة في التمليكات غير قادحةٍ لعينها على ما سبق، لكن إنما عملت وقدحت فيه لأنها توقع في منازعة مانعة من التسليم والتسلم، وهذا المعنى يتحقق في الأعيان التي يملكها، فأما الإسقاط فلا يتصور فيها هذا المعنى، لأن الساقط يتلاشى في الحال، وليس بمحل التسليم حتى يكون محل المنازعة فلم تقدح فيه الجهالة أصلًا، وصار الإبراء من هذا الوجه نظير الطلاق والعتاق، وإذا ثبت

(١) ينظر: المبسوط: ١٣/٩٣، فتح القدير: ٦/٣٩٧.

هذا الأصل فنقول في مسألتنا:

إن الثابت للمشتري حق الرد بالعيب وهو بالشرط مسقط هذا الحق وليس فيه تمليك بوجهٍ ما فلم تقدح الجهالة فيه.

وقد قال بعضهم: أنه بشرط البراءة عن العيوب قاصد إلزام العقد، والعقد يعقد على الجواز تارة وعلى اللزوم أخرى، بل الأصل هو اللزوم في البياعات فصح الشرط في هذا الموضع وظهر عمله في لزوم العقد والتحق هذا العقد بالعقد الذي لا عيب فيه أصلًا(١).

وقال بعضهم: إن الرد بالعيب لإلحاق الضرر بالمشتري بغرور البائع إياه فإنه إذا باع الشيء وأطلقه فقد أطمعه السلامة في المبيع فإذا لم يجده ذلك يرد إليه دفعًا لضرر الغرور عن نفسه، ولكن وبال الغرور على الغارّ، وهذا المعنى لا يوجد إذا شرط البراءة عن العيوب أجمع فسقط حق الرد.

۞ **الجواب:**

قد سبق وجه الكلام في المسألة.

قولهم: «إنه إسقاط محض».

لا يصح بالوجه الذي ذكرنا.

قولهم: «إنه يصح بلفظ الإسقاط».

قلنا: هو عندنا كناية عن التمليك، ووجه صحة الكناية فيه أنه لما كان

---

(١) ينظر: المبسوط: ١٣/٩٣.

تمليكه منه يقتضي سقوط الحق وبراءة ذمته منه، استقام جعله كناية عنه.

يبينه: أن الهبة تكون كناية عن الإسقاط في الطلاق والعتاق فكذا الإسقاط والإبراء يجوز أن يجعل كناية عن الهبة.

وأما قوله: «إنه لا تفتقر صحته إلى القبول وأنا لا نسلمه على أحد الوجهين» وعلى أن يعارض على أصولهم، ويقال قد قلتم إن الإبراء يرتد بالرد ولو كان إسقاطًا لم يرتد بالرد كالطلاق والعتاق ثم نقول: إن الإبراء تمليك في حق صاحب الدَّين إسقاط في حق مَنْ عليه، وهذا وجه جيد من حيث النظر إلى المعنى؛ لأن الدَّين مال من الأموال، وإنما ظهر شرعًا كونه مالًا في حق صاحب الدَّين حتى يعتاض عنه ويبذل المال في مقابلته شرعًا، فأما في حقِّ مَنْ عليه الدَّين فليس إلّا إنه يطالب بمال ثم عند إعطائه المال يصير في معنى المملّك لعين من أعيان ماله ابتداءً، فأما بمجرد وجوب الحق عليه فليس يظهر في حقه شيء لم يكن من قبل إلّا بوجه المطالبة عليه بتمليك عين.

وإذا ثبت أن الدَّين مال في حق صاحب الدَّين كان إبراءه تمليكًا منه وإذا لم يكن مالًا في حق مَنْ عليه الدين كان الإبراء إسقاطًا في حقه فاستغنى عن قبوله لهذا المعنى.

وأما قوله: «إن الدَّين ليس بشيء يمكن تمليكه».

قلنا: لما ثبت أنه بمنزلة عين مال في الشرع صح تمليكه، كما يصح تمليك العين.




يدل عليه: أنه إذا اعتاض عنه يكون تمليكًا، كذا إذا وَهَبَه منه أو أبرأه عنه تمليكًا؛ لأن ما يصح تمليكه إذا كان بعوضٍ يصح تمليكه إذا كان [١٠٠/ب] بغير عوض، ثم إذا مَلَكَ سقط عن ذمته؛ لأنه لا يجوز أن يملك شيئًا من ذمة نفسه.

وأما طريقة الشبهين: طريقة مردودة في كل المسائل التي تستعمل فيها، وأهون الكلام عليها المعارضة، ويقال لشبهه بالإسقاط لا يفتقر إلى القبول ولشبهه بالتمليك لا يصح في المجهول.

وعلى أن ما قلناه في تقسيم الإبراء وتفصيله من الجانبين أحسن من طريقة الشبهين؛ لأن تلك الطريقة مدلول عليها من حيث المعنى، وهذه طريقة مبنية على محض التعلق بالحكم.

وأما الطلاق والعتاق فلا يصح قياس الإبراء عليهما، بدليل أنه يصح تعليقهما بالشروط والأخطار بخلاف الإبراء؛ وهذا لأن علة ملك الآدميين في نفسه كونه آدميًا، فإن حريته ومالكيته كرامة، وعلة كرامته آدميته غير أنه عَرَضَ عارض من رقٍ أو نكاح فَمَنَعَ ظهور هذه الكرامة وخفي عملها عليهما فإذا أُسقط الرق بالعتق والنكاح بالطلاق ظهر ما كان ثابتًا في الأصل.

وأما الدَّين في الذمة ليس من هذا القبيل بل هو مال يثبت حقًا للإنسان إلّا إن محله في ذمة الغير فيوفر عليه حكم الأموال وقضيتها.

وإن ألزموا شرط البراءة عن العيب بباطن الحيوان فقد منع في قولٍ[1].

(١) مختصر المزني: ٢/١٩٨ مع الأم، الأم للشافعي: ٢/٦٣.

وعلى أن جوازه كان لوقوع الحرج في إعلامه، لأنه لا يمكن إعلامه إلّا بالوقوف عليه وفي الوقوف عليه حرج عظيم[1].

وقولهم: «إنه قصد بهذا الشرط إلزام العقد».

قلنا: بلى، ولكن طريق إلزامه هو الإبراء منه بعد إعلامه على ما سبق.

وأما قولهم: «إن ثبوت الرد بالعيب بسبب التغرير».

ليس كذلك، والحوالة في فسخ العقد على الغرور شيء بعيد، فإنه ما من تغريرٍ إلّا ويعارضه اغترار، فإنه يمكن أن يقال مغترٌ وليس بمغرورٍ ووجه اغتراره طمعه في السلامة مع جواز العيب، وهذا على أصلهم أبعد فإن التصرية عندهم تغرير ومع ذلك لا يرد على أصولهم.

وأما عندنا فباب الغرور غير، وباب العيب غير، ووجه الرد بالعيب ما بينا وهو أحسن الوجوه معنًى في بيان الرد بالعيب.

وقد ذكر بعضهم طريقًا في هذه المسألة لأصحابنا، وذكرتُ طرفًا منه في البرهان[2]، ونَزّهتُ هذا الكتاب عنه؛ لأني رأيتُ في ذلك تخبطًا في ظلمةٍ ولا يوقف منه على حاصلٍ فآثرتُ طيّه، وفهمُ الفقه والوقوف على المعاني عزيز، والله تعالى أعلم بالصواب.



---

(١) المصدرين السابقين.

(٢) البرهان: كتاب للمؤلف ذكر أنه يحتوي على ألف مسألة خلافية وقد تكلمنا عليه في مقدمة الجزء الأول من هذا الكتاب.

※ (مَسْأَلَة):

الزيادة في الثمن والمثمن بعد لزوم العقد بالتفرق باطلة عندنا(١).

وقبل التفرق على أحد القولين(٢).

وعندهم: صحيحة على الإطلاق(٣).

❖ لنا:

أن هذه زيادة لم تجد محلًا للثبوت فلا تثبت.

دليله: المبيع والثمن في الأصل إذا لم يجدا محل ثبوتهما، وإنما قلنا إنه «لم يجد محل الثبوت»، لأن محل ثبوت المبيع يعرف بأن يقابله ثمن في عقد بيعٍ أو محل ثبوت الثمن يعرف بأن يقابله مبيع في عقد بيعٍ؛ وهذا لأن صفة المبيعية والثمنية لا تكون إلّا بعقد البيع وعقد البيع مقابلة مالٍ بمالٍ ولا يتصور كون المال مبيعًا إلّا أن يقابله ثمن ولا ثمن إلّا أن يقابله مبيع ولا يوجد في مسألتنا للزيادة هذا؛ لأن الزيادة إذا كانت مبيعة فلا يقابلها الثمن؛ لأن الثمن المسمى قد قابل جميع المبيع الذي هو الأصل وملكه البائع فلم يتصور أن يقابله شيء من الزيادة المسماة وإن كانت الزيادة ثمنًا فلا يقابله مبيع؛ لأن

---

(١) المهذب: ١/٣٨٢.

(٢) المهذب: ١/٣٨٢، قال الشيرازي في المهذب والمذهب الأول «وهو القول بصحة البيع إذا كانت هذه الزيادة قبل التفرق؛ لأن البيع لم يستقر فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به.

(٣) الأسرار: ٢/٨٣/أ (مراد ملا).

مختصر القدوري مع الجوهرة ١/٢٧١، مختلف الرواية ورقة ١٥٨/أ. بدائع الصنائع: ٧/٢٣٨١، الهداية مع فتح القدير: ٦/٥١٩.

المبيع المسمى قد قابل جميعه الثمن الذي هو الأصل وملكه المشتري فلم يتصور أن يقابل شيء منه الزيادة المسماة، فعرفنا أن هذا الإيجاب أخطأ محله وإذا أخطأ محله بطل.

يبينه: أن أكل المال بالباطل هو أكله بلا سبب مشروع وقد فاتت المشروعية في مسألتنا في سبب ثبوت المبيع والثمن للزيادة، فكان أكل المال بالباطل؛ وأما إذا زاد في مجلس العقد، فإن قلنا: الخيار لا يمنع الملك المشتري لم تصح الزيادة؛ لأنه يصير الحال بعد التفرق عن المجلس كالحال قبل التفرق، فإن قلنا: إنه يمنع ملك المشتري فإن نظرنا إلى سبق العقد لم تجز الزيادة، فإن نظرنا إلى تراخي الملك عنه يجوز؛ لأن الزيادة قابلت ما هو ملك الغير فاستقام أن يجعل مبيعًا أو ثمنًا فتكون المسألة على وجهين، والتخريج عند التسليم على (وجهٍ الذي قلناه).

۞ **أما حجتهم:**

قالوا: الزيادة في الثمن والمبيع تغير العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع له، والبيع في ملك المتعاقدين فَلِمَ كان تغييره على هذا الوجه.

[١٠١/أ] يبينه: أن التغيير دون الرفع، فإذا ملكا رفع العقد أصلًا، فلأن يملكا تغييره من وصفٍ إلى وصفٍ أولى، وإنما قلنا إنه تغيير من وصفٍ إلى وصفٍ، وذلك أن للبيع ثلاثةَ أوصاف: ربح، وخسران، وعدل، يقال: بيع رابح، وبيع خاسر. وبيع عدل، فالأول: إذا زاد الثمن على المبيع، والثاني: إذا زاد المبيع على الثمن، والثالث: إذا استوى المبيع والثمن، والكل مشروع، فإذا زاد في المبيع أو الثمن فقد تضمنت هذه الزيادة تغيير العقد من

وصفٍ إلى وصفٍ من هذا الوجه فيصح على ما ذكرنا.

وإذا ثبت التغيير ثبتت واستند الثبوت إلى أصل العقد؛ لأن الزيادة لما كانت تغيير العقد فهو وإن غُيِّر في الحال فلابد وأن يستند التغيير حيث كان التغيير للعقد المعقود من قبل، وإذا اسند التغيير لابد من استناد ثبوت الزيادة.

قالوا: وقولكم: «إنه لم تجد الزيادة ما يقابله».

قال: فإذا ثبت الاستناد فقد وجد ما يقابله، وعلى أنه قد قابلها ـ أعني الزيادة ـ ثمن أو مبيع تسمية وصورةً ولو لم يقابلها حقيقة فُيكتفى بهذا القدر في ثبوتها، وهذا كما لو باع ما يساوي ألفًا بألفين فإن الألف الثانية لم يقابلها مبيع حقيقة.

والدليل عليه: أنه يُعدُّ هبةً وتبرعًا بدليل أنه لو أنفق في المرض فإنه يكون من الثلث ومع ذلك ثبت؛ لأنه وجد في مقابلته مبيع تسميةً كذا ههنا.

يدل عليه: أن الحاجة ربما تمس إلى إثبات الزيادة في المبيع أو الثمن، فإنه ربما يكون البائع قد غَبَنَ المشتري أو المشترى غَبَنَ البائع بنوع تدليسٍ وتلبيسٍ، وقد ندم على ذلك فيريد أن يزيل الغبن منه بزيادةٍ إما في مبيع أو ثمن، فإذا وجدنا وجهًا لثبوت هذه الزيادة لم نبطلها، وقد وجدنا على ما قلنا فأثبتنا.

وقد تعلق كثير من مشايخهم بفصل الحَطّ بسبب العيب حيث يجوز ويستند، وتعلقوا أيضًا بتسمية المهر بعد العقد في مسألة المفوضة.

وقد قال بعضهم: إنه إذا زاد في الثمن أو المبيع يصير كأنهما فَسَخَا العقد الأول وجدّدا عقدًا آخر بهذه الزيادة.

قالوا: ونقدر هذا التقدير لتصح الزيادة.

قالوا: وهذا كما لو باع عبدًا من إنسان بألفٍ ثم باع منه بألفين فإنه يصير كأنهما فسخا العقد الأول وجدّدا عقدًا آخر بهذه الزيادة، وكذلك لو قال لغيره: «اعتق عبدك عني على ألفٍ» فإنه يقدر تقدم البيع وَبَنَيَا العتق عليه ليصح، كذلك ههنا.

۞ الجواب:

أما الذي ادّعينا صحيح على ما سبق.

والذي قالوا: «إن الزيادة تغيير العقد من وصفٍ إلى وصفٍ».

لا نسلم، أنه تغيير العقد، بل هو في الحقيقة زيادة في المبيع أو الثمن فحسب.

والذي قالوا: «إن البيع له ثلاثة أوصاف: ربح، وخسران، وعدل».

قلنا: هذه صفات المال، وليست بصفات العقد؛ لأن الربح والخسران لا يكون صفة العقد بحال إنما هو صفة المال، ولئن وصف به العقد يكون على طريق المجاز لا على طريقة الحقيقة وإنما صفة العقد الجواز واللزوم لاغير؛ وهذا لأن الخسران نقصان والربح زيادة، وهذا يوجد في المال دون العقد؛ لأنه سواء وجد ربح أو خسران في العقد فالعقد على وجهٍ واحدٍ لا




يتغير ولا يتبدل، وهذا جواب من طريق المجادلة في غاية القوة والوكادة ويظهر بهذا أن مَنْ نَصَبَ هذه الطريقة على هذا الأصل فهو مجازف.

وجواب آخر:

إنا وإن سلمنا أن هذا تغيير العقد فلا يصح أيضًا؛ لأن العقد انعقد بوصف اللزوم فنقول على هذا: إذا باع عبدًا بألفٍ فقد لزمت مقابلة العبد بالألف ومقابلة الألف بالعبد، ولزوم هذه المقابلة بلزوم العقد فما دام المتعاقدان على العقد فالعقد بينهما لازم، وإذا لَزِمَ العقد لزمت المقابلة الحاصلة بالعقد وفي الزيادة في الثمن أو المثمن تغيير المقابلة فلا يصح؛ لأن لزومها بلزوم العقد يمنع تغييرها وتبديلها، أما رفع أصل العقد فلا مانع فيه؛ لأن العقد حقهما فلهما أن يرفعاه ولهما أن يستديماه، فأما تغيير المقابلة فقد وجد مانع منه وهو لزوم المقابلة بلزوم العقد.

ثم الجواب على التخريج: وهو أن تغيير العقد في ضمن الزيادة، فإذا لم تجد الزيادة محل ثبوتها لم تثبت، وإذا لم تثبت لم تتضمن تغيير العقد، وبيانه: أنه لم تجد محل الثبوت على ما سبق، وتغيير عن ما قلنا من بعد فيقال: إثبات مبيع بلا ثمن أو إثبات ثمن بلا مبيع.

وأما [١٠١/ب] قولهم: «إنه وجد المبيع تسميةً أو الثمن تسميةً».

قلنا: إذا سلمتم أنه لم يوجد حقيقة فصورة التسمية لا يجوز الاكتفاء بها.

ألا ترى أنه لا يجوز أن يسمى الثمن بإزاء خمرٍ، أو بإزاء ميتةٍ أو بإزاء حُرٍّ، ويكون باطلًا؛ لأنه لا يمكن تحقيق المبيعية فيه ولا الثمنية فلغت التسمية.

فأما المسألة التي قالوها: وهي أنه لو اشترى في مرض موته ما يساوي ألفًا بألفين.

قلنا: عندنا على الألفين ثمن حقيقة، فلهذا لو أخذ الشقص شفيع بالشفعة يأخذ بجميع ما سُمّي بإزائه، وكذا إذا وجد بالمبيع عيبًا يسترد جميع الثمن.

فأما الاعتبار من الثلث فليس؛ لأنه ليس بثمنٍ حقيقةً، ولكن اعتبر من الثلث؛ لأنه وإن كان ثمنًا ولكن تسميته أدّى إلى الإضرار بالورثة والمريض ممنوع من الإضرار بالورثة فيما زاد على الثلث سواء كان ضرر بسبب بيعٍ أو سبب تبرعٍ فعندنا كلا الألفين ثمن حقيقة؛ لأن الثمن بدل من حيث التسمية، فأيّ قدر سمّى يكون ثمنًا حقيقة غير أنه لما كان فوق القيمة تضمن الإضرار بالورثة فاعتبر من الثلث لهذا.

وقد قال بعضهم: إن الزيادة مبيع أو ثمن تبعًا فلا يقتضي شيئًا يقابله.

وهذا كلام باطل؛ لأن عندهم بالزيادة تتغير القسمة السابقة ويقابل الزيادة بما يخصه، وإنما ادّعينا أنه لا يقابله شيء؛ لأنه لا يمكن المقابلة فإن مُلْكه لا يقابل مُلْكه.

وأما قولهم: «إن الزيادة استندت إلى أصل العقد».

إنّما يمكن الإسناد بعد أن يمكن إثباته في الحال، وهذه الزيادة لا يمكن إثباتها في الحال على ما ذكرناه، فكيف يحكم بالإسناد فيها؟ وأما تعلقهم بالحَطّ بسبب العيب.

فعندنا: يستند الحَطّ في هذه الصورة إلى أصل العقد لوجود سبب عند العقد يوجب الإسناد، وذلك السبب استحقاق المبيع على وصف السلامة.

وأما في مسألتنا فلم يوجد سبب يوجب الإسناد.

وأما مسألة فرض المهر للمفوضة، فقد أجبنا عنه في مسألة المفوضة في ربع النكاح.

والجملة: أن عندنا ملك البُضع يكون بعوضٍ مقترنٍ بالعقد، ويكون بعوضٍ يتراخى وجوبه عن العقد، فعلى التحقيق لا يقابل المهر بُضعًا مَلَكَه بالنكاح، وإنما يقابل بُضعًا لم يملكه، وإن أرادوا العوض في الهبة فعندنا هو هبة مبتدأة، وليس بعوضٍ حقيقة. وأما قولهم في طريقة المشايخ المتقدمين إنه يصير المتعاقدان كأنهما فسخا العقد الأول وعقدا عقدًا ثانيًا بالزيادة.

فهذا تَمَنٍّ وتَشَهٍّ ومحض وسوسة هذيان، والزيادة تقتضي تقرير المزيد عليه ليصح الزيادة عليه، فكيف يتضمن إبطالها وإسقاطها؟ ثم ثبوت الزيادة والمزيد عليه أصلا، فإذا جعل كذلك فلا زيادة ولا مزيد عليه، ولأن عندهم تصح الزيادة بعد أن تلف المبيع في يد المشتري أو تحدث الثمار على الأشجار في يده أيضًا، وفي هذه الصورة لا يمكن تقدير الفسخ؛ لأن باب الفسخ ينسد عندهم بحدوث هذه الزيادة.

ولأن الحَطّ عندهم بمنزلة الزيادة، والحَطّ يصح لصاحب الحق وحده والفسخ لا يتصور ثبوته إلّا بعد أن يتفق المتعاقدان عليه.

وأما مسألة البيع بألفٍ وإعادته بألفين فهي على أصولهم.

وأما عندنا فالبيع الثاني باطل.

ومسألة التماس العتق بالألف فهي مسألة شاذة خارجة عن الأصول وعلى أن ملكَه سبب العتق عنه، والشيء يجوز أن يتضمن سببه فأما انفساخ العقد الأول وانعقاد عقد آخر فليس بسبب الزيادة حتى تتضمنه، وأيضًا فإن في تقدير البيع تحقيق العتق عنه، وليس في تقدير الفسخ تحقيق الزيادة بل فيه انعقاد العقد على وجهٍ لا يكون فيه مزيد عليه ولا زيادة، فبطل ما قالوه من هذا الوجه، ولم يبق لهم في المسألة شبهة فيه.

والله أعلم



※ **(مَسْألة)**:

إذا اختلف المتبايعان والسلعة هالكة في يد المشتري تحالفا وفسخ العقد بينهما وَرَدّ البائع الثمن وَغَرِمَ المشتري قيمة المبيع[١].

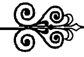
وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا يتحالفان ويكون القول قول المشتري[٢].

لنا:

إن البائع منكر دعوى المشتري فيحلف كالمشتري لما كان منكرًا دعوى

(١) النكت: ورقة ١٤١/أ، المهذب ١/٣٨٩، شرح السنة للبغوي: ٨/١٧١ معالم السنن: ٣/٧٨١.
وهو قول محمد بن الحسن، الأسرار ٢/١٢٠/ب (مراد ملا).

(٢) الأسرار ٢/١٢٠/ب (مراد ملا).
المبسوط: ١٣/٣٠.

البائع حلف، والاستدلال فيهما بقوله ﷺ: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)[1].

وأما دليل الوصف وفيه وقع التنازع أن كل واحد من المتعاقدين يدعي عقدًا غير العقد الذي يدّعيه صاحبه؛ [١٠٢/أ] لأن البائع يدّعى البيع بألفين وصاحبه ينكر ذلك، والمشتري يدّعى الشراء بألف وصاحبه ينكره، وهما غَيرانِ؛ لأنه لا يتصور العقد الواحد بألفٍ وبألفين وإنما يكون العقد بواحدٍ من هذين البدلين على التعيين.

وإذا ثبت أن كل واحد منهما يدّعي عقدًا غير العقد الذي يدّعيه صاحبه ثبت أن كل واحدٍ منهما مُدَّعٍ ومدّعًى عليه، وثبت الحلف، فإذًا ثبت الحلف من الجانبين، كما لو كانت السلعة قائمة.

يدل عليه: أنا أجمعنا على أن كل واحد منهما لو أقام البينة على ما ادّعاه يُسمع وكما لا بدّ في الاستحلاف من منكرٍ كذا في إقامة البينة من منكرٍ تقام عليه البينة ثم البائع لما تحقق إنكاره واعتبر في سماع البينة عليه من المشتري فوجب أن يحقق إنكاره، ويعتبر أيضًا في استحلافه كجانب المشتري مع البائع، والكلام في المسألة في غاية الظهور فلا حاجة إلى زيادةٍ وإطنابٍ.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٢١٨/٤، كتاب الأقضية، من ثلاث طرق: عن أبي هريرة، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جد، وعن عمر بن الخطاب.
وفي إسناده مسلم بن خالد الزنجي تكلم فيه غير واحد من الأئمة.
ورواه البيهقي في سننه: ٢٥٢/١٠ عن ابن عباس.

❁ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بالخبر الذي روينا، وزعموا أن المُدّعى هو البائع على الخصوص والمنكر هو المشتري على الخصوص فتكون اليمين عليه وَلَا يمينَ على البائع وإنما قلنا ذلك؛ لأن البائع يدّعي على المشتري ألفي درهم ثمن العبد والمشتري يُقر بألف درهم وينكر الأخرى فكان منكرًا حقيقة، فأما المشتري يدّعي على البائع العبد، والعبد سالم للمشتري بإقرار البائع ملكًا وَيَدًا؛ لأنهما تصادقا أنه ملكه، وأنه قد سَلّمه إليه وهَلَكَ عنده وليس للمشتري مقصود من البيع سوى الملك واليد، والبائع قد أقر بسلامة ذلك كله للمشتري وليس يدّعي عليه المشتري شيئًا آخر بعد هذا فلم يكن البائع منكرًا للمشتري حقًا بوجهٍ ما، فمن أين تتوجه عليه اليمين؟

قالوا: وقولكم: «إن كل واحد منهما مُدّعٍ عقدًا غير العقد الذي يدّعيه صاحبه». قال: دعوى عقد آخر لا يُسمع من المشتري؛ لأن العقد لا يراد لعينه إنما يُراد لحكمه، وحكم العقد الذي يدّعيه المشتري ليس إلّا الملك واليد وقد حَصَلَ بالعقد الذي أقر له البائع، فالعقدان في تحصيل الملك واليد على المبيع لا يختلفان، ولو اختلفا إنما يختلفان في حق الثمن، والثمن حق البائع لا حق المشتري، فثبت بما قلنا إن المشتري بعقد آخر لا يطلب لنفسه مقصودًا فكانت دعواه غير صحيحة [ألا ترى أن مَنْ أقر لرجل فقال: «له عليّ ألف درهم من ثمن الجارية التي عندي»، وقال الرجل: «الجارية جاريتك ما بعتُكها، ولكن لي عليك ألف درهم قرض أو بدل غصب»، فإنه يأخذه بالألف ولا يلتفت إلى السبب في هذه الصورة وإن اختلفا فيه؛ لأن المقصود ليس




يختلف][1] ؛ لأن الجارية تسلم للمقر في الحالتين وعليه ألف درهم ، وكذلك في مسألتنا ليس يختلف حكم المبيع باختلاف العقدين ، والمشتري لا يدّعي إلا المبيع فسقط دعواه عقدًا آخر.

قالوا: «وأما قولكم: إن بينة المشتري مقبولة».

قال[2]: قبول البينة لا يدل على توجه اليمين على الخصم الآخر ، ألا ترى المودع لو ادّعى ردّ الوديعة أو الهلاك وأقام البينة تقبل بينته ثم لا يحلف المودع بالله ما استرد هذه الوديعة بل كانت اليمين على المودع بالله قد ردّها عليه ، وكان المعنى في ذلك أن الدعوى بصورتها موجودة من المودع فقبلت البينة منه ولما كان[3] المدعي حقيقة هو المُودِع والمنكر حقيقة هو المودَع ولم يحلّف إلّا المودَع ، كذلك ههنا قد وجدت صورة الدعوى من المشتري ، ولكن ليس تجب هذه الدعوى حقيقة بل هي في الحقيقة إنكار لزيادة الثمن وإنما المدعي حقيقة هو البائع والمنكر حقيقة هو المشتري فلا يحلّف إلّا المشتري مثل تلك المسألة سواء.

وهذا لأن الشهود لا يعرفون باطن الأمر وحقيقته ، وإنما عليهم نقل ما ظَهَرَ إلى مجلس القضاء فَقُبِلَ منهم ذلك القدر مبنيًّا على ظاهر الأمر وإن لم يكن له حقيقة ، وأما الأيمان تبتني على حقيقة الإنكار لا على صورة الإنكار ؛ لأن اليمين تجب على الخصم الذي هو عالم بحقيقة الحال فتجب اليمين إذا كان منكرًا حقيقة وإلا فلا تجب.

---

(١) ما بين القوسين نقلا من الأسرار ٢/١٢١/أ (مراد ملا).

(٢) المصدر السابق.

(٣) في المخطوط: كانت.

يبينه: أن البينة متى قامت على الظاهر أفاد قبولها؛ لأنه تثبت مما يدّعيه من حيث الظاهر، وإذا ثبت ما يدّعيه من حيث الظاهر فينتفي عنه ما أنكره من حيث الحقيقة وأما الحلف على الإنكار من حيث الظاهر لا يفيد شيئًا؛ لأنه ينتفي عنه ظاهر من دعوى صاحبه غير أن صاحبه لا يدعي عليه شيئًا حقيقة حتى ينتفي عنه حقيقة، وإنما هو المدعي حقيقة واليمين [١٠٢/ب] ما وضعت للاستحقاق فبقيت يمينه لمجرد نفي ظاهر ولا فائدة فيه.

قالوا: ولا يلزم على ما قلنا الاختلاف قبل القبض والسلعة هالكة بفعل أجنبي وجنايته؛ لأن كل واحدٍ مدعٍ ومنكر.

أما إذا كانت السلعة قائمة وهي في يد البائع؛ فلأن البائع يدعي ألف درهم على المشتري وهو ينكر، والمشتري يدعي على البائع وجوب تسليم السلعة إليه بألف درهم والبائع ينكر وجوب التسليم إلّا بعد قبض الألفين.

وأما بعد هلاك السلعة وهو إذا قَتَلَ المبيع قبل القبض والقاتل أجنبي فالقيمة ههنا قائمة مقام السلعة فيكون البائع أحق بأخذها وحبسها إلى أن يستوفي الثمن فكان منكرًا وجوب تسليم القيمة فيحلف أيضًا.

[قالوا: وأما إذا كانت السلعة قائمة مقبوضة فالقياس ينفي يمين البائع أصلًا على ما بينا لكن تركنا القياس بالحديث المروي عن النبي ـ صلى الله عليه ـ أنه قال: (إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا)[1] والحكم

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ٤/١٠٧، نقلا عن المنذري في مختصره قوله:
«وقد روي هذا الحديث من طرق عن عبد الله بن مسعود كلها لا تثبت، وقد وقع في بعضها إذا اختلف البيعان والمبيع قائم بعينه، وفي لفظ (والسلعة قائمة) وهو لا يصح فإنها من رواية=

الثابت بالنص بخلاف القياس لا يتعدّى إلى غير موضع النص ولم يرد النص بعد هلاك السلعة فبقي على أصل القياس][1].

قالوا: وإن احتججتم بالحديث المطلق فلا حجة لكم فيه ؛ لأنه لا يتناول إلّا حال قيام السلعة ؛ لأنه قال: (ترادّا) أو قال: (ويترادّان).

والرد إنما يكون بعد قبض سابق، والقيمة ما كانت مقبوضة من البائع حتى يردها فعلمنا أن الخبر لا يتناول إلّا حال قيام السلعة، فإنه في هذه الحالة يتصور ردها، إلى هذا الموضع انتهى طريقة أبي زيد رحمه الله[2].

وأما عامة مشايخهم قالوا: الهالك لا يكون محل فسخ العقد عنه، بدليل الرد بالعيب فإنه لو اشترى سلعة هلكت عنده ثم اطلع على عيب بها ؛ فإنه لا يرد بالعيب ويتعين الرجوع بالأرش وكذا في مسألة الإفلاس إذا كانت السلعة هالكة لا يفسخ العقد عندكم.

۞ **الجواب:**

أنا قد دللنا على إثبات كون كل واحدٍ منهما مُدعيًا ومدعى عليه.

والحرف: إن العقد يختلف باختلاف الثمن، والبيع بألفٍ غير البيع بألفين.

= ابن أبي ليلى وهو ضعيف وقيل: أنه من قول بعض الرواة. والله أعلم بالصواب.
ثم نقل عن ابن الجوزي في التحقيق «أحاديث هذا الباب فيها مقال، فإنها مراسيل وضعاف» اهـ.

(١) الأسرار ٢/١٢١/أ (مراد ملا).

(٢) الأسرار ٢/١٢٠/أ، ب (مراد ملا).

وقد قالوا: لو ادّعى أنه اشترى بألف فشهد شاهدان:

أحدهما أنه اشترى بألفٍ، والآخر: أنه اشترى بألفٍ وخمس مئة أو بخمس مئة لم يقبل ومثله في الدَّين المطلق إذا وقعت فيه الدعوى فإنه يثبت ما اتفقا عليه، والكلام من غير الاستشهاد صحيح على ما سبق فلا حاجة بنا إلى الاستشهاد.

وقولهم: «إن دعوى المشتري للعقد بألفٍ غير صحيحة».

قلنا: بل، هي صحيحة؛ لأن التنازع فيما مَلَكَ به العبد واستحقه به فهو إذا ادعى ملكه بالألف صحت دعواه؛ لأنها دعوى مفيدة في المال، وكل دعوى كانت مفيدة في المال فهي صحيحة.

وبيان الفائدة: أنه إذا ثبت ذلك بموافقة صاحبه إياه في ذلك أو بإقامة البينة سقطت عنه دعوى الألف الزائدة؛ ولأنه عند الإقالة أو الفسخ بوجهٍ آخر لا يرجع إليه إلّا بالألف.

وفصل البينة في نهاية الإشكال عليهم؛ لأنه لا يتصور قبول البينة إلّا في دعوى صحيحة.

وأما قولهم: «إن المشتري لا يدعي إلا ملك المبيع واليد فيه وهما سالمان له».

قلنا: بلى، ولكن يدعي سلامتهما له بعقدٍ بألفٍ، وصاحبه يعترف بسلامتهما بعقدٍ بألفين.

وقولهم: «أن السبب لا يُراد لعينه وإنما يُراد لحكمه».




قلنا: نقول أولا: إن الأحكام مبنية على الأسباب فلا يعرض عنها.

وعلى أن دعوى السبب إذا أفاد اعتبر، وقد بينا فائدته في مسألتنا.

وأما المسألة التي أوردوها وهي أنه إذا قال: لك عليّ ألف من ثمن هذا العبد الذي في يدي، وقال الآخر: العبد عندك ولي عليك ألف، فهذه المسألة على أصولهم، وعندنا مالم يوافقه على اعترافه لا تجب له عليه الألف، أو يوافقه هذا الآخر على ما يدعي من ألف القرض أو بدل المتلف، وعلى أن في تلك المسألة لا يمكن إظهار فائدة في ذلك الاختلاف، وههنا قد أمكن، والأولى المنع.

وأما عذرهم عن فصل البينة: فهو في نهاية الوهاء، فإنهم قالوا: «البينة تعتمد الظاهر من الأمور».

قلنا: أولًا يقال لهم: كل ظاهر لا حقيقة له فلا يعتبر به؛ لأنه يكون مجرد صورة لا معنى تحتها فيكون باطلًا، ثم نقول في مسألتنا: المشتري إذا أقام البينة على الشراء بالألف هل يقضي القاضي به أو لا؟ ولابد أن يقولوا يقضي به فإذا قضى القاضي به هل يكون البيع له حقيقة؟ فلابد أن يقولوا إن له حقيقة فإذا قَضَى بحقيقة البيع فقد ادّعى على خصمه [١٠٣/أ] ما له حقيقة فيكون خصمه منكرًا حقيقة.

وأما العذر، فهو أوهى من هذا؛ لأن يمين البائع مفيدة كما أن يمين المشتري مفيدة. ألا ترى أنه إذا حلف البائع سقطت دعوى المشتري وانتفت عنه خصومته مثل جانب المشتري سواء، واليمين ما شرعت إلّا لقطع

المنازعات فإذا وجدنا فائدتها حاصلة من قطع منازعةٍ مسموعةٍ فلابد أن تتوجه اليمين، ثم ينتقض جميع ما قالوه بما إذا كانت السلعة قائمة.

وأما قولهم: «إن في هذه الصورة ثبت التحالف بالنص».

قلنا: لا نص لهم في هذه المسألة، والخبر الذي رووا خبر باطل لا أصل له، والأصحاب رووا في مقابلته: «والسلعة هالكة أو قائمة تحالفا وترادّا» وكلاهما لا أصل له(١).

وإنما القدر المروي ما رواه سفيان عن ابن عجلان(٢) عن عون(٣) بن عبد الله بن عتبة(٤) عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: (إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار)(٥).

ورواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود أيضًا(٦).

وكلا الروايتين مرسل(٧)؛ لأن عون بن عبدالله لم يدرك ابن مسعود(٨)

---

(١) سبق كلام المنذري في المختصر وابن الجوزي على هذا اللفظ في ص: ١٨١.
(٢) أي محمد بن عجلان.
(٣) عون بن عبد الله بن عتبة بن مسعود الهذلي أبو عبد الله الكوفي ثقة عابد، من الرابعة مات سنة ١٢٠، روى له مسلم وأصحاب السنن، ينظر: التقريب ص٢٦٧.
(٤) في المخطوط (عيينة) والتصويب من سنن البيهقي ٥/٣٣٢.
(٥) رواه الترمذي في سننه: ٢/٢٥٤، مع التحفة، باب ما جاء إذا اختلف البيعان، والبيهقي في سننه: ٥/٣٣٢، باب اختلاف المتبايعين، والبغوي في شرح السنة ٨/١٧٠، باب اختلاف المتبايعين، وأحمد في المسند: ١/٤٦٦.
(٦) رواه الدارقطني في سننه ٣/٢٠.
(٧) قاله الترمذي في سننه: ٢/٢٥٤، ٢٥٥ مع التحفة.
(٨) قاله الترمذي في سننه ٢/٢٥٥ مع التحفة، وذكره البيهقي في السنن: ٥/٣٣٢، وينظر:=

وكذلك القاسم[1] بن عبد الرحمن.

وعلى أنه دليل عليهم؛ لأنه ـ عليه السلام ـ قال: «فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار» وهذا دليل على استحلافه؛ لأن مَنْ جعل القول قوله في الدعاوي يكون مع اليمين.

ثم يقال لهم: أنتم لم تلزموا موضع النص لأنكم أجريتم التحالف إذا قَتَلَ العبدُ المبيع قبل القبض والسلعة ليست بقائمة، وأجريتم التحالف بين الوارثين مع فقد المتبايعين، فسقط التعلق بالنص الذي ذكرتموه من هذا الوجه فبقي الإلزام على ما ذكرنا.

وقول مشايخهم: إن الهالك لا يقبل الفسخ.

قلنا: التحالف ليس بفسخ العقد إنما هو لصحة الدعوى من الجانبين ثم إذا تحالفا ولم يكن الأخذ بأحد القولين بأولى من الآخر صار الثمن مجهولًا فبطل العقد من غير فسخ على أحد الوجهين وعلى الوجه الآخر لا يبطل بنفسه، يجوز أن يوافق أحدهما صاحبه بعد الحلف فيفسخ القاضي لتعذر القضاء بإمضاء البيع ولقطع المنازعة؛ لأنه لا يتصور قطع المنازعة إلّا بهذا، وهذا بعد الهلاك جائز، فإنه بعد هلاك السلعة لم[2] اتفق المتعاقدان على فساد العقد بجهالة الثمن يقبل اتفاقهما، كذلك ههنا بعد هلاك السلعة

= النكت للشيرازي: ورقة ١٤١/ب.

(١) القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود المسعودي أبو عبد الرحمن الكوفي ثقة عابد من الرابعة مات سنة ١٢٠هـ أو بعدها، روى له البخاري وأصحاب السنن، ينظر: التقريب ص٢٧٩.

(٢) كذا في المخطوط ولعله «لمّا».

ظهر أن العقد فاسد لجهالة الثمن.

فإن قلتم لم يظهر فقد صار بمنزلته حيث لم يتفقا على ثمن معلوم ولم يعلم أن عقدهما على أي ثمن وقع في الابتداء، وأما مسألة الرد بالعيب فإنما لم يفسخ العقد بعد هلاك السلعة؛ لأن الغرض دَرْءُ الضرر عن المشتري وذلك بالفسخ تارة وبالرجوع بالأرش أخرى فأصلح الجهتين عند قيام السلعة هو رد المبيع وفسخ العقد وأصلح الجهتين عند هلاك السعلة الرجوع بالأرش؛ لأنه أقل للمنازعة.

فأما مسألة هلاك السلعة إذا مات المشتري مفلسًا فليس امتناع الفسخ لما قالوه؛ لكن لأنه لم يجد سلعته بعينها، وهو السبب في الفسخ عند الفلس على ما سنبين في تلك المسألة وفي مسألتنا فالسبب قد وجد من التحالف.

ويرد على طريقة مشايخهم:

إذا باع عبدًا بجارية وهلك أحدهما يصح التفاسخ وهو فسخ على الهالك، فإن قالوا: «إن الهالك تبع للقائم».

فهذا هذيان، فإنا نعلم أن كل واحد منهما معقود عليه، فكيف يكون أحدهما تبعًا للآخر؟، ولئن جاز أن يجعل الهالك تبعًا للقائم؟ فهلا جعلتم القائم تبعًا للهالك فيمتنع التقابل فيهما جميعًا، وليس لهم في هذه الطريقة مستروح أصلًا، واعتمادهم على ما سبق. والله أعلم.



❋ (مَسْألة):

البيع الفاسد لا يوجب الملك بحال عندنا، وسواء في ذلك اتصل القبض بالمبيع أو لم يتصل وهو لغو غير منعقد(١).

وعندهم: يوجب الملك إذا اتصل به القبض(٢)، وهو منعقد على الفساد.

والمسألة تدور على معرفة ما تدل عليه حقيقة النهي:

فعندنا: النهي عن العقود الشرعية يوجب فساد المنهي عنه من غير تفصيل(٣).

وعندهم: إذا كان لمعنىً في غيره لا يوجب فساده، وإذا كان لمعنىً في المنهي عنه يوجب فساده، وزعموا أن النهي عن البياعات التي اختلفنا فيها إنما هو بمعنى في غير المنهي عنه.

❋ لنا:

إن الملك حكم مشروع من قبل الله تعالى فلا يثبت إلّا بسبب مشروعٍ والبياعات الفاسدة التي اختلفنا فيها مثل البيع بالخمر، وبيع [١٠٣/ب] الدرهم بالدرهمين والبيع بشرطٍ فاسدٍ مثل خيار مجهول أو أجل مجهول غير مشروع فلا يوجب الملك، لأن المشروع للعباد بأفعالهم لا يثبت إلا بأفعال مشروعة،

---

(١) النكت: ورقة ١٤٣/أ، المهذب: ٣٥٧/١، المجموع: ٣٦٤/٩.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ٨٥، المبسوط: ٢٢/١٣، فتح القدير: ٤٠٤/٦، رؤوس المسائل: ص٢٨٨.

(٣) قواطع الأدلة ٢٥٥/١، أصول السرخسي ٨٢/١، المغني للخبازي صـ٧٥، فتح القدير ٤٠١/٦

ونعني «بالمشروعية» إطلاق الشرع وإباحته، ولا تعرف المشروعية في عقود المعاملات إلّا بهذا، وإليه أشار قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[1].

ثم الدليل على أن هذه البياعات غير مشروعة ورود النهي عنها، والنهي ضد الإطلاق فلا يكون المنهي عنه مطلقًا وإذا لم يكن مطلقًا فلا يكون مشروعًا.

يبينه: أن النهي يدل على الفسخ والفسخ محظور والمشروع والمحظور ضدان لا يجتمعان.

يدل عليه: أن النهي ضد الأمر فإذا كان الأمر يفيد كون المأمور مشروعًا فالنهي يفيد كون المنهي عنه غير مشروع، ولأن المشروع له درجات فأدنى درجاته الإباحة فإذا لم يكن مباحًا يكون نازلًا عن أدنى درجاته فَنَزَل إلى العدم، هذه كلمات مقولة منقولة مشهورة منشورة وهي قوية لا بأس بها.

ثم وجه التحقيق في المسألة وهو المعتمد: أن البيع لم يعرف بيعًا إلّا بورود الشرع به ولو لم يرد الشرع بالبيع لم يعرف البيع ولم يكن مفيدًا للملك، وهذا أمر لا يختلف فيه الفقهاء وغيرهم، لأن المعاملات كلها سمعيّة بلا خلاف فإذا ثبت هذا فنقول: إن الشرع لم يرد بالبيع إلّا بعوض مخصوصٍ على جهةٍ مخصوصةٍ بشريطةٍ مخصوصةٍ[2].

أما قولنا: «بعوض مخصوص» هو أن يكون مالًا متقومًا.

---

(١) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

(٢) ينظر: قواطع الأدلة للمؤلف، باب القول في النواهي من ل ٣٩ ـ ٤٠.

وقولنا: «بشريطةٍ[1] مخصوصةٍ» فهي جهة الإعلام فلابد أن يكون المبيع والثمن معلومين، وكذلك المشروط فيه من الأجل والخيار فلابد أن يكون معلومًا، وقولنا: «بشريطةٍ مخصوصةٍ» فهي المماثلة قدرًا ويدًا وعينًا في أموال الربا، فإذا باع عينًا من ثوبٍ أو عبدًا بخمرٍ أو خنزيرٍ أو باع درهمًا بدرهمين أو باع بخيار مجهول أو أجل مجهول فلم يأت بالبيع على ما شرعه الشارع، فإذا لم يأت بالبيع على ذلك الوجه فلم يأت بالبيع أصلًا والملك بالبيع لا يثبت إلّا ببيعٍ فإذا لم يكن بيع لم يكن ملك، وهذا كالأنكحة الفاسدة فإنه لما كان النكاح مشروعًا على شريطةٍ مخصوصةٍ في محلٍ مخصوصٍ فإذا لم يأت بذلك على ما شُرِعَ لم يكن إثباته أصلًا، كذلك هاهنا.

فإن قالوا: إن البيع على الإطلاق هو المشروع، وهو معاوضة مال بمالٍ من متعاقدين هما من أهل العقد.

واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾[2] وكل ما سُمّي بيعًا من حيث اللغة يدخل تحت هذا التحليل المذكور.

❁ **والجواب يقال لهم أولًا:** قد وُصِلَ بقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾[3] وبيع الدرهم بالدرهمين ربا، وعندكم هذا عقد مشروع مفيد للملك، ثم نقول: الآية وإن كانت مطلقة لكن قد اتصلت به بيان السُّنة؛ فكأن الله تعالى أحل البيع على ما بينته السُّنة، وهو مثل قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟

---

(١) كذا في المخطوطة ولعله: «جهة».

(٢) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

(٣) سورة البقرة، آية (٢٧٥).

أَيْدِيَهُمَا جَزَآءً بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ﴾[1] لما اتصل بالكتاب بيان السُّنة فكأن الله تعالى أمر بقطعهما بالسرقة على ما بينته السُّنة.

والذي يدل على هذا أنا لا نعرف أن البياعات التي نهيت عنها كانت صحيحة في وقتٍ ما غير منهي عنها، ولو كان الأمر على ما زعموا من الجري على ما يُسمّى بيعًا وتصحيحه بذلك فيقتضي هذا أن هذه البياعات كلها كانت صحيحة ثم نسخت بالنهي عنها، وهذا لم يقل به أحد من الأئمة.

كما أنه لا يعرف وجوب القطع بما يُسمّى سرقة ثم رفع ذلك بتقدير النصاب وشرط الحرز، بل لم يشرع القطع ابتداء بالكتاب إلّا على ما اتصل به بيان السنة، كذلك هاهنا لم يشرع البيع ابتداءً بالكتاب إلّا على ما اتصل به بيان السُّنة.

وقد قال الشافعي في قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟﴾[2] إنه مجمل لا يعرف المراد بظاهره إلّا ببيان اتصل به[3].

ويستدل عامة المشايخ بانتفاء الملك قبل القبض.

واستدلوا: على انتفائه بعد القبض، وقالوا: إن المانع من الملك عند العقد فساده، وذلك موجود بعد القبض فبقي المنع.

واستدلوا أيضًا: بسقوط المسمى، وقالوا: الملك بالبيع لا يكون إلّا

(١) سورة المائدة، آية (٣٨).
(٢) سورة البقرة، آية (٢٧٥).
(٣) ينظر: الأم: ٣/٢.

بعوضٍ فإذا لم يثبت الملك بالعوض المسمى وقد ملكه البائع به وتملّك المشتري به وتراضيا عليه فلأن لا يملك بغيره أولى.

واستدلوا: بوجوب نقض البيع ورد المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو ثبت الملك كان يوجب التقرير، لأن المشروع يقرر إلّا أنه ينقض ولم يجز رد الزيادة، لأنها فوائد حاصلة حدثت على ملكه وملكها ابتداء من ملكه، فكيف [١٠٤/أ] يجب رد الزيادة؟ وهذه فصول إلزامية والتعلق بها قوي جدًا، ولكن الاعتماد على الأول.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: بيع منعقد فيفيد الملك.

دليله: الصحيح، وهذا لأن الانعقاد أمر شرعي يثبت لحكم شرعي وهو الملك فإن البياعات ليست إلّا لإفادة الأملاك، فإذا تحققت البياعات كانت متحققة لأحكامها، قالوا: ولا يجوز أن يقال إن البيع قد ينعقد ولا يفيد الملك كالبيع المشروط فيه الخيار، لأن البيع بشرط الخيار مفيد للملك، ألا ترى أنّ بعد إسقاط الخيار يثبت الملك وثبوته بالعقد السابق إلّا أنه تراخي لمعنىً أوجب تراخيه.

وأمّا عندكم فالبيع الفاسد لا يوجب الملك بحال، ويستحيل أن ينعقد العقد غير موجب للملك بحال، لأنه إن وجد كذلك فيكون البيع حينئذ مُعيّنًا لعينه، ولا يُعنى لعينه إنما يُعنى لحكمه فلم يتصور بيع بلا حكم.

ثم استدلوا على الانعقاد بوجود البيع من أهله في محله، والبيع من أهله

إثبات البيع للملك فإذا صادف محله وصدر ذلك من أهله يثبت قطعًا كذلك هاهنا، والمعنى بالبيع هو الإيجاب والقبول، ومن الأهلية هو أن العاقد عاقل مميّز، وفي المحلية وجود المال من الجانبين.

قالوا: وأمّا النهي الوارد من الشرع فهو الدليل على تحقق البيع، لأن النهي عما لا يتصور سفه وعبث فإن ما لا يتصور لا ينهى عنه، فإنما يتصور النهي عن متكون فأما عن ما لا يكون فلا.

ألا ترى لا يقال للأعمى لا تبصر ولا للآدمي لا تطر، فدل أن النهي عن البيع على تحقق البيع.

قالوا: ولا يقال إنه متصور محسوسًا وإن لم يتصور مشروعًا، لأن البيع بيع بالشرع لا بالحسّ، وكذا الصوم فإن النهي عن البيع ينصرف إلى بيع حقيقة، وكذلك النهي عن الصوم ينصرف إلى صوم حقيقة والذي هو بيع حقيقة بيع منعقد فالنهي عنه دل على تكونه.

يبينه: أن حقيقة النهي لطلب الكف عن الفعل، وحقيقة الأمر لطلب الفعل فإذا لم يَكُفّ وفَعَلَ فماذا حكمه فموقوف على قيام الدليل.

قال أبو زيد في الأصول[1]:

النهي ليس لإعدام الشيء بنفسه في عينه بل هو طلب إعدام الشيء بِكَفِّ العبد عنه، كما أن الأمر ليس بإيجاد الشيء بنفسه لكنه طلب الإيجاد بفعل العبد إياه، وإنما يتصور إعدام الشيء بِكَفِّ العبد عنه إذا كان يتصور وجوده

(١) ينظر: تقويم الأدلة: ورقة ٢٣/ب، (فيض الله أفندي) رقم ٦٩٠.

بفعله، فأما إذا لم يتصور وجوده بفعله لم ينعدم بِكَفِّ العبد عنه.

قالوا: ولأن النهي في مسألتنا لمعنىً في غير المنهي عنه فلا يمنع انعقاد البيع كالبيع وقت النداء والبيع على بيع أخيه، والخِطبة على خِطبة أخيه، ومن غير هذا الباب: الصلاة في الدار المغصوبة والطلاق في حال الحيض.

وإنما قلنا إن النهي لمعنىً في غير المنهي عنه، لأن البيع بيع بما قلنا من وجود الأهلية والمحلية على ما سبق، والنهي ليس لهذا بل لمعنىً وراءه. أمّا البيع بشرط خيار مجهول أو أجل مجهول، والخيار والأجل معنيان وراء البيع، ألا ترى أنه يوجد البيع بلا خيار ولا أجل.

وأمّا بيع الدرهم بالدرهمين، فالنهي لتسمية فضلٍ خالٍ عن العوض وهو أمر وراء البيع.

وأمّا البيع بالخمر والخنزير قالوا: عندنا هما مالان إلّا أنهما ليسا بمتقومين فالنهي لعدم التقوّم وهو أمر وراء العقد، فتبين أن النهي في هذه الصورة لمعنىً في غيره فلم يمنع انعقاده إلّا أنه يفسد البيع في هذه المسائل؛ لأنه وإن كان النهي لمعنىً في غيره إلّا أن ذلك الغير متصل بالبيع، لأن النهي عنه وإن كان غيره إلّا إنه متصل بالبيع على معنى أنه إذا صح يصير حقًا من حقوقه ووصفًا من أوصافه فيسلبُ وصفَ الصحة من البيع، وهذا لأنه فساد في الوصف فيسلب الوصف ولا فساد في الأصل فيثبت الأصل.

وأمّا البيع وقت النداء إنما صح، لأنه نهي بمعنىً في غيره وذلك الغير ليس متصلاً بالعقد، لأنه ليس بوصفٍ من أوصافه ولا حق من حقوقه بل هو

منفصل عنه فلم يسلب الأصل ولا الوصف.

قالوا: فعلى هذا صار النهي ثلاث مراتب:

* نهي عن الشيء لمعنىً في عينه، مثل: النهي عن البيع بالميتة والدم فإنه نهي عنه لفقد المالية في أحد العوضين فيفوت به ركن البيع أو يفوت حدّه، لأن حدّه: مال بمالٍ أو ركنه المالية، وكذا بيع الحر والخمر والخنزير، لأن المالية فائتة في المعقود عليه إذا باع حُرًا، والتقوّم فائت في المعقود عليه [١٠٤/ب] إذا باع خمرًا أو خنزيرًا، ومحل العقد هو المعقود عليه، والمعقود عليه هو البيع فإنما يصلح لمحلية العقد مال عزيز متقوّم شرعًا ويطلب بالعقود عرفًا.

فأمّا المُهان التي لا قيمة له شرعًا لا يصلح محلًا للعقد غير أنه لما كان مالًا في الجملة يصح تسميته عوضًا لينعقد به العقد لا لينعقد عليه، وعلى أن ذكر الثمن عندي غير مشروطٍ لانعقاد العقد فإذا اشترى بالخمر يجعل كأنه ترك ذكر الثمن أصلًا، وفي المبيع لابد من ذكره لينعقد عليه العقد فإذا كان محرمًا صار ذكره كلا ذكر فامتنع انعقاد العقد، وربما يقولون لكونه غير متقومٍ لم يصح إيراد العقد عليه لاستحقاق عينه، ولأنه مال صح ذكره لاستحقاق ما يقابله كالمستحق على أصلهم.

* والمرتبة الثانية في النهي: نهي عن الشيء لمعنىً في غيره ولا يتصل به كالنهي عن البيع وقت النداء وأشباهه فيبقى العقد على الصحة كما لو لم يكن فيه نهي، وعمل النهي في الكراهية.

* والمرتبة الثالثة في النهي: نهي عن الشيء لمعنىً في غيره إلّا أن

ذلك الغير متصل به على المعنى الذي قدمنا فيكون عمله في إفساد العقد لا في منعه أصلًا.

قالوا: وهذه مرتبة الثالثة للنهي أدركناها بلطيف نظرنا ولم تدركوه فأنتم معذرون بالتقصير ونحن مشكورون بالوصول إليه ووجوده، ولا سواء بين معذور ومشكور.

قالوا: وليس كالنكاح الفاسد، بعضهم قال: ينعقد وتملك المنافع بالقبض وهو الوطء، وليس بشيء.

وقال أبو زيد في العذر: أن النكاح غير منهي عنه لعدم الشهادة لكنه مشروط بشرط الشهادة والمشروط قبل الشرط معدوم، وفي مسألتنا البيع منهي عنه على ما سبق.

والأحسن لهم في العذر: إنه لا يمكن الحكم بعقد النكاح، لأن الثابت بالعقد الفاسد ملك حرام، والنكاح بلا حِلّ لا يكون نكاحًا، وفي مسألتنا الثابت ملك اليمين وهو نوعان: حلال وحرام فالملك الحرام كالخمر، وملك الصيد للمحرم، فإذا صح السبب كان ملكًا حلالًا وإذا فَسَدَ السبب كان حرامًا.

وقالوا: أما انتفاء الملك بنفس العقد كان لضعفه بفساده فإذا قوى بالقبض ثبت الملك به كالهبة لما ضعفت قبل القبض لم يوجد الملك وإذا قويت أوجبت، وعلى أن الملك في البيع يكون بعوضٍ، وقد قام الدليل على أن العوض هو القيمة وهي تجب في البيع بالقبض فوقف الملك عليه.

قالوا: وأمّا ضمان القيمة وسقوط المسمى فإنما كان كذلك، لأن الأصل




ضمان القيمة فإن عقود المعاملات على المعادلة، والمعادلة إنما تتحقق بين الشيئين بالقيمة إلّا إنه سقط هذا العوض بالمسمى إذا صح، فإذا لم يصح يعاد إليه.

وربما يقولون: الأصل ضمان القيمة، وإنما أمر بالتسمية لقطع المنازعة، فإذا لم يُسمّ على أمر الشرع به يرجع إلى الأصل.

ثم قالوا: بفصل الضمان نستدل عليكم فإن الضمان ضمان العقد لا ضمان القبض، لأن القبض المأذون فيه لا يوجب الضمان وإذا وجب ضمان العقد ثبت انعقاد العقد.

قالوا: وأما استحقاق فسخ العقد فلفساده.

وأمّا استرداد الزوائد فلانفساخه من الأصل لوجوب رفع الفاسد وحرمة تقريره، إلّا أنّ في الرد بالعيب ضَعُفَ السبب؛ لأنه مجرد فوات جزء ويمكن تلافيه بالأرش[١] فالزيادة منعت الفسخَ وصير إلى الأرش، وفي مسألتنا قوي سبب الفسخ لوجوب رفع الفاسد وحرمة تقريره عليه فلم تمنع الزيادة منه فانفسخ من الأصل، ووجب رد الزوائد كأنها حدثت على ملك البائع.

قالوا: ولأن رد الزوائد لا يدل على فقد الملك كالمريض إذا وَهَبَ جاريةً لإنسان وعليه دين ولا مال له غيرها، وولدت للموهوب ثم مات تسترد مع الولد وقد مَلَكَها الموهوب له، وكذلك مَنْ عليه الزكاة إذا عَجّلَ شاةً من نصاب الغنم وولدت في يد الفقير، ثم عرض عارض منع وجوب الزكاة عند

(١) سبق تعريفه: ١/٦٤٣.

الحول تسترد الشاة مع ولدها وقد مَلَكَها الفقير.

إلى هذا الموضع انتهت هذه الطريقة وتخريج المسائل، وقد بقي فصلان يتعلقون بهما وهما في نهاية الإشكال:

* أحدهما: فصل الكتابة الفاسدة فإنها تفيد العتق عند الأداء والعتق في الكتابة مثل الملك في مسألتنا.

* والفصل الثاني: إذا جامع في إحرامه يفسد إحرامه ويبقى الإحرام على فساده؛ بدليل وجوب المضي وتوجه الأداء ووجوب الكفارة عند ارتكاب المحظور وهو بقاء الإحرام، وسنتكلم على الفصلين مما يحل الإشكال به.

❁ **الجواب** [١٠٥/أ]:

أما دعوى انعقاد العقد فباطل، وما دلوا عليه من وجود الأهلية والمحلية غير كافٍ، بل لابد مع ذلك من عقده على شرط الشرع وهو خلوه عن الأسباب المفسدة وقد سبق بيانه.

والتعلق بالحسّيات ليس بشيء، لأن ما نحن فيه عقد شرعي فيتبع فيه مورد الشرع.

وأمّا قولهم: «النهي عن الشيء يدل على تحقق ذلك الشيء وتكوّنه».

قلنا: نعم، حسًا، فأما شرعًا فلا، ويمكن أن يقال يتحقق لولا الشرع، وقد ذكرنا اعتراضهم على هذا ووجه الخروج عنه أن النهي لطلب الامتناع عن الشيء.

قالوا: «ولا يمكن طلب الامتناع في الشيء إلّا بعد تصور فعل الشيء منه».

فيقال لهم: إنما طلبتم تصحيح النهي عن الشيء معقولًا ومحسوسًا لا مشروعًا فيتبع الحسّ فنقول: قد تصور البيع محسوسًا فتصور النهي وعقد ثم حينئذ ينظر: إلى عمل النهي بحسب ما يدل عليه الدليل فقد دلّ الدليل على أن عمل النهي إعدام المشروعية.

والحرف الوجيز: أن البيع مشروع ومحسوس فمن حيث تحقق النهي معقولًا يعتبر المحسوس ثم كونه مشروعًا يفوت بالنهي فيبقى بيع محسوسًا لا مشروعًا، فلم ينعقد ولم يفد الملك لما بينا أن الحكم المشروع يتبع السبب المشروع هذا جوابه، والجواب الثاني بالتخريج على ما اعتمدنا عليه: وهو إن النهي عن هذه البياعات إخبار عن نفي المشروعية فيها، وبيان أن الشرع إنما شَرَعَ ما وراءها مثل النهي عن بيع الحر ونكاح الأمهات والبنات، وكذلك قوله عليه السلام: (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها...)[1] الخبر.

فإن قالوا: هي كلها نفي إذًا، والنفي غير والنهي غير».

قلنا: بلى، هي في الشرع نفي المشروعية، وهذا لأنا نتبع الدليل، وقد قام الدليل في هذه المواضع إنه عبارة عن النفي فعملنا به، ولا كلام لهم على

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٩/١٦٠ مع الفتح، باب لا تنكح المرأة على عمتها...
ومسلم في صحيحه: ٩/١٩٠ مع النووي، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها...
وأبو داود في سننه: ٢/٥٥٣ مع المعالم، باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء.
وابن ماجة في سننه: ١/٦٢١، باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها.
والدارمي في سننه: ٢/١٣٦، ومالك في الموطأ: ٣/٣٠٢ مع المنتقى، باب ما لا يجمع بينه من النساء، والترمذي في سننه: ٥/٥٥ مع العارضة، باب لا تنكح المرأة على عمتها.
والنسائي في سننه: ٦/٨٠، ٨١، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها.

هذا أصلًا إذا قررنا على ما سبق.

وأما قولهم: «إن البيع نهي عنه لمعنىً في غيره».

فهذا الكلام لا يرد على هذه الطريقة أصلًا، ثم نقول:

النهي عن العقود الشرعية يوجب فسادها في أيّ موضعٍ وَرَدَ على أيّ وجهٍ وَرَدَ من غير تفصيلٍ.

ويقال لهم على قولهم: «إن النهي وَرَدَ لمعنىً في غيره أو لمعنىً في عينه».

لا يتصور ورود النهي عن الشيء لمعنىً في عينه إذا كان يباح جنسه بحالٍ، نعم، في الظلم والكفر، ربما يمكن أن يقال بهذا، وأما العقود التي أباحها الشرع فكيف يتصور أن يقال أنّ النهي يرد لعينها في موضعٍ ما، وعينها مشروعة في مواضع كثيرة؟ فليس هذا بشيء، بل الصحيح أن النهي إذا كان متصلًا بالعقد فلابد من فساد المنهي.

فإن قالوا: إن النهي في مسألتنا للشرط فهو المنهي عنه.

قلنا: لا، بل كلاهما منهي عنه، لأن النبي ـ صلى الله عليه ـ «نهى عن بيع وشرط»، وهذا نص عنهما، ولأن البيع بهذا الشرط منهي عنه، والشرط في البيع منهي، عنه فكلاهما منهي عنه قطعًا.

يبينه: أن النهي عن الشيء يدل على قبحه سواء كان لمعنىً في عينه أو في غيره كذا يدل على الفساد.

فإن قالوا: إنما يدل على القبح بواسطة دليلٍ وهو أن الحكيم لا ينهي

إلّا عن القبيح، وكذلك الأمر يدل على الحُسن بواسطة دليلٍ وهو أن الحكيم لا يأمر إلّا بالحُسن وإذا كان القُبح بواسطة دليل لا يأمر إلّا بحسن ولم يدل الدليل على الفساد بنفسه.

قلنا: نهي الحكيم دليل القُبح في نفسه، وأمر الحكيم دليل الحُسن في نفسه، فيكون دليل الفساد في نفسه؛ لأن القبيح والفاسد في الشرع واحد.

أما المسائل اللازمة:

أما مسألة البيع وقت النداء: فالنهي عن تأخير الجمعة لا عن البيع؛ بدليل أنه لو سعى إلى الجمعة وباع وهو يسعى لم يكره ولم يدخل تحت النهي، ولو اشتغل بعمل آخر سوى البيع دخل تحت النهي، وكذلك في الصلاة في الأرض المغصوبة فالنهي هناك عن شغل أرض الغير لا عن الصلاة حتى لو شغل أرضه بغير الصلاة دخل تحت النهي الذي ذكرنا، في البيع على بيع أخيه، النهي عن إيذاء الغير حتى لو آذى بسبب آخر كان منهيًا عنه.

وكذلك الطلاق في حال الحيض النهي عن الإضرار بالمرأة بتطويل العدة عليها، حتى لو طَلّق قبل الدخول والمرأة حائض لم يكره مع وجود الحيض لعدم الإضرار، ولو طَوّلَ العدة بالطلاق ثم بالمراجعة ثم بالطلاق ثم بالمراجعة كُرِهَ ولا حيض فتبين بانفصال النهي عن هذه الأشياء في هذه المواضع، وانفصال هذه الأشياء عن النهي أن هذه الأشياء غير منهي [١٠٥/ب] عنها حقيقة فلم يوجب فسادها بخلاف مسألتنا فإن الانفصال غير متصور فإذا لم يتصور الانفصال، والنهي إن كان لمعنى شرط الخيار أو الأجل لكن هذا إذا شُرِطَ في البيع صار حقًا منه فيكون الشرط والبيع شيئًا واحدًا والنهي عن




البيع لأجله، والنهي عن البيع عينه واحد، ثم الدليل على الفرق بين مسألتنا وهذه المسائل فساد العقد في مسألتنا وعدم الفساد في هذه المواضع، والذي قال إن الذي نهى عنه متصل بالعقد.

قلنا: قد جعلناه دليلًا عليكم، ثم يقال لهم: هو إن كان متصلًا به على ما قلتم لكن افصلوه عنه لفساده، أو قولوا يبطل الشرط لفساده ويصح العقد كما قلتم في الشروط الفاسدة المشروطة في النكاح.

وقد قال الخصوم في هذه المسألة: إن البيع في مسألتنا فاسد بوصفه لا بأصله، وربما يقولون مشروع من وجهٍ دون وجهٍ وَعَنَوا ما قلنا، والجواب ما سبق، ولا يلزم على ما قلنا الأيمان على المعاصي؛ لأن الأيمان عندنا أسباب الكفارات، والكفارات مؤاخذات، والمؤاخذات تكون بالمعاصي فيكون وجوب الكفارات بالأيمان التي هي معاصٍ أولى، وعلى هذا الظهار يكون سببًا للكفارة بهذه الطريقة، وأما تعلقنا بفصل النكاح الفاسد فصحيح.

وقولهم: «إنه ينعقد».

فباطل؛ لأنه لو انعقد مع الفساد لوجب أن يحل بالطلاق، ولأن النكاح لو انعقد لكان يفيد الحِلّ؛ لأن النكاح يعقد له.

وأما قولهم: «إن النكاح مشروط بشرط الشهادة».

قلنا: والبيع مشروط بشرط خلوه عن الشروط الفاسدة.

فإن قالوا: «الخلو عَدَمٌ والعَدَمُ لا يكون شرطًا كما لا يكون علة».

قلنا: أليس شُرِطَ في النكاح عدم العدة؟ كذا في البيع صح شرط خلوه

عن الأجل المجهول.

قولهم: «إن إثبات الحِلّ لا يمكن».

قلنا: أثبتوا ولا تبالوا، فإن قالوا: بالسبب الفاسد كيف يثبت الحِلّ؟

قلنا: كما جاز ثبوت الملك بالسبب الفاسد فليجز ثبوت الحِلّ به؛ وإلّا فما الفرق؟ وأما فصل الكتابة الفاسدة فهو في نهاية الإشكال.

وقد قال بعض أصحابنا: إن الفساد في الكتابة بفساد العوض، والعوض تبع في الكتابة؛ مثل المهر تبع في النكاح وبيان ذلك:

أن العوض تبع في باب الكتابة، إن السيد لا يعقد الكتابة ليطلب العوض؛ لأنه يمكنه استكساب العبد وتبقية الرق، ولكن الكتابة عقد معقود لمحض حق العبد وإيصاله إلى العتق، وهذا ليس بشيء؛ لأنه كيف يكون العوض تبعًا ويترك ذكره تفسد الكتابة كالبيع بخلاف النكاح، نعم، كان يصح هذا الجواب لو قلنا إن الكتابة لا تفسد، فأما إذا سُلِّم لهم فساد الكتابة بفساد العوض حتى لا يلزم من قبل السيد العقد ويفسخ متى شاء ويثبت غير هذا من أحكام العقد الفاسد منها:

وجوب القيمة بعد أداء العوض المذكور، والندب إلى رفع هذا وإعادته عقدًا صحيحًا وغير ذلك فلا يصح هذا الجواب.

ومن أصحابنا مَنْ قال: إنما يعتق لا بحكم الكتابة الفاسدة بل بحكم التعليق بالصفة؛ لأن عقد الكتابة يشتمل على تعليق العتق بالشرط.

وربما يقولون: لابد منه فمن يجيب بهذا يقول: في الكتابة سببان للعتق:




الكتابة والتعليق بالصفة فإن أمكن إثبات العتق بالكتابة وإلّا أثبتنا بجهة التعليق بالصفة، وهذا أيضًا ضعيف؛ لأنهم يقولون عقد الكتابة جهة معلومة للعتق؛ لأنه عقد لاستحقاق الرقبة واستحقاق الرقبة بالعتق، والعتق بالتعليق جهة أخرى غير هذا الجهة، ولهذا المعنى ثبت في الكتابة من الأحكام ما لا يثبت في التعليق بالصفة؛ من فَكّ الحجر في المال، واستحقاق الأكساب والأولاد، وغير ذلك.

فإن قلتم: إن العقد ليس بكتابةٍ أصلا، فهو خرق الإجماع، ولأن العقد إذا قَبِلَ الصحة قَبِلَ الفساد، وإن قلتم: إن المعقود عقد الكتابة، فالحاصل من العتق يكون بها لا بجهةٍ أخرى، ولأنكم إن قلتم: إن التصريح بالتعليق بالأداء ليس بشرط فعقد الكتابة هو الذي اشتمل على العتق عند الأداء فإذا فسد العقد فسد ما يشمل عليه. وإن قلتم هو شرط فمحال؛ لأن عقد الكتابة إذا كانت معقودة على الرقبة وهو عقد استحقاق الرقبة فمن أين يشترط في الاستحقاق تصريح بالاستحقاق عند الأداء؟ ألا ترى لا يشترط في البيع أن يقول: «على أني أملكه عند البيع وأتصرف عند القبض» ولأنه يصح فسخ عقد الكتابة فاسدًا كان أو صحيحًا، ولو كان العتق بجهة التعليق لم يصح فسخه وليس في هذا الفصل منع.

فإن قلتم: إنه مشروط في عقد الكتابة فيبطل بفسخه.

نقول: هو [١٠٦/أ] مشروط في عقد الكتابة فليفسد أيضا بفساده ويلزمون أيضًا سلامة الأكساب والأولاد وهي مسلمة على ظاهر المذهب، ولأن العتق بجهة الكتابة لا يتصور بدون سلامة الأكساب والأولاد وهذا الجواب ضعيف

أيضًا عند التأمل.

ومن أصحابنا مَنْ اقتصر على مجرد المجادلة وقال: لا جامع بين الكتابة والبيع؛ لأن صحة الكتابة يخالف عقود المعاوضات؛ لأنها في الحقيقة معاوضة ماله بماله وعقد السيد مع عبده، وإذا كان هذا حكم الصحيح فما الظن بفسادها، ولأن الفاسد من عقد الكتابة يفضي إلى حصول كمال المقصود حتى يوجب تقرير الملك في الأكساب ويوجب استتباع الأولاد، ولا يكمل المقصود بالبيع الفاسد بحالٍ حتى لا يتقرر الملك ويجب الرد قال: والحزم هو الاكتفاء بهذا القدر.

وعندي الاكتفاء بهذا الجدال المحض ليس من الفقه في شيء ومَن اقتنع بأمثال هذا في المسائل فهو زائغ عن طريقة المحققين راضٍ[1] من نفسه بما يجهله.

وغاية ما في الباب أن عقد الكتابة مخالف لسائر العقود.

والقياس ألا يجوز، لكن إذا جوّزنا وقَبِلَ وصفي الصحة والفساد يوفر على الصحة مقتضاه وعلى الفاسد مقتضاه كما في السَّلم والإجارات.

۞ والمعتمد من الجواب:

أن الكتابة عقد عتاقة، والعتق مبني في الشرع على أنه يجب السعي في تحصيله ويطلب وجوده بالتمسك بأدنى شيء يمكن التمسك به من وجهٍ ما، ولهذا يُكتفى في سببه ومحله بما لا يُكتفى به في الأملاك.

(١) في المخطوط: راضي.




أما المحل فالدليل عليه: أنه إن أعتق جزءًا من عبدٍ وإن قلّ يسري إلى جميع الأجزاء مع تركه مباشرة العتق إلّا في هذا القدر.

وأما السبب فإن الشرع اكتفى في تحصيله بمجرد القرابة ويعقد من السيد مع عبده في الكتابة وبأداءٍ من ماله إليه في قوله: «إذا أدّيت إليّ ألفًا فأنت حر» واحتمل فيه من الغرر والحظر مالم يحتمله في شيءٍ من المواضع.

وإذا عرف هذا الأصل من العتق فنقول: في الكتابة باشر السبب أعني سبب العتق وأخل بشرط فيجعل الشرط المتروك كالمذكور فيما يرجع إلى العتق كما يجعل السبب المتروك في بعض المحل كالموجود المفعول وإن لم يفعله، فيجعل ههنا الشرط المتروك من إعلام العوض وغيره كالمذكور والمشروط.

وأما سلامة الأكساب والأولاد وَفَكّ الحجر وغيره أتباع في هذا العقد فإذا اعتُبر هذا العقد شرعًا فيما هو الأصل أُلحق به الأتباع.

والحرف: إن الإعراض عن حكم الفساد في الشرع وقع لأجل العتق كما حصل الإعراض عن باقي المحل المعتَق بعضه لأجل العتق وتنبني صحة هذا الجواب بأصلهم فإن عندهم البيع الفاسد لا يوجب الملك بنفسه وإذا أوجب ملكًا يستحق النقض، والكتابة توجب العتق على ما أوجبه الصحيح منها وَوَجَبَ بها عتق مستقر لا يُنقض ولا يُرفع وليس هذه المفارقة إلا إن هذا عتق وهذا جواب حسن جدًا ولا يعرف معنى على الأصلين سوى هذا ولابد في قبوله من فصل نظرٍ وتمام عنايةٍ وتأملٍ عن الجهة الحُسنى والله المعين بمنّه.

وأما فصل الإحرام: فالوطء فيه جناية، وقد أفسد الحج إلّا إن الحج بقاءه فيه منسوب إلى الشرع وهو نوع معاقبة على الجناية وتشديد الأمر على مرتكبها؛ وهذا لأن الإحرام وأداء الحج ابتلاء صعب وكُلفة عظيمة وعبادة شاقة وفتح باب الخروج عنه مساهلة وسدّ باب الخروج تغليظ وتشديد وهو لائق بالجنايات.

وأما الفساد فقد عَمِلَ عمله حتى منع الإجزاء وأوجب استئناف الأداء، والإجزاء في الحج كالملك ههنا فصار فصل الحج حجة عليهم فإن الفاسد لا يفيد الإجزاء بحال فالفاسد ههنا وَجَبَ أن لا تفيد الملك أيضًا بحال.

فقد طالت المسألة جدًا وخرجت عن المشروط في الإيجاز لكنها لما كانت أصلًا في أصول الشرع وقاعدة من قواعده فبلغنا النهاية في التحقيق والكلام على معانيها، وإنما يعرف تعبنا في مثل هذه المسائل وما استخرجنا بلطيف نظرنا مَنْ تبحّر في معاني الفقه وسَبَرَ طرق الأصحاب وَعَرَفَ مغزى كلامهم ومنهاه، فتبين له لطيف صنع الله تعالى معنا في الغوص على هذه الجواهر المكنونة والوقوف على هذه الدرر المختارة وحمدًا لله على توفيقه، والله أعلم.



※ (مَسْألة):

بيع الفضولي باطل عندنا[1][١٠٦/ب].

وعندهم: صحيح[2].

وصورة المسألة إذا باع مال الغير بغير إذنه فعندنا هو باطل.

وعندهم: منعقد صحيح ويتراخى الملك واللزوم إلى إجازة المالك، وكذا الخلاف في سائر العقود.

❖ لنا:

إن البيع عقد تمليك فلا يصح إلّا من المالك، وهذا مستغن[3] عن الأصل وإن احتاج إلى أصل فقياسًا للعقد الموقوف على العقد النافذ اللازم وإنما قلنا عقد تمليك؛ لأن البيع ليس له معنى إلّا إيجاب الملك للمشتري بعوضٍ وإيجاب الملك تمليك، فدل أنه عقد تمليك، ولأن قوله: «بعتُك هذا العبد وملكتُك هذا العبد» واحد؛ وهذا لأن إيجابه لغيره ما ليس له محال وسعي ضائع.

فإن قالوا: هو تمليك موقوف وغير المالك إنما لا يصح منه التمليك الناجز، فأما التمليك الموقوف فيصح منه.

(١) المهذب: ٣٤٩/١، المجموع: ٢٥٠/٩، التهذيب للبغوي: ورقة ٦٣/ب، كتاب البيوع.

(٢) مختصر القدوري: ٢٥٣/١، تنوير الابصار مع حاشية ابن عابدين: ١٠٦/٥، الهداية مع شروحها: ٥١/٦، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٥٠٦/٢، وهو القول القديم للشافعي، ينظر: التهذيب ورقة ٦٣/ب (كتاب البيوع).

(٣) في المخطوط: مستغنى.

۞ والجواب:

إنه باطل سواء كان موقوفًا أو غير موقوف، فإن بطلانه جاء من قبل أنه تمليك ومن ضرورة التمليك وجود الملك له وهذا كالحسيّات فإن من ضرورة النقل الحسي وجود منقول، كذلك في ضرورة النقل الحكمي وجوده ولا منقول، فكيف ينقل موقوفًا أو غير موقوف.

فإن قالوا: إنه تمليك من قبل مالكه لا من قبل العاقد.

قلنا: كيف يكون تمليكًا من قبله وهو لم يعقد ولا عَلِمَ بالعقد وان كان تمليكًا من قبل العاقد عليه فلابد من ولاية له عليه ليملّكَه من قبله ولا ولاية له فلم يبق لجواز هذا العقد وجهٌ ما.

وقد ذكر نوع آخر من الفقه: وهو إن العقد يعقد لحكمه ولا حكم لهذا العقد فلا عقد، ونعني «بالحكم» هو الملك.

والحرف: أن عندهم قد انعقد هذا العقد وليس يتصور انعقاد عقد يتخلف عنه حكمه؛ وهذا لأنه إنما ينعقد لحكمه فإذا لم يكن حكمه لم ينعقد، والأول أحسن.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: تصرف صدر من أهله في محله فينعقد، كما لو صدر من المالك وإنما قلنا صدر من أهله؛ لأنه عاقل مميز، والأهلية بالعقل والتمييز، وإنما قلنا في محله؛ لأن محل العقد هو المال، ومحل العقد هو المال الذي يقبل النقل من مالكٍ إلى مالك.

يبينه: أن العقد إنما يحتاج إلى فاعل يفعله وإلى محل ينفعل فيه، وقد وجد للشيء فاعل يفعله، ومحل ينفعل فيه لابد أن يصير مفعولًا كذا ههنا.

قالوا: ولأنه لو امتنع ثبوت العقد لا يمتنع لحق المالك فلا يجوز أن يمتنع لحقه؛ لأن الذي له هو الملك وحق ملكه أن يُصان عليه وليس في انعقاد هذا العقد إبطال لحقٍ له ولا ترك صيانة لملكٍ له بوجهٍ ما فلم يمتنع انعقاده لحقه.

والحرف: أنا لا نبطل لحقه مالًا يؤدي إلى تضييع حقه.

يدل عليه: أن فيما قلناه عملًا بالدليلين لأنا نقول ينعقد العقد لوجود الأهلية والمحلية، ولأن كلام العاقل البالغ لا يلغى ما أمكن، ونقول لا يثبت الملك للمشتري به صيانة لحق المالك عليه فهذا وجه العمل بالدليلين.

وفيما قلتم إلغاء أحد الدليلين وهو دليل الانعقاد فلا يجوز، وربما يعبرون عن الكلام الأول فيقولون: هو وإن تصرف في ملك الغير ولكن لا ضرر على ذلك الغير في تصرفه فلا يُنقَض ولا يرد، كَمَنْ نظر إلى غلام الغير أو جاريته أو استظل بأشجاره وجدرانه منه وإن تصرف في ملك الغير؛ لأنه لا ضرر عليه في هذه التصرفات فلم يمنع منها لما ذكرنا.

قالوا: وقولكم: «عقد تمليك» بلى، ولكن لا يطلب لجواز عقد التمليك إلّا وجود ترتب الملك على العقد إما في الحال أو ثاني الحال، وههنا يترتب عليه الملك في ثاني الحال إن لم يترتب في الحال وذلك عند الإجازة فجاز هذا العقد وانعقد لانتظار هذا الحكم، وبهذا اعترضوا على قولنا: «إنه لا

حكم لهذا العقد». قالوا: لا، بل حكمه موجود وإن تراخي عين العقد وذلك عند الإجازة من المالك فانعقد العقد لجواز وجود حكمه، وليس من قضية البيع تعقب الحكم إياه بدليل البيع بشرط الخيار للبائع فإنه ينعقد العقد وإن تراخي الملك وعلى أن حكم هذا العقد وَمُوجَبه هو الانعقاد الشرعي ولم يتراخَ(١) عن العقد ثم له موجب آخر وهو الملك، وذلك عند الإجازة وقد بينا جواز تراخيه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن هذا العقد تخلّف عنه محله؛ لأنه لم يتخلّف عنه محله؛ لأن محل الانعقاد كلام المتعاقدين ولم يتخلف وإنما تخلف [١٠٧/أ] الملك ومحله العين وحين يوجد الملك فالمحل موجود.

قالوا: وأما إذا اشترى للغير فعندنا العقد منعقد، وإنما يتكلم فيه إلا أنه ينفذ على العاقد؛ لأنه يوجد نفاذًا عليه حتى إذا لم يجد نفاذًا عليه بأن كان العاقد صبيًا أو محجورًا عليه يقف على مَنْ اشترى له.

وربما يقول: إذا قال: «اشتريتُ لفلان» يقف عليه أيضًا؛ لأنه إذا صرح بذكر فلانٍ لم يجد العقد نفاذًا على نفس العاقد فوقف على إجازة فلان.

وقال بعضهم: في هذه الصورة يلغو ذكر فلان وينفذ على العاقد نفسه؛ لأن المشتري هو العاقد بكل حال على أصولنا.

وقد تعلق مشايخهم بفصل الوصية: بما زاد على الثلث وقالوا: قد وَقَفَ على إجازة الورثة فليقف ههنا على إجازة المالك.

---

(١) في المخطوط: يتراخى.

وتحريرهم معروف.

وزعم بعضهم: أنه إذا جاز توقف أحد شقي العقد على انضمام الشق الآخر إليه جاز أن يقف الشقان على الإجازة كالشاهد لما تقف قوله على وجود شاهد ثانٍ[1] جاز أن يقفا جميعًا على قضاء القاضي.

وقد قال بعضهم: إن العقد يقف على الفسخ فيقف على الإجازة وصورة الوقوف على الفسخ إذا باع بشرط الخيار، والتمسك ضعيف، والاعتماد على الأول.

۞ الجواب:

إن الأهلية والمحلية على الجملة مسلمة لكن وجود الأهلية والمحلية على الجملة إنما يوجب جواز التصرف على الجملة، فأما جواز التصرف من شخصٍ مخصوصٍ في محلٍ مخصوصٍ إنما يبنى على معنىً يختص بهذا الشخص في هذا المحل فإذا لم يوجد لم يجز، ثم يقال لهم: بلى وجد التصرف من أهله في محله ولكن وجد مانع من الجواز وهو عدم الملك للعاقد وهو ليس بمالكٍ ولا ولاية له على المالك ولا نيابة من المالك وعقد التمليك لا يصح إلّا أن يصدر إلّا من أحد هؤلاء الثلاث.

فإن قالوا: لِمَ وهل وقع النزاع إلّا فيه؟

قلنا: لأنه عقد تمليك ومعنى هذا إنه إيجاب الملك وإيجاب الملك من غير المالك محال.

---

(١) في المخطوط: ثاني.

فإن قالوا: إنما يستحيل منجزًا فأما موقوفًا يجوز.

قلنا: عقد إيجاب الملك انعقد عندكم وإذا انعقد تحقق إيجاب الملك به في الحال وإيجاب الملك بلا ملك غير متصور.

فإن قالوا: يُوجبُه في ثاني الحال.

قلنا: إيجاب الملك من غير مالكٍ لا يجوز لا في الحال ولا في ثاني الحال ثم نقول عدم المالكية له مستدام فمنع جواز إيجابه الملك مستدام.

وقولهم: «إن فوات الملك لا يصلح مانعًا».

قلنا: يصلح لما قدمنا.

وقولهم: «إنه لو امتنع امتنع لحقه وهذا التصرف لا يخل بحقه».

قلنا: يجب النظر أولًا إلى السبب وإلى نفس العقد هل يتصور وجوده من هذا العاقد؟ وإلى محل العقد هل وجد في محل حكمه أو لا ؟

وقد بينا أنه لم يوجد واحد منهما في مسألتنا.

وقولهم: «لا ضرر عليه».

قلنا: التصرف على الغير يمتنع وإن لم يتضمن ضررًا عليه كالتبادل بالمثليات التي لا تتفاوت، والمسائل التي أوردوها فليس هي بتصرفات على الإنسان، وعلى أن القياس كان يقتضي أن يمنع منها إلّا إن الشرع جوّز ذلك لدفع الحرج عن الناس، فإن المنع من هذه الأشياء حرج عظيم، وإن منع من أمثال هذا يقتضي ذلك أيضًا المنع من النظر إلى جدار الغير ووجه الغير

ومُماسّة الغير وأمثال هذا في نهاية الضيق وغاية القبح.

والذين قالوا: إن مُوجَب العقد قد يتأخر.

قلنا: لا يجوز أن يتأخر بحال على أصلنا، والأصح من مذهبنا أنّ الخيار لا يمنع ملك المشتري، وعلى أنه إنما يتراخى بتأخير مَنْ يملك تنجيزه، فأما مَنْ لا يملك تنجيزه كيف يملك تأخيره؟.

وقولهم: «إن الانعقاد قد ينجز».

قلنا: الانعقاد ليس بموجب إنما الانعقاد نفس العقد وإنما المُوجَب الملك فحسب.

وأما كلام مشايخهم: واهية منحلّة القوى.

أما الوصية فعلى أحد قولي الشافعي يجوز من الوارث ابتداءً[1] وعلى القول الآخر الوصية بما زاد من الثلث عقد صادف ملكه إلّا إنه تعلق به حق الغير وسقط بالإجازة، وقد وجد هناك عقد تمليك من المالك[2].

وههنا في مسألتنا من غير المالك وإنما تَوَقّفَ أحد شقي العقد على الآخر فليس هناك توقّفٌ إنما يوجد أحد شطري العقد وَيَتمّ بالشطر الآخر وكذا في الشهادة وُجِدَ أحد شطري البينة وَتَتمّ بالشطر الآخر ولا تتوقف.

وعلى أنه إن سلم التوقف فذاك لضرورة، وهي أنه لا يتصور أن يتواجبا

(١) المهذب: ١/٥٨٨.

(٢) النكت: ورقة ١٤٤/ب، المهذب: ١/٣٥٥، المجموع: ٩/٣٤٨، ٣٥٣، وعبر عنه النووي بالأصح، وقال: البيع حرام بلا خلاف وفي صحته قولان مشهوران اهـ.

معًا معًا وإن تصور ففي اعتباره عسر ومشقة فيجوز على التعاقب تسهيلًا [١٠٧/ب] للأمر على الناس.

فأما في مسألتنا فليس في ترك تجويز العقد على مال الغير حرج على أحد.

وقولهم: «إن العقد يتوقف على الفسخ فيتوقف على الإجازة».

فهذيان؛ لأن على الوجه الذي يفسخ يُجاز وَيُلزم، وعلى الوجه الذي لا يتوقف العقد إذا عَقَدَ على المالك لا يتوقف الفسخ على العاقد، وعلى أن ملك الفسخ بعد العقد برضا صاحبه مثل ملك العقد برضا مالكه وصاحب الخيار يفسخ العقد برضا صاحبه فأين الرضا في مسألتنا؟.

ولأن الفسخ صادف محله؛ لأنه يفسخ عقدًا عقده، وأما في مسألتنا فقد أخطأ العقد محله؛ لأنه يوجب ملكًا لغيره، وليس بحاصل له في نفسه وهو محال، والله أعلم.



※ (مَسْألة):

الكافر إذا اشترى عبدًا مسلمًا لم يجز على أحد قولي الشافعي وهو المختار(١).

وفي القول الثاني: يصح ويجبر على بيعه(٢) وهو قولهم(٣).

---

(١) النكت: ورقة ١٤٤/ب، المهذب: ٣٥٥/١، المجموع: ٣٤٨/٩، ٣٥٣، وعبر عنه النووي بالأصح، وقال: البيع حرام بلا خلاف وفي صحته قولان مشهوران اهـ.
(٢) النكت: ورقة ١٤٤/ب، المهذب: ٣٥٥/١، المجموع: ٣٤٨/٩، ٣٥٣.
(٣) الأسرار: ٨٨/٢/أ (مراد ملا) المبسوط: ١٣٠/١٣، رؤوس المسائل: ص٢٩٠.

❁ **لنا:**

أنه بالشراء مكتسب مالكية المسلم فلا يصح شرعًا، كما لو تزوج بمسلمةٍ، وكما لو استرق حرًا يكون استرقاقه باطلًا كذا ههنا، وإنما قلنا إنه مكتسب مالكية المسلم؛ لأنه لم يكن مالكًا فصار مالكًا بشراء.

وأما وجه منع هذا بالإسلام فإن المالكية سلطنة وقهر عظيم ولا قهر ولا سلطنة، فوقها وشرف الإسلام يأبى ثبوت ما هذا سبيلُه للكفار على المسلمين؛ لأن وضع الشرع أن يكون الكفار في قهر المسلمين محسوسًا ومحكومًا، فإثبات المالكية للكافر على المسلم يخالف وضع الشرع فمنعه الشرع.

فإن قيل: الذّل في الملك والملك ولم يحدث بالشراء بل كان موجودًا من قبل.

قلنا: المالكية قد حدثت للكافر على المسلم وإن لم تحدث المملوكية فيُمنع من حدوث المالكية.

يدل عليه: أن الكافر إذا تزوج بمسلمةٍ لا يجوز، والمالكية في النكاح دونها في ملك اليمين بل ملك النكاح في الحقيقة مشترك بين الزوجين.

وأيضًا فإن الملك فيه على نوع تجوّز وليس بملكٍ حقيقة فإذا بَطَلَ نكاح الكافر في المسلمة دفعًا لذلك القدر من مالكية المسلم وقهرها بالاستفراش الحاصل؛ فلأن يُمنع في مسألتنا حقيقة المالكية وقهر المسلم بالابتذال والامتهان والاستعمال من كل الوجوه أولى.

ونستوضح هذه الطريقة بفصل البقاء فإن ملك الكافر لا يُستبقَى على

العبد المسلم دفعًا لقهره عنه وسلطانه عليه فإذا قُطِعَ البقاء مع سهولة أمره فلأن يُمنع الابتداء مع عسر أمره أولى، ويمكن أن يقال أيضًا بيع نهي عنه لمعنىً في المحل فيكون فاسدًا كبيع الحر ونعني بقولنا: «لمعنًى في المحل» هو الإسلام، ودليل وجود النهي أن الكافر لا يُمكّن في شراء العبد المسلم ولو اطلع عليه الإمام مَنَعَه وعزّره والاعتماد على الأول.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: يملك الكافر بيعه فيملك شراءه.

دليله: إذا كان كافرًا؛ وهذا لأن البيع والشراء تصرف واحد فإن البيع يملكه لملك محله والشراء يملكه لتملّك محله فصار بمنزلة تصرف واحد، فإذا مَلَكَ أحدهما يملك الآخر.

والفقه إن قالوا: إن الكافر من أهل الشراء والعبد المسلم محله فهذا تصرف من أهله في محله فلو امتنع لامتنع لأجل حكمه وليس حكمه إلّا ملك الكافر العبد المسلم وهذا حكم مشروع، بدليل أنه إذا أسلم العبدُ الكافر بقي على ملكه إلى أن يبيع ولو كان غير مشروع لانتفى الملك بإسلامه؛ لأن غيرَ المشروع لا يثبت لا ابتداءً ولا بقاءً، ولا يجوز أن يقال إنما لم يزل ملكه لعصمة ملك الذمي؛ لأن المنافي للملك إذا وجد انتفى الملك معصومًا كان أو غير معصوم كالرضاع إذا طرأ على النكاح يبطله، وعصمة النكاح مثل عصمة ملك اليمين أو فوقه ومع ذلك أبطلها الرضاع؛ لأنه منافٍ[1] وفي

(١) في المخطوط: منافى.

مسألتنا بقي الملك، دل أن إسلام المحل غير منافٍ[1] لملك الكافر وإذا لم يكن منافيًا بقي مشروعًا فعرفنا أن ملك الكافر العبد المسلم مشروع.

ويدل عليه: أنه لو مات هذا الكافر جرى الإرث في العبد المسلم جريانه في العبد الكافر ولم يمنع منه إسلامه، ولا يجوز أن يقال إن هذا الملك يثبت حكمًا وبالشراء ثبت قصدًا؛ وذلك لأن الملك وإن ثبت حكمًا ولكن لا يثبت إلّا لأهله في محله، ولولا أن الكافر أهل لملك العبد المسلم والعبد المسلم محل لملك الكافر إياه وإلّا لم يثبت هذا الملك، وإن كان ثبوته بطريق الحكم، وهذا لحقيقةٍ وهو أن ملك العبد بعد شراء الكافر إياه هو الملك [١٠٨/أ] الذي كان ثابتا من قبل ولم يحدث بالشراء في المحل ملك أصلًا وإنما تبدلت الإضافة فإلى الآن كان الملك مضافًا إلى المسلم والآن هو مضاف إلى الكافر، وهذه الإضافة لا يأباها الشرع لما بيّنا من المسألتين.

قالوا: وخرج على هذا النكاح فإنه يحدث في المحل ملكًا لم يكن ثابتًا من قبل فشرف الإسلام منع منه، كما يمنع الاسترقاق ابتداءً.

وربما يقولون: كان منع النكاح بالنص غير معقول المعنى، والنص قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟...﴾[2] فلم ينظر: إلى الأهلية والمحلية مع وجود النص، وأما في مسألتنا لا نص يمنع منه وقد بيّنا وجود الأهلية والمحلية فثبت الملك ولم يمنع منه شيء.

قالوا: وأما وجوب البيع في البقاء مثل النهي عن الشراء في الابتداء

(١) في المخطوط: منافى.
(٢) سورة البقرة آية (٢٢١).

والسبب في ذلك أن الملك سبب للاستخدام، والاستخدام استذلال حسًا، والكافر يمنع من استذلال المسلم.

وربما يقولون: لو أبقينا هكذا ربما يستعمله فيما لا يحل غيظًا منه عليه لأجل دينه فيقصد الانتقام منه، وكذا في المصحف يقصد الاستهانة به بالشرع أوجب بيعه وقطع ملكه عنه لهذا المعنى، فأما أصل الملك فلا مانع منه، وقد قام دليل الثبوت على ما سبق فحكم بثبوته.

وحرفهم: أنه لا دليل في الابتداء على منع الملك فصح الشراء وثبت الملك وقد قام الدليل في البقاء على وجوب القطع فوجب القطع بالبيع، وربما يقولون: لو كان في نفس الملك ذلٌّ وَجَبَ أن لا يجوز للمسلم شراؤه، ولأنه كما يمنع الكافر من استذلال المسلم فيمنع المسلم أيضًا من إذلال المسلم، وفي الخبر «ليس للمؤمن أن يُذل نفسه...»[1] فثبت بهذا أنه ليس في نفس الملك ذِل فبقي الذّل في الاستخدام فوجب قطع سببه بالبيع.

قالوا: ولا يدخل على هذا أن يقال إنه يحال بينه وبينه لئلا يستخدمه؛ لأن الحيلولة مع وجود ملك المنافع لا يجوز فلم يبق إلا قطع السبب برفع الملك بيعًا حتى لو كاتبه يُترك على ملكه؛ لأن عقد الكتابة مزيل ملك المنفعة ولا يبقى معه إلا ملك الرقبة، وأيضًا بالكتابة تؤول أمره إلى العتق فيكون خيرًا له من بيع يبقيه في الرق.

---

(١) رواه ابن عدي في الكامل: ٥/١٧١.
قال ابن عدي: فيه عمر بن موسى بن سليمان أبو سليمان أبو حفص الحادي الشامي بصري ضعيف يسرق الحديث ويخالف في الأسانيد... اهـ.
وذكره أبو نعيم في الحلية: ٨/١٠٦.

ثم قالوا: ليس فيما إنه لا يبقى ملكُه ما يدل على أنه لا يثبت كما نقول في ملك الابن أباه فإنه لا يبقى للابن عند شرائه إياه ومع ذلك ثبت ابتداءً.

وقد حرروا وقالوا: بيع نهي عنه لمعنىً في غيره فلا يمنع انعقاده.

دليله: البيع وقت النداء، والبيع على سوم أخيه.

وإنما قلنا: نهي عنه لمعنىً في غيره وهو أن البيع سبب لملك الاستخدام والاستخدام معنىً غير البيع.

وقيل: إنما نهي عنه؛ لأنه يوجب طاعة الكافر على المسلم وهذا حرام؛ فنهى عنه لهذا المعنى وهو معنى غير البيع مثل الأصول التي ذكرناها فلم يوجب فساد البيع.

۞ الجواب:

أما قياس الشراء على البيع، فقياس باطل؛ لأن أحدهما مأمور به والآخر منهي عنه، وقياس المأمور به على المنهي عنه في إثبات التسوية بينهما في الجواز قياس فاسد، ثم هو خارج على ما ذكرنا؛ وذلك لأن البيع رفع مالكية المسلم والشراء إثبات مالكية المسلم وشرف الإسلام داعٍ إلى رفع المالكية مانع من إثبات المالكية، ويدخل على فصل البيع فصل النكاح فإن طلاق الكافر المسلمة صحيح إذا أسلمت المرأة ثم طلقها زوجها ونكاحها باطل، وكان المفرّق ما ذكرنا، قولهم إن أحدهما رفع النكاح والآخر إثباته، كذلك ههنا.

وأما قولهم: «إن أهلية البيع ومحلية المبيع قد وجدت».

قلنا: قد ذكرنا على هذا وجهًا من الكلام بطريق المجادلة.

يبينه: أن الكافر لا يجوز إذا تزوج بمسلمةٍ مع وجود الأهلية والمحلية على ما زعموا لكن نُظر وراءه إلى معنىً آخر يتصل بالمحل والعاقد على الخصوص كذا ههنا ينظر: وراء الأهلية والمحلية إلى معنىً يتصل بالعاقد والمحل على الخصوص، وقد ذكرنا أن الكافر ليس بأهل المالكية العبد المسلم ولا العبد المسلم محل لمالكيته.

وقولهم: إن ملك الكافر العبد المسلم مشروع.

قلنا: من حيث الكسبية فلا، وهو كالصيد فإن ملك المحرم إياه مشروع في الإرث ولكن من حيث الكسبية فلا، وكذا في نكاح الكافر المسلمة في الجملة مشروع بدليل أن زوجة الكافر إذا أسلمت بقي النكاح عندنا إلى انقضاء الأقراء[1]، وعندكم حتى يعرض الإسلام على الآخر فيأبى ويفرق [١٠٨/ب] بينهما[2]، وإذا كانا في دار الحرب يبقى النكاح وإلى انقضاء الأقراء، ثم كون النكاح مشروعًا في هذه الصورة لا يدل على أنه مشروع كسبًا كذلك ههنا.

ثم نقول إذا أسلم العبد الكافر إنما بقي ملك الكافر بعصمة حقه وإذا قلنا يزول الملك، أبطلنا حقه وعصمة حقه تمنع إبطال حقه.

وقولهم: «إن المنافي إذا وجد ينتفي الملك وإن كان معصومًا».

قلنا: لا نقول إن الشراء لا يصح لأجل المنافاة بل لما بيّنا من المعنى

---

(١) روضة الطالبين: ٧/١٤٢، ٢٤٣، النكت ورقة: ٢٠٧/ب، ٢٠٨/أ.

(٢) البحر الرائق: ٣/٢٣٠.

وذلك لا يوجد إذا أسلم العبد في ملك الكافر؛ لأنه لم يوجد من الكافر كسبه ونظيره: المحرم إذا اشترى الصيد لا يصح؛ لأنه اكتساب مالكية، وإذا أحرم وفي ملكه صيد بقي على ملكه؛ لأنه لا اكتساب، كذلك ههنا.

وإذا ثبت بقاء العبد على ملكه فإذا مات وَرِثَه وارثُهُ؛ لأن ملك الوارث بقاء على ملك المورث حكمًا كأنه استديم ملك المورث ولهذا يرد الوارث على بائع موروثه، ولهذا نحن نقول: إن حول الوارث ينبني على حول المورث فإذا كان الملك بمنزلة المستدام دون المتجدّد لم يمنع منه الإسلام بخلاف ملك المشتري، والدليل على هذا الفرق فصلُ الصيد ولا فرق إلّا هذا.

وقولهم: «إن الملك بعد الشراء هو الملك قبل الشراء».

قلنا: بلى، ولكن المالكية متجدّدة فكما أن استرقاق الكافر المسلم يمنع منه لتجدّد المملوكية فشراء الكافر العبد المسلم يمنع أيضًا لتجدّد المالكية؛ وهذا لأن المالكية نهاية في العِزّ والمملوكية نهاية في الذّل، والإسلام كما أنه مخيل في نفي مذلة المسلم فالكفر مخيل في نفي إعزاز الكافر فإذا لم يجز إذلال المسلم بتجديد المملوكية للكافر لا يجوز إثبات العِزّ للكافر بتجديد المالكية للمسلم، وهذا في نهاية الاعتماد وعلى غاية الظهور.

وقولهم: «إنه لا يمنع الإسلام ملك المسلم إياه».

قلنا: كان ينبغي أن يُمنع إلا إنه تُرِكَ ذلك بالإجماع واحتمل هذا الذّل في حق العبد المسلم لكنه أهون من الذّل الذي يقع بملك الكافر إياه،

ولا يحتمل الأعظم باحتمال الأهون، وهذا كما أنه يجوز نكاح المسلم المسلمة؛ لأنه أهون الذِّلينِ، ولم يحتمل نكاح الكافر إياها قياسًا عليه؛ لأنه أعظم الذّلينِ فلم يحتمل قياسًا على الأهون كذلك ههنا.

وأما اعتذارهم عن منع بقاء الملك بفصل الاستخدام.

قلنا: ذِل الملك فوق ذِل الاستخدام؛ وهذا لأن الاستخدام يجري فيه التباذل بين الأحرار ويكتسب الإنسان به صفة السِّيادة على ما قيل: سيد القوم خادمهم، والملك نهاية الذّل وغاية القهر وبهذا الطريق صَلُحَ ضرب الرق عقوبة على الكافر، فَمَن ادعى أنه ليس في نفس الملك ذِل، أو قال: في الاستخدام ذِل فوق ذِل الملك فهو ضعيف العقل قليل البصيرة، وعلى أنا سلمنا إن الذِّل في الاستخدام فملك المحل سبب ملك الاستخدام وأسباب المعاصي واجب قطعها مأمور به ردها ودفعها.

وأما فصل شراء الأب فحرمة الأبوة إنما لم تمنع منه؛ لأن الشراء مجازاة عندنا بنص الرسول ـ عليه السلام ـ وهو قوله: «لن يجزئ ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقَه»(١).

فجعل الشراء مجازاةً للأب، ومجازاة الأب على حقه كيف يمنع منه؟

---

(١) رواه مسلم في صحيحه: ١٥٢/١٠ مع النووي، باب فضل عتق الوالد.
والترمذي في سننه: ١١٨/٣ مع التحفة، باب في جاء في حق الوالدين.
والطحاوي في مشكل الآثار: ١٤١/٢.
وأبو داود في سننه: ٣٥٠/٥ مع المعالم، باب في بر الوالدين.
وابن ماجه: ١٢٠٧/١، باب بر الوالدين.
وأحمد في مسنده: ٤٤٥/٢، ٢٣٠، ٢٦٣، ٣٧٦، ٤٤٥.
وكلهم يروونه بلفظ: «لا يجزئ...».

وإنما صار مجازاة بالنظر إلى ما يؤول إليه.

وعندكم: هو إعتاق فصار الشراء وإن كان محسوسًا اكتساب مالكية الأب، إلا إنه من جهة الشرع مجازاة للأب على حقه فاعتبر الشرع ولم يتصور المنع منه، فأما هذا فهو اكتساب مالكية المسلم على ما سبق.

وبعضهم قال: الشراء وإن أوجب الملك لكن احتمل الملك لأجل العتق الذي يؤول إليه، كما يحتمل الجَرح لما يؤدي إليه من العافية.

والأول أحسن، ولم نعتمد على الصيد ابتداءً؛ لأن بيعه لا يجوز لكن لا اعتماد على ما ذكرنا في أثناء المسألة.

وهم قالوا: لحرمة عينه بنص الكتاب لم يجز بيعه، أو لأنه آمن وفي الشراء تعرض له بتخويفه، والصيد في موضع إلزامنا عليهم واقع.

والله أعلم بالصواب.



❋ (مَسْأَلَة):

بيع لبن الآدميات جائز عندنا[1].

وعندهم: لا يجوز[2].

ومرجع الخلاف إلى أنه مال أم لا؟

---

(١) النكت: ورقة ١٤٤/أ، المجموع: ٢٤١/٩، الروضة: ٣٥٣/٣.

(٢) الأسرار ورقة: ٨٩/٢/أ (مراد ملا).
بدائع الصنائع: ٣٠١١/٦، رؤوس المسائل: ص٢٦٥.

فعندنا: هو مال.

وعندهم: ليس بمال.

لنا:

أن المال ما خُلِقَ بذلة لمصالح بني آدم واللبن بذلة لأصلح المصالح.

أما بيان المصلحة: فلأن فيه مصلحة الأطفال.

وأما بيان الأصلح: لأنه لا يقوم غيره مقامه وإذا كان بذلة في [١٠٩/أ] مصلحة الآدمي بل فيه أصلح كان مالًا، وإذا كان مالًا يجوز بيعه؛ وهذا لأن البيع نوع رغبة في الشراء إلا أنه رغبة ببذل عوض في مقابلته فكل ما صحت الرغبة إليه لقيام مصلحة به صحت الرغبة إليه بعوضٍ وغير عوضٍ، والمعنى بالصحة صحة الرغبة إليه شرعًا.

يدل عليه: أن الرغبة إليه صحيحة في الإجارات فإنه إذا استأجر ظئرًا لترضع ولده فإنه يجوز، وهذه رغبة شرعًا إلى اللبن بعقد معاوضة؛ لأن الرضاع لا يكون إلا باللبن فلما صحت في ضمن عقد الإجارة صحت مفردًا بالشراء كالحبر في الكتابة والصِّبغ في الثوب.

وأما حجتهم:

قالوا: ليس بمال؛ أنه جزء من الآدمي، والآدمي لا يكون مالًا فأجزاؤه لا تكون مالًا؛ وهذا لأن الآدمي خُلِقَ لتكون الأشياء له لا يكون هو لشيء غيره إلا في العبودية لله تعالى، فإنهم خُلِقُوا ليكونوا عبيدًا لله تعالى؛ وهذا لأنه محترم مكرم بحرمات الشرع وكراماته، ومن حرمته وكرامته أن لا يكون

مالًا هو ولا شيء من أجزائه، فإن المالية في الشيء مشعرة بالابتذال والامتهان والابتذال والامتهان ضد الاحترام والإكرام.

والحرف: أن المال بذلة والمبتذل مهان وكرامة المحل وشرفه بكونه آدميًا يمنع هذه الإهانة.

وأما الدليل على الجزئية في اللبن أنه عين خُلِقَ منها فيكون جزءًا لها كالولد، وقد دلت على الجزئية في الولد قوله ـ ﷺ ـ لفاطمة «إنها بضعةٌ مني»[1]، ولأن اللبن له حكم الماء بدليل ثبوت حرمة الرضاع به والماء جزء من الآدمي فكذا اللبن، والدليل على أن الماء جزء منه إنه سلالته، السلالة من الشيء جزء يستل منه فثبتت الجزئية بهذا لطريق، وإذا ثبتت الجزئية فانتفت المالية.

قالوا: وأما الانتفاع جاز للضرورة، كما يجوز الانتفاع بالميتات للضرورة والضرورة حياة الأطفال، فإنه لا حياة لهم إلا بألبان الأمهات ولئن غُذّوا بغير ألبان الأمهات هلكوا في أغلب العادات.

قالوا: حتى إنه لو وقعت الغُنية حرم الإرضاع، ولا يحل للرجل شربه وليس كالمنافع من الأحرار؛ لأنها ليست بأجزاء لهم ولا يتصور ثبوت الجزئية في المنافع؛ لأن الأجزاء من الأعيان أعيان، ومن الجواهر جواهر إنما المنافع مخلوقة في الأشياء تظهر بطريق الانتفاع بها من غير أن تكون أجزاء بها.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٩/٣٢٧ مع الفتح، ومسلم في صحيحه: ١٦/٦٠٢ مع النووي، باب فضائل فاطمة رضي الله عنها.

قالوا: وعلى هذا لبن الأمة لا يكون مالًا أيضًا؛ لأن في الأصل ليست مالًا ولا خلقت مالًا، وإنما صارت مالًا بعارض الرق ولا رقّ في اللبن فبقي غير مالٍ على ما خُلِقَ عليه الشخص في الأصل.

قالوا: وأما الإجارة فهي دليل عليكم؛ لأن ما يستحق بعقد الإجارة لا يجوز بيعه، دليله: المنافع، ثم قالوا: لا يسلم أن عقد الإجارة يتناول اللبن إنما يتناول الحضانة إلا أنا لا تمكن إلّا باللبن فكأنه آلة لما وقع عليه عقد الإجارة وهو كالأصابع للخياط فإنها آلة الخياطة إلا أن عقد الإجارة وَقَعَ عليها، كذلك ههنا، فلم يجز الاستدلال بعقد الإجارة؛ لأنه إنما يصح الاستدلال بها أن لو تناول عقد الإجارة اللبن فإذا لم يتناولها بالطريق الذي قلنا بطل التعلق به.

الجواب:

أما قولهم: «إن اللبن جزء من الآدمي فلا يكون مالًا».

قلنا: يجوز، إن نازعوا في هذا، فيقال: ليس بجزء؛ لأن الجزء من الجملة من حقه أنه إذا فصل من الجملة لا تبقى الجملة على ما كانت كالواحد لما كان جزءًا من العشرة إذا فصل عنها لا تبقى العشرة، بل هو شيء مُودَع في ثديها كالولد مُودَع في بطنها مثل ثوب في عيبة[1] وحنطة في جراب فلا جرم لا يكون الثوب جزءًا من العيبة ولا الحنطة جزءًا من الجراب[2]، وقوله - عليه السلام - لفاطمة «إنها بضعة مني»[3] معناه «إنها ابنتي».

---

(١) العيبة: زبيل من أُدم، وما يجعل فيه الثياب. القاموس مادة (العيب).

(٢) الجراب: وعاء من أوعية حفظ الطعام. القاموس مادة (جرب).

(٣) سبق تخريجه في ص٢١٦.




وأما الماء فكذلك ليس بجزءٍ من الإنسان إنما هو شيء مخلوق في صلبه ليخلق منه الولد وَتُنَزِّله الشهوة وَتُحلله، فأما أن يكون جزءًا حقيقة فلا، كما بيّنا، ولئن سلمنا إنه جزء نقول: فلم قلتم لا يجوز أن يكون مالًا؟ وليس لهم تعلق إلا بالجملة؛ لأنهم يقولون جزء من الجملة فصار كالجملة.

قلنا: إنما لم تكن الجملة مالًا لمعنىً لا يوجد في اللبن، وذلك المعنى هو صفة الحرية والكرامات والحرمات التي تعلقوا بها كلها مبنية على قاعدة الحرّية، فإنه لما خُلِقَ حرًا لم يكن مالًا، والحرية هي المضادة للمالية الآدمية، فإن العبد إذا صار مالًا ذهبت الحرية عنه وبقي كونه آدميًا على ما كان فإذا لم يكن مالًا لكون حرًا فكل [١٠٩/ب] محل كان محل الحرية لم تتحقق فيه المالية، ومالا يكون محلًا للحرية تتحقق فيه المالية بعد أن يكون بذلة لمصلحةٍ واللبن ليس بمحل الحرية ولا هو محل الرق، وقد سلموا هذا على ما ذكروا في لبن الأمة وإذا لم يكن محل الحرية صح وصفه بالمالية، وهذا جواب معتمد.

وقولهم: «إن الانتفاع للضرورة».

قلنا: الضرورة التي تعتبر في الميتات لا يمكن تحقيقها في مسألتنا فإنا أجمعنا على أن جواز الرضاع باللبن لا يقف على خوف الهلاك وإنما الموجود حاجة عامة والمعدّ لحاجةٍ عامةٍ أو لمصلحةٍ عامةٍ يجوز وصفه بالمالية.

دليله: سائر الأطعمة؛ وهذا لأن اللبن طعام الأطفال وهو كطعام الرجال أو نوع غذاء فهو كسائر الأغذية.

وأما الاستشهاد بفصل الإجارة فلا بأس به، فإن الإجارة عندنا نوع بيع

فكل ما يستحق بالعقد فالعقد متناول إياه، واللبن مستحق بعقد الإجارة.

وقولهم: «إن العقد إنما يتناول الحضانة».

قلنا: نصوّر فيما إذا استأجر امرأةً لترضع ولده والرضاع لا يكون إلا باللبن وإن نصّ على الحضانة فهي مشتملة على الرضاع باللبن.

وقولهم: «إنه آلة الحضانة كالأصابع للخياطة».

هذا تشبيه بعيد؛ لأن الأصابع غير مستحقةٍ بعقد الخياطة بخلاف اللبن فإنه مستحق بعقد الحضانة. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

بيع الكلب باطل عندنا[1].

وعندهم: يجوز بيع الكلب المنتفع به باصطياد أو حراسة زرع أو ماشية[2].

لنا:

حديث أبي[3] مسعود الأنصاري أن النبي ﷺ «نهى عن ثمن الكلب

---

(١) النكت: ورقة ١٤٤/أ، المهذب: ١/٣٤٧، الروضة: ٣/٣٤٨، الحاوي: ٥/٣٧٥.
وهو قول الحنابلة وقول الإمام مالك في الموطأ، المغني: ٧/٣٥٢.
قال ابن قدامة في المغني: «وبه قال الحسن ربيعة وحماد والأوزاعي والشافعي وداود...» اهـ، الموطأ مع المنتقى: ٥/٢٨.

(٢) الأسرار: ٢/٩٠/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ٨٤، شرح معاني الآثار: ٤/٥٧، بدائع الصنائع: ٦/٣٠٠٦، ٧/٣٠٧٣، رؤوس المسائل: ٢٩١.

(٣) في المخطوط (ابن) والتصويب من صحيح البخاري.

ومهر البغي وحلوان الكاهن»[١] فهذا خبر صحيح.

وروى قيس[٢] بن حبتر[٣] الربعي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ثمن الخمر حرام ومهر البغي حرام وثمن الكلب حرام وإن أتاك صاحب الكلب يطلب ثمنه فأملأ يديه ترابًا»[٤].

فإن قيل: قد روى أنه ﷺ نهى عن ثمن الكلب والهرة وقال: «إلا الكلب المعلم» رواه جابر[٥].

وفي رواية أبي هريرة «ثلاث كلهن سحت كسب الحجام ومهر البغي وثمن الكلب إلا الكلب الضاري»[٦].

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٤/٤٢٦ مع الفتح، باب ثمن الكلب.
ومسلم في صحيحه: ١٠/٢٣١ مع النووي، باب تحريم ثمن الكلب.
وأبو داود في سننه: ٣/٧٥٣ مع المعالم، باب في أثمان الكلاب.
والترمذي في سننه: ٥/٦٧، ٢٧٦ مع العارضة، باب ما جاء في ثمن الكلب.
والنسائي في سننه: ٧/١٦٧، باب النهي عن ثمن الكلب.
وابن ماجة في سننه: ٢/٧٣٠، باب النهي عن ثمن الكلب.
والدارمي: ٢/٢٥٥، باب في النهي عن ثمن الكلب.
ومالك في الموطأ: ٥/٢٨ مع المنتقى باب ما جاء في ثمن الكلب.
وأحمد في المسند: ٤/١١٨ ـ ١٢٠. والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٥١.

(٢) قيس بن حبتر الربعي التميمي الكوفي نزيل الجزيرة، ثقة من الرابعة، روى له أبو داود تقريب التهذيب: ص ٢٨٣، تهذيب التهذيب: ٨/٣٨٩.

(٣) في المخطوط (حنين) والتصويب من سنن البيهقي.

(٤) رواه البيهقي في سننه: ٦/٦ باب النهي عن ثمن الكلب.
وأحمد في المسند: ١/٢٨٩، ٣٥٠.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٧٣، وقال فيه الحسن بن أبي جعفر ضعيف.
وأشار البيهقي في سننه إلى هذا الطريق وقال: ليس بالقوي: ٦/٧.

(٦) في المخطوط (الصيدي) والتصويب من سنن الدارقطني.

وفي رواية ثالثة بطريق جابر أيضًا «نهى عن ثمن الكلب والسنور إلّا كلب صيد»[١].

قلنا: مدار هذا الاستثناء على الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح وهو ضعيف[٢].

وما رويناه من المطلق رواية صحيحة فلا يعترض عليها بالرواية الضعيفة، ولأن الكلب نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير، ودليل نجاسة عينه سؤره، وهذا دليل معتمد، فإن لُعابه متولد من لحمه فلولا نجاسة لحمه لم ينجس سؤره.

وقد تأيد هذا بما روي عن النبي ـ صلى الله عليه وعلى آله وسلم ـ «أنه توضأ بسؤر الهرة فقال: إنها ليست بنجسة...»[٣] فدل أن ما يَنْجُس سؤره فلنجاسته في نفسه، ألا ترى أنه ـ عليه السلام ـ علّل لطهارة سؤره بطاهرته.

وإذا ثبت أنه نجس لم يجز بيعه؛ لأن الاجتناب عنه واجب والبيع اقتراب شرعي فلا يجوز في النجس الذي يجب الاجتناب عنه.

= والحديث رواه الدارقطني في سننه: ٧٢/٣.

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣٣/٣.
والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٥٨/٤.
والنسائي في سننه: ١٦٨/٧، باب الرخصة في ثمن كلب الصيد ثم قال: وقال أبو عبد الرحمن، وحديث حجاج عن حماد بن سلمة ليس هو بصحيح...) اهـ.

(٢) قاله الدارقطني في سننه: ٧٢/٣.
والوليد هو: الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح عن عمه عطاء بن أبي رباح ضعفه الدارقطني له عن عمه عن أبي هريرة في جواز ثمن كلب الصيد»، لسان الميزان: ٢٢٣/٦.

(٣) رواه الدارقطني في سننه ٧٠/١، باب سؤر الهرة.

۞ **أما حجتهم:**

تعلقوا بجواز الانتفاع به من الاصطياد والحراسة.

وربما يقولون آلة الصيد كالفهد، ولأنه لما جاز الانتفاع به جاز التوصل إلى الانتفاع به، والشراء توصل إلى الانتفاع.

قالوا: ولا يجوز أن يقال جاز لضرورة؛ لأن الضرورة لا توجد بحال فإنه ما من منفعةٍ يُشار إليها في الكلاب إلا ويقوم غيرُها مقامها.

وفي الجملة الاستغناء من الكلاب ممكن.

قالوا: وأما نجاسةُ العين إن سلمنا فالبيع يدور على حِلّ الانتفاع بالشيء لا على الطهارة بدليل السَّرقين[1] على أصلنا يجوز بيعه وإن كان في عينه نجسًا، واستدلوا بالوصية والإرث فإنهما جائزان في الكلاب.

۞ **الجواب:**

قلنا: الانتفاع به رخصة، والرخصة ورود إباحته مع بقاء الحاظر وقد ثبت أن النبي ـ صلى الله عليه وعلى آله وسلم ـ «نهى عن اقتناء الكلب إلا كلب صيد أو ماشية...»[2] ومعلوم أنه ـ عليه السلام ـ إنما نهى عن اقتناء الكلب

(١) السَّرقين: الزبل. ينظر: المصباح مادة سرج ص٢٧٣.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٩/ ٦٠٨ مع الفتح، باب من اقتنى كلبًا ليس بكلب صيد أو ماشية.
ومسلم في صحيحه: ١٠/ ٢٣٧ ـ ٢٤٠ مع النووي، باب الأمر بقتل الكلاب.
والترمذي في سننه: ٦/ ٢٨٤ مع العارضة، باب ما جاء من أمسك كلبًا ما ينقص من أجره،
والنسائي في سننه: ٧/ ١٦٥، ١٦٦، باب الرخصة في إمساك الكلب للماشية وللصيد.
والدارمي في سننه: ٢/ ٩٠، باب في اقتناء كلب الصيد أو الماشية. =

لعين أنه كلب ثم استثنى الاقتناء للصيد والماشية وأباح مع بقاء الحاظر وهو كون هذا الحيوان كلبًا.

فثبت أنه رخصة[1] والرخص تتبع الحاجات[2] والضرورات[3] ولا يُقاس البيع عليه؛ لأن المستثنى عن الأصل المحظور رخصة لا يقاس عليه غيره فإن بقاء الحائر يمنع استعمال القياس وهذا كالسَّلم لما كان رخصة [١١٠/أ] لعدم المعقود عليه لم يجز قياس غيره عليه ومنع بقاء المانع وهو عدم استعمال القياس فيه كذلك ههنا.

فإن قالوا: لأيّ حاجة؟

قلنا: الكلب حيوان صبور على الشَّدة والتَّعب والسَّهر وتتبع الصيد مالا يتتبعه غيره، وهو أيضًا بغاية الوفاء لصاحبه، خفيف المؤونة عليه يجتزئ بكسرة خبز وقطعة عظم، وهذا لا يوجد في حيوانٍ ما يألف الإنسان غيره فإن كل حيوان يقوم مقامه في المنفعة المطلوبة منه بعظم مؤونته وثقل تحصيل

= والإمام مالك في الموطأ: ٢٨٩/٧، مع المنتقى، باب ما جاء في أمر الكلاب.
والإمام أحمد في المسند: ٤/٢، ٨، ٣٧، ٤٧، ٦٠، ١٠١، ١١٣، ١٥٦.

(١) الرخصة في اللغة: اللين والسهولة وفي الاصطلاح: عرفها القرافي: بقوله جواز الإقدام على الفعل مع اشتهار المانع عنه شرعًا. ينظر: التنقيح ص٨٥

(٢) الحاجات: جمع حاجة وهي الأشياء الزائدة عن الضرورة: مثل لها كتسليط الولى على تزاويج الصغيرة لا لضرورة ألجأت إليها بل لحاجة تقيد الكفء الراغب خيفة فواته. ينظر: الأحكام للآمدى ٧٢/٣.

(٣) الضرورات: جمع ضرورة وهو ما عرف التفات الشارع إليه كحفظ الدين بقتل المرتد والداعية، والعقل بحد السكر، والنفس بالقصاص، والنسب والعرض بحد الزنا والقذف، والمال بقطع السارق. ينظر: المختصر في أصول الفقه لابن اللحام ص ١٦٣.

المطلوب منه ولا يفعل فعله في تحمل التَّعب والصبر على العمل وشدة الوفاء لصاحبه فبهذا الطريق عظمت الحاجة إليه فتعلق به رخصة شرعية في الانتفاع به فلم يصح قياس شيء آخر عليه.

وأما الإرث والوصية فهما جاريان عندنا في اليد لا في الملك.

والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

تصرفات الصبي عندنا باطلة وإن أذن له الولي فيها(١).

وعندهم: صحيحة(٢).

والمسألة دائرة على الأهلية فعندنا ليس بأهل التصرفات(٣).

وعندهم: أهل للتصرفات.

❋ **لنا:**

أن عقل الصبي ناقص فنقول تصرف كامل فلا يستفاد إلّا بعقل كامل قياسًا لأصل التصرف على التصرفات النافذة المفيدة لحكمها، ولا إشكال

---

(١) المهذب: ٣٤٢/١، النكت: ورقة ١٤٥/ب، الروضة: ٣٤٢/٣، المجموع: ١٤٢/٩، ١٤٥.

(٢) الأسرار ١٥٧/٢/ب (مراد ملا).

مختصر القدوري: ٤٧٦/١، المبسوط: ٢٠/٢٥، ٢١، الهداية مع فتح القدير: ٣١٠/٩، رؤوس المسائل ص٢٩٣، وهو قول الحنابلة. ينظر: زاد المستقنع مع شرح الفوزان ١٤/٣.

(٣) قواطع الأدلة للمؤلف ورقة: ٣٠٢/أ.

في نقصان عقله، ولهذا لا يخاطب بالشرعيات، ولا يصح طلاقه، ولا يلزم تصرفه في ماله مع صدره من مالكٍ في محلٍ هو ملكه.

وأما قولنا: «إن التصرف كامل»؛ فلأنه كامل في جنسه من المعاملات، فإنه لا تصرف في المعاملات أكمل من المعاوضات.

ولهذا ثبت له وصف الكمال من اللزوم ولا تصرف فوق المعاوضات ولا وصف لها فوق اللزوم، وإنما قلنا إنه لا تثبت له أهلية التصرف إلّا بعقلٍ كاملٍ، وذلك لأن الشرع ناظر والصّبا داعٍ إلى النظر ومن النظر للصبي أن يُسلَبَ أهلية هذه التصرفات عنه، وإنما قلنا ذلك لأن هذه تصرفات دائرة بين الضَّر والنَّفع والربح والخسران فلابد من عقلٍ كاملٍ ليهتدى به إلى موضع النَّفع فيميزه من موضع الضَّر ويقصده بعقله وتمييزه، فأما بعقله الناقص فلا يهتدي إليه بل يشتبه عليه النَّافع والضَّار والرَّابح والخاسر لاشتمال اسم البيع على الكل.

فكان من النظر له أن يسلب الأهلية في هذه التصرفات لدفع ضرر موهوم غالب حالة الوقوع فيه، وكما أن في دفع الضرر المتحقق نظرًا، فكذلك دفع الضرر الموهوم نظر، وهذا كالشرعيات لما كانت دائرة بين النفع بالفعل والضر بالترك فإن الشرع علق الثواب بفعلها والعقاب بتركها فلم يكن بد من عقلٍ كاملٍ ليعرف موضع الثواب من العقاب فيختار فعل ما يوجب الثواب على ترك ما يوجب العقاب فإذا كان ناقص العقل بالصبا كان النظر له في سلب الأهلية الخطاب فسُلب كذلك ههنا، ومما يقرب الشَّبه بينهما أن الشرعيات إلزامات، وهذه التصرفات التزامات فإذا كان النظر في دفع الإلزامات عن الصبي كان النظر أيضًا في منع الالتزامات منه.

وقد قال الأصحاب: إن ملكه إذا كان لا يفيد له التصرف فبإذن الولي أولى؛ لأن الإطلاق بسبب الملك فوق الإطلاق بسبب الإذن.

وتعلقوا بالطلاق واعتمدوا الفقه على هذه الطريقة: إن الحاجر قائم وهو الصِّغر؛ لأن الملك إذا كان لا يطلق التصرف مع الأهلية على أصلكم عرفنا قطعًا أن الحاجر هو الصغر وهو باقٍ بعد الإذن فبقي الحجر عليه.

والمعتمد ما سبق، ولا يلزم على ما قلنا العبد حيث يصح إذنه في التجارة؛ لأنه متصرف للسيد عندنا على ما سنبين من بعد فهو كالوكيل مع الموكل يصح إذنُه له كما يصح توكيل الحر وهو في نفسه نوع استكساب واستغلال وانتفاع، وعلى أن الحجر ليس هو بسبب الرق في العبد إنما الحجر حق المولى فإذا أُسقط سقط نظير مسألتنا الحجر عن ملكه في نفسه لما كان بسبب نفس الرق لم يرتفع بحال.

۞ وأما حجتهم:

استدلوا في إثبات أهلية التصرف بالعقل والتمييز، وقالوا: عاقل فكان أهلًا للتصرف، دليله: البالغ، ودليل أنه عاقل إن الكلام في صبيٍ عاقلٍ يعقل التصرفات، فأما في مَنْ لا يعقل من الصِّبيان فليس من أهل التصرفات، والدليل على أن العقل سبب الأهلية أن الآدمي امتاز من بين الحيوانات بعقله وتمييزه [١١٠/ب].

ويقال المرء بأصغريه أي بقلبه ولسانه فكان أهل التصرفات بعقله؛ وهذا لأن أهل الشيء مَنْ يقدر على تحصيل ذلك الشيء كأهل القتل مَنْ يقدر على تحصيل القتل، وكذلك المشي وسائر الأفعال.

وهذا الصبي قد عقل البيع وميّزه عن غيره وَعَرَف حكمَه المطلوب منه وَقَصَدَه وَفَعَله عن بصيرةٍ وتمييزٍ صحيحٍ وهو صحيحٌ يصح منه كما تصح سائر الأفعال.

يبينه: أن الشيء بصورته ومعناه، وقد تحقق من الصبي صورة البيع بلسانه وَقَصَدَ معناه بعقله وتمييزه فوجب أن نحكم بصحته.

ثم الدليل على اعتبار عقله صحة النوافل في الصلاة والصيام والإحرام، وكذلك يصح منه اختيار أحد الأبوين إذا خُيّر ويصح منه وصيته وقبوله الهبة، وإنما صحت هذه الأشياء باعتبار عقله ولولا ذلك لم تصح فثبت أنه أهل التصرف إلّا أنه احتاج إلى إذن الولي نظرًا للصبي؛ لأنه ناقص العقل فلابد من اتصال رأي الولي بتصرفاته حتى ينجبر ذلك النقصُ، وذلك بالإذن، واتصاله بكل تصرفٍ فيه حرج ومشقة فاعتبر اتّصالُه بأصل التصرفات وهو أن يأذن الولي فيها ثم إذا اتصل رأيه بتصرفاته يأذن له فيها صار الإذن بمنزلة مالكٍ متصرفٍ في ملكه بولايته ومالكيته ولا نقول إنه نائب عنه، ولهذا يجوز له أن يتصرف بالغبن بخلاف الأب والقيّم، وكذلك يصح إقراره بالمال وإن لم يصح إقرار الأب عليه، وأيضًا فإن إقرار الأب عليه شهادة وشهادة الوالد لا تقبل.

قالوا: وليس فيما أنه لا يتصرف بمالكيته ما يدل على أنه لا يتصرف بإذن الغير كالعبد في النكاح والمحجور عليه بالسَّفه لا يتصرف بمالكيته وإذا أذن له الولي جاز.

وإن منعتم في البيع نصوّر في النكاح إذا سَمّى له القاضي امرأةً وعيّن له مهرَها فإنه يجوز نكاحه بالإجماع له، وكذا المرأة لا تملك الطلاق بمالكية

النكاح وإذا قال لها الزوج: طلّقي نفسكِ فإنه يجوز.

قالوا: «وأما تعلقكم بفصل النظر».

فهو دليل عليكم؛ لأن إثبات الأهلية له نظر وفيه اعتباره أصل عقله وفي سلب[1] الأهلية عنه إلغاء أصل عقله وإلحاقه بِمَنْ لا عقل له ولهذا المعنى أبقينا عليه ولاية الولي نظرًا له حتى إنه إن أضر بنفسه في تصرفه حُجِرَ عليه، وأيضًا فإنه يتصرف بنفسه وَيُتَصَرف له أيضًا حتى يصل إليه النفع من الجهتين.

يبينه: أن في جواز تصرفه تقع الهداية فإنه إذا تصرف في صغره يبلغ مهتديًا إلى التصرفات وإذا لم يأذن يبلغ غبيًّا غير مهتدٍ إلى شيءٍ فلا يحصل له نفع الهداية وهو كالنوافل من العبادات صحت منه ليحصل له بها نفع الامتران والاعتياد.

قالوا: وأما فصل الطلاق فعندنا عبارته صحيحة في الطلاق كما في البيع، بدليل أنه لو طلّق امرأة الغير يصح ويقف عليه ويصلح وكيلًا، وأما طلاقه امرأة نفسه فليس نظير مسألتنا؛ لأنه لا طلاق له مشروع وله بيع مشروع وهو من أهله كما بيّنا فيصح بإذن الولي وعلى أن الشرع لم يشرع له الطلاق نظرًا له ودفعًا للضرر عنه، وكذا الخطاب بالشرعيات إنما لم يتوجه عليه نظرًا له، وأما ثبوت الأهلية نظرٌ له كما سبق فثبت.

وربما قالوا: إن رشد الصغير بمنزلة سفه البالغ ثم سفه البالغ كان معتبرًا في الحجر عندكم وفي منع المال عندنا، فكذلك رشد الصغير وجب أن يكون معتبرًا.

---

(١) في المخطوط (سب).

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «إنه عاقل».

قلنا: أهلية التصرف غير مبنية على العقل، بل هي مبنية على الشرع؛ وهذا لأن العقد شرعي فإنما يصير الإنسان أهلًا له بالشرع والشرع لم يره أهلًا للتصرف ولم يستصلحه لذلك نظرًا له كما بيّنا.

والدليل على أن الشرع لم يره أهلًا لذلك أنه لا ينفذ تصرفه مع مالكيته وصدره من أهله في محله، ثم نقول: عقله غير معتبر بدليل أن الخطاب لا يتوجه إليه، ولأن عقله لو كان معتبرًا لَخُلّي وعقلَه كالبالغ.

يبينه: أنكم تقولون يُخلّى وعقلَه في الإسلام الذي هو أعلى الأشياء ولا يُخلّى وعقلَه في دَسْتَجَة[1] بَقْلة يشتريها بحبتين.

وأما قوله: «إن أهل الشيء مَنْ يقدر على تحصيل ذلك الشيء».

قلنا: ومَنْ يسلّم لكم إنه يقدر على تحصيل البيع، وأما المحسوس الذي قلتم غير معتبر، فإنه كما يوجد منه محسوس عقد عن عقلٍ وتمييزٍ فيوجد [١١١/أ] منه محسوس قصد عن عقلٍ وتمييزٍ أيضًا، ثم إذا لم يعتبر محسوس قصده حتى يكون عمده خطأ، فكذلك ههنا لا يعتبر محسوس عقده حتى يكون لغوًا.

وأما النوافل وغيرها في المسائل نقول: نظير المعاوضات من العبادات الفرائض؛ لأن فرائض العبادات في أكمل الدرجات بثبوته من وصف الإلزام

(١) الدَّسْتَجَةُ: الحزمة، معرب، جمعه الدَّسَاتِجِ، القاموس (دستجه).




لها كما أن المعاوضات في أكمل الدرجات بثبوت وصف اللزوم لها فيعتبر ما اختلفنا فيه بالفرائض وليس بأهل الفرائض من العبادات فلا يكون أهلًا لهذه المعاملات أيضًا.

ثم نقول النوافل وما ذكروا ليس نظير مسألتنا؛ لأن الكلام في تصرفات على الصبي فيها ولاية للغير، ومثل هذا لا يوجد فيما ذُكِرَ من الأمثلة، والحرف: أن في تلك المسائل لما اعتبر عقله خُلّي وَعقلَه فيها ولو اعتبر في مسألتنا خلّى وَعقلَه أيضًا، ويخرج على فصل النظر الذي اعتمدناه؛ وذلك لأن هذه التصرفات محض نفع وهي غير دائرة بين الضر والنفع فصار النفع فيها لمباشرتها فاكتُفي فيها بوجود أصل العقل؛ لأن مباشرتها من العاقل صحيحة وإن كان ناقص العقل.

وأما ههنا هذه تصرفات دائرة بين الضرر والنفع فلابد من مقدمة عقلٍ كاملٍ ليميز النافع من الضار على ما سبق. وبهذا المعنى تثبت الولاية على الصبي في هذه التصرفات ولم تثبت في تلك التصرفات والإحرام بمنزلة سائر النوافل وإذا جوّزنا منه الإحرام لم نجوّز إحرام الولي عنه.

وأما الكفارات فبإنشاء سببٍ جديدٍ كَمَالٍ يستهلكه على إنسان وأما نفس الإحرام فنفع محض.

وأما قولهم: «إن الأهلية تثبت نظرًا».

قلنا: ولِمَ، قلتم فيها نظر؟

قالوا: كرامة.

قلنا: فأثبتوا الخطاب كرامة واجعلوه نظرًا، وعلى أن كَمَال النظر في سلب الأهلية؛ لأنا جعلناه أهلًا فينبغي أحد شيئين: إما أن يجوز تصرفه وينفذَ لصدره من أهله في محله، أو يجوز بإذن الولي فيؤدي إلى اعتبار عقلٍ ناقصٍ في تصرفٍ كاملٍ وربما يؤدي إلى ضررٍ يلحقه فلا يجوز.

وأما قولهم: «اتصل به رأي الولي».

قلنا: لا يتصور؛ لأنه إذا أذن له وَخَلّاه وَعَقْلَه فأين الاتصال؟ فهذا هذيان.

وأما عذرهم عن الطلاق باعتبار الضرر، فباطل بالبيع بالغبن والردة على أصلهم.

وأما المحجور عليه بالسَّفه، لا نُسلّم صحة تصرفه بإذن القاضي في البيع.

وأما في النكاح فلا يشبه مسألتنا؛ لأنه لا حَجْرَ عليه حقيقة فيه ولهذا لا يستبدُ به الولي، وفي مسألتنا حجر عليه حقيقة بدليل أنه يستبدُ به الولي، وأما إذا كان عليه حجر حقيقة نظرًا فلا ينطلق عنه الحجر إلا بالبلوغ كمنع الخطاب لما ثبت نظرًا لم يخاطب إلا بعد البلوغ.

وأما فصل إذن المرأة في طلاق نفسها.

فليس نظير مسألتنا؛ لأنها تُطَلِّقُ عنه، وفي مسألتنا عندكم يتصرف الصبي عن نفسه، وعلى أن عندكم المالكية في واحد من الجانبين في النكاح لا يفيد ملك الطلاق، وإنما المفيد للطلاق ولاية القوامية والزوج هو المنفرد بها وقد

ذكرنا هذا في ربع النكاح.

وأما فصل اعتبار السَّفه في البالغ؛ فلأن بنا حاجة إلى اعتباره ولا حاجة إلى اعتبار رشد الصبي؛ لأن عليه ولاية.

وقولهم: «فيه تقع الهداية».

قلنا: الصبي يبلغ مُهتديًا إلى التصرفات بعقله ويميل الطبع إليها بخلاف النوافل، فإنه لا يميل الطبع إليها فلابد من الأمر بها قبل البلوغ ليمترن عليها ويعتادها، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذن السيد لعبده في نوع خاص من التجارة لم يصر مأذونًا في غيره من الأنواع عندنا[1].

وعندهم: يصير مأذونًا[2].

لنا:

أنه متصرف لسيده فيختص تصرفه بما إذن فيه سيده.

دليله: إذا أمره بشراء طعامٍ أو ثوبٍ من السوق، وكما لو عيّن له شيئًا

(١) المهذب: ١/٥١١، النكت: ورقة ١٦٢/أ، المنهاج مع المغني: ٢/٩٩، الروضة: ٣/٥٦٧، وهو قول الحنابلة ينظر: المغني ٦/٣٥١.

(٢) الأسرار: ٢/١٥٤/أ (مراد ملا) بدائع الصنائع: ١٠/٤٥٢٦، مختصر القدوري: ١/٤٧١، المبسوط: ٢٥/٥، الهداية مع فتح القدير: ٩/٢٨٥، رؤوس المسائل: ٢٩٤.

ليشتريه أي شيء كان وَسَمّى ثمنه لم يكن له أن يشتري غيره إجماعًا؛ وهذا لأنه إذا تصرف بإذن السيد فالسيد أمره بنوع فلا يصير غيره مأمورًا كما إذا فَعَلَ بنفسه العقد في نوع لا يصير غيره مفعولًا.

ويمكن أن يقال تصرف بغير أمره فلا يجوز كما لو لم يأذن له في شيء والتعليل لما لم يأذن له فيه من النوع ثم الدليل على أنه يتصرف لسيده أن التصرف إما أن يكون بيعًا أو شراء فإن كان بيعًا فقد باع مال سيده والبيع تمليك فيكون تمليكًا من المالك وإن كان شراء فالشراء تملّك والتملك تصرف للمتملك، والمتملك هو السيد فيكون الشراء له، ولأنه لابد [١١١/ب] لصحة تصرفه من إذن السيد ولو كان متصرفًا لنفسه وهو من أهل التصرف بالاتفاق وَجَبَ أن يصح تصرفه بغير إذن السيد فثبت حقيقة وحكمًا أنه متصرف للسيد وإذا كان متصرفًا للسيد يثبت ما قلنا.

يبينه: أن هذا تخصيص نافع للسيد؛ لأنه ربما يعرف هدايته في نوعٍ دون نوعٍ فيأذن له فيما يعرف هدايته فيه ولا يأذن فيما لا هداية له فيه، وإذا كان التخصيص نافعًا للسيد دون مالا يعرفه صح التخصيص كالامتناع أصلًا والإطلاق جملة لما كان نافعًا للسيد أما الامتناع بأن لا يعرف هدايته في الكل، والإطلاق جملة بأن يعرف هدايته في الكل صح كلاهما، كذلك التخصيص وَجَبَ أن يكون مثلهما سواء بأن لا يعرف هدايته في الكل لو عرف في الكل صح كذا ههنا.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: متصرف بِفَكّ الحجر فلا يختص تصرفه بنوعٍ دون نوعٍ.

دليله: المكاتب.

يبينه: أن فك الحجر إسقاط، والإسقاط لا يختص بشيء دون شيء.

وبيان صحة التعلق بالمكاتب: أن المكاتب عبد؛ لأن النبي عليه قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم...»[1].

ولأن عتقه معلق بالأداء فيكون رقيقًا قبل الأداء؛ لأن المعلق بالشرط لا ينزل منه شيء قبل الشرط.

[وإذا ثبت أنه عبد فلا يكون له ملك مثل العبد المأذون سواء فيكون الملك في الحقيقة للسيد، وللمكاتب حق التصرف واليد بإثبات السيد له ذلك، كذلك للمأذون له اليد والتصرفات إلّا أن الكتابة عقد لازم، والإذن في التجارة ليس بلازمٍ فلأجل لزوم الكتابة في جانب السيد لم يكن له انتزاع الكسب من يد المكاتب ولا الحجر عليه بخلاف المأذون][2].

وأيضًا فإن المكاتب عليه دين يؤمر بأدائه من كسبه فالأجل ذلك الدَّين مُنِعَ السيد من التصرف فيه وانتزاعه من يده حتى لو لحق العبد المأذون دين نقول إن حكمه في ذلك حكم المكاتب.

وحرفهم المتعلق به في المكاتب إن المكاتب عبد بلا ملك له ومع ذلك

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٢٤٢/٤، مع المعالم، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته.
والترمذي في سننه: ٢٦٥/٥ مع العارضة، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤديه.
وابن ماجة في سننه: ٨٤٢/٢، باب المكاتب.
والإمام أحمد في مسنده: ١٧٨/٢، ١٨٤، ٢٠٦، ٢٠٩.

(٢) الأسرار: ١٥٥/٢/أ (مراد ملا).

كان متصرفًا لنفسه كذا العبد المأذون.

وأما فقههم:

قالوا: العبد متصرف لنفسه؛ لأنه من أهل التصرف بالإجماع[1] فيكون تصرفه له اللهم إلّا أن يجعله لغيره بالتزام شرعي بمنزلة الوكيل وإلّا فالأصل أن مَنْ كان من أهل التصرف يكون تصرفه له، ولأن العهدة عليه حتى لو هَلَكَ الكسب في يده وعليه دين من معاملاته لا يتوجّه على سيده شيء من العهدة ويطالبُ أيضًا بعد العتق، ويستحيل أن يكون العقد لشخصٍ وتبعة العقد وعهدته على شخص أخر وإذا كان الشراء تملكًا من السيد كيف يطالبُ العبد بالثمن؟.

قالوا: وبهذا فارق الوكيل؛ لأنه لما كان متصرفًا للموكل كانت العهدة على الموكل حتى لو لم يكن الموكل أعطى الوكيل شيئًا وأمره بالشراء فالثمن يطالبُ به من الموكل، وإن طُولبَ الوكيل فالوكيل يطالب الموكِّل، ويجوز أيضًا للبائع أن يطالب الموكل ابتداءً ليعطي ثمنه، وكذلك إذا أعطاه شيئًا ليشتري به وتلف في يده يطالب الموكل أيضًا ليعطي بدلَه بخلاف مسألتنا، فإن الولي لو أذن للعبد في التجارة فاشترى شيئًا بثمن وأَعْلَمَه لم يكن للبائع أن يطالب السيد، ولو كان في يد العبد كسب فهلك لم يطالب السيد أيضًا.

وتحقيقهم في المسألة:

أن الشراء تصرف باستيجاب الثمن في ذمة العبد وذمة العبد مملوكة له؛ [بدليل أنه يقرّ بالمال فيصح ويؤخذ به بعد العتاق، وكذلك يقر بالقصاص

(١) بدائع الصنائع ١/٤٥٢٦.

على نفسه فيصح، ولو كفل يصح أيضًا][1]، ولأن الذِّمة عبارة عن محل الإلزام وهو في هذا كالحرّ؛ بدليل صحة التزامه، وصحة خطاب الشرع إياه بالإلزام.

ويدل عليه: أن المولى لو اشترى له شيئًا ليكون الثمن في ذمته لا يصح ولو كان ذمته مملوكة له لصح، كما يصح في ذمة نفسه.

وأما إقرار المولى عليه بالدَّين: فإنما يصح لا لأن ذمته مملوكة له لكن لأن الدَّين الذي على العبد يتعلق برقبته استيفاء عندنا فبملكه رقبةَ العبد يصح إقراره بقدر ماليته كالوارث يُقر على مورثه بالدَّين فإنه يصح لا أن ذمة المورث مملوكة له لكن لأن الدَّين الذي في ذمته يتعلق بالتركة، والتركة ملك الوارث فبملكه التركة صح إقراره حتى إن هناك صح بقدر التركة وههنا [١١١/أ] بقدر المالية في الرقبة وبما زاد لا يجوز في الموضعين.

قالوا: فإن قلتم إن السيد لو أعتقه يطالب العبد بعد العتق.

قلنا: نعم، ولكن إنما كان كذلك لا بملك الذِّمة بل لأن الدَّين لما تعلق بالرقبة وبالعتق سلمت الرقبة للعبد فيطالب بقدر قيمة الرقبة لسلامتها له وقد كان الدَّين متعلقًا بها، وهذا كالوارث إذا استخلص التركة لنفسه يطالب بالدَّين بقدر التركة كذا ههنا.

قالوا: وأما ملك المشتري فقد دللنا أن العبد متصرف لنفسه وقضية تصرفه أن يكون حكم العقد من الملك له إلّا أن الرق الذي فيه يمنع إثبات الملك له فأثبتنا للسيد وأقمناه مقامه في حكم العقد كالمشتري بشرط الخيار

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٥٥/ب.

للبائع إذا هَلَكَ ثبت الملك لوارثه ابتداءً وإن كان العقد صدر من الميت لنفسه وقضيته أن يكون الحكم له لكن الموت منع إثبات الحكم له فأثبت للوارث وأقيم مقامه كذلك ههنا.

وحرفهم في هذا: أن المولى يملك لا لأنه حكم العقد لكن لملكِه رقبة العبد فكان أحق الناس بموجب عقد صدر من العبد وتعذَّر إثباتُه له، وهو أيضًا بمنزلة المكاتب فإن حق السيد ثابت فيما اشتراه العبد المكاتب وكان ثبوته له بهذا الطريق، كذا الملك في مسألتنا.

وقال بعضهم:

موجب شراء العبد المأذون ثبوت اليد له والملك للسيد بمالكية رقبة العبد ويجوز أن يحقق عقد الإنسان لنفسه بموجب إثبات اليد له كالمولى يبيع من عبده المأذون شيئًا يجوز ليثبت اليد للعبد، وكذلك رب المال يبيع من المضارب شيئًا.

قالوا: وأما تعلقكم بشرط الشرع إذن السيد في تصرف العبد، فليس ذلك؛ لأن العقد له بدليل أن الإذن من المولى شرط في نكاح العبد وإن كان النكاح للعبد، ولكن لأن قضية الدَّين الواجب على العبد مطلقًا أن يتعلق برقبته ورقبته ملك للسيد فاعتبر إذنُه ليوجد رضاه بتعلق الدَّين برقبة العبد.

قال: وليس شرط الإذن لأن التصرف له؛ لأن حجتكم في أن التصرف للسيد هو أن الملك له، ولا يشترط إذن السيد في ثبوت الملك له بسبب يوجد من العبد، ألا ترى أنه لو احتطب أو احتش يكون ملكًا للسيد وإن لم يأذن له في ذلك، وكذلك يصح قبوله الهبة وإن لم يأذن له السيد فيه فدل أن



إذنه إنما اعتبر لما بيّنا.

وأما فصل التهدي إلى نوعٍ دون نوعٍ فهو غير معتبر بدليل المكاتب ولأنه لو كان مهتديًا إلى التجارة في جميع الأنواع فإن عندكم لا يصح أيضًا إلّا في النوع الذي خَصّه به فسقط هذا الكلام.

۞ **الجواب:**

قولكم: «متصرف بفكّ الحجر».

قلنا: لا، بل بالإذن، وإن عنيتم بِفَكّ الحجر الذي نريده فهو مسلم وإن عنيتم شيئًا آخر فلا نسلم.

يبينه: أن الإذن يقبل المنع من بعد ولو كان فَكّ الحجر كان إسقاطًا والإسقاط لا يقبل الإسقاط، ولأنه يعتبر علم العبد بالإذن ليصح تصرفه والإسقاط لا يعتبر فيه علم أحد لصحته كالطلاق والعتاق، ولأنه لو صرح بإسقاط الحجر لا يصح ما لم يقل أذنتُ، وربما يمنعون هذا.

وأما المكاتب فقد ادّعى بعض أصحابنا: أن للمكاتب نوع ملك يليق بحاله فلهذا جعلناه متصرفًا لنفسه، وليس هذا بشيء، ولا يمكن تحقيقه مع قيام الرق فيه.

والمعتمد أن موجب العقد هناك للمكاتب وهو حق ملك ينقلب حقيقة في ثاني الحال، والرق الذي فيه لا ينافي ثبوت حق الملك له؛ وهذا لأنه لما ثبت له في الحال حق عتقٍ ينقلب حقيقة عتق، ثبت أيضًا بوقفه حق ملكٍ ينقلب حقيقة وبيان ثبوت حق الملك له ثبوت اليد والتصرف، وكونه أحق به

من السيد حتى ليس للسيد أن ينتزع من يده بل إذا أتلفه يغرم له، ولا يجوز أن يُحال بهذا على الدَّين؛ لأن الدَّين لو كان ألفًا وعنده من الكسب ما يساوي الألوف ليس للسيد أن يأخذ من يده شيئًا ولا درهمًا، دل أن للمكاتب حق ملك ولا حق للسيد أصلًا ولا ملك، أما الملك فلا إشكال فيه، وهم لا يدّعون ذلك، فأما الحق فلأنه يعرف بالآثار والأحكام والسيد قد أُنزل في كسب المكاتب منزلة الأجنبي حتى لو أعتق أو استولد لم يصح، بلى إذا عَجَزَ المكاتب فرد إلى الرق الآن يملك، فثبت أن الموجب كله للمكاتب فكان [١١١/ب] العقد له بخلاف مسألتنا على ما بيّنا.

فإن قالوا: فلمن الملك في كسب المكاتب؟.

قلنا: لا ملك لأحدٍ، والعبرة بالدليل لا بالاستعجاب المجرد وقد دلّلنا على ما قلنا وهو صحيح على المذهبين، ثم نقول لو كان كسبه حقًا وملكًا له في الحال لم تصح الكتابة؛ لأن الشرع إنما جعل كسب المكاتب حقه ليؤدي به بدل الكتابة الذي هو عوض رقبته فيعتق وتسلم له رقبته بإزاء ما بذله من العوض، فإذا قلنا هو ملك السيد أو حقه لم يصح به الأداء ولا الكتابة؛ لأنه يكون السيد حينئذ معاوضًا ملكه بملكه وحقه بحقه وذلك باطل.

فهذا حقيقة الجواب عن الكتابة وسرها وحكمها في الشرع ولا يعرف ذلك إلا الغوّاصون في بحار المعاني.

وأما قولهم: «إنه متصرف لنفسه».

اعلم أن بعض أصحابنا سلّم لهم ذلك، وقال: هو وإن كان متصرفًا لنفسه لكن لما كان بالإذن يتقدر بقدر الإذن، وليس هذا بشيء، لأنه إذا كان




تصرفًا لنفسه فيكون تصرفه له وملكه فتخصيص السيد يصادف ملكَ الغير ولا يصح.

والمعتمد ما قلنا إنه متصرف للسيد بدليل ما ذكرنا.

وأما قوله: «إنه من أهل التصرف».

قلنا: بلى، ولكن للسيد لا لنفسه.

فإن قالوا: إذا لم يتصرف لنفسه كيف يتصرف لغيره؟

قلنا: يجوز كالمرأة تطلق نفسها من قبل زوجها وليس من أهل الطلاق بنفسها بحال؛ وهذا لأنه من أهل التصرف فتجويز الشرع منه ذلك وتصرفه لسيده،؛ لأن مُوجَبَه لسيده فيكون تصرفه لسيده، وهذا كما أن الأجنبي من أهل التصرف في ملك الغير عند أمره إياه بذلك ثم تصرفه لمُوكِّلِهِ؛ لأن مُوجَبَه لمُوكِّلِهِ، كذلك ههنا.

وأما فصل العهدة: فمن أصحابنا مَنْ منع، وقال: يطالب السيد بثمن مَا مَلَكَه.

وعندي[1]: أن هذا المنع خلاف المذهب.

يبينه: أن عندنا إذا كان دين العبد لا يتعلق برقبة العبد؛ لأنه مال السيد وليس بكسب العبد فكيف يطالب السيد ليقضيه من سائر أمواله والمذهب أن الكسب متعيّن لدين العبد؟.

ووجه الجواب: أن العهدة على السيد على معنى أن الكسب متعين لدين

(١) أي المؤلف (السمعاني).

العبد وكسب العبد له فصارت حقيقة العهدة متوجهة عليه، وإنما لم يطالب السيد؛ لأن الكسب قد تعيّن للرجوع فيه، وإنما تعيّن بتعيين السيد إياه لقضاء هذا الدَّين.

فإن قالوا: لم صح هذا التعيين؟

قلنا: لدفع الضرر عن المولى؛ وذلك لأن الشارع إنما شرع الإذن للعبد في التجارة لنفع الموالي وجعل لهم تعيين كسبهم لقضاء الديون الواجبة بمعاملاتهم تحقيقًا لنفع الموالي فإن العبيد إذا علموا أن ما اشتروه يكون أثمانها على الموالي وأنهم لا يطالبون بذلك لم يبالوا بالشراء كيف ما كان، وربما يتلفون ما يقع في أيديهم بالإنفاق وغيره ثقة منهم واعتمادًا على مطالبة الموالي بالديون فإنه لا شيء عليهم، والموالي إذا علموا بذلك لم يرغبوا في معاملاتهم بالإذن لهم في التجارة وانسد هذا الطريق أصلًا ورأسًا فلأجل الذي قلناه جُعِلَ للسادة تعيين أكساب العبيد للرجوع بالعهدة، واكتفى منهم في التعيين بالدليل دون التصريح، والدليل معهود أحوال السادة في المقصود بالإذن.

فإن قالوا فيما قلتم نظرًا للموالي ولكنه إضرارٌ للعبيد، وأيضًا فإن العبد إذا أُعْتِقَ طُولِبَ بالديون فإذا كان على السيد وإنما تعين الكسب بتعيينه كيف يطالب العبد بعد العتق؟

الجواب:

أما ضرر العبد لا نبالي به؛ لأن الإذن في التجارة جُوّز لنفع السيد لا لنفع العبد ولهذا يجبره عليه.

أما قولهم: «يطالب العبد بعد العتق».

قلنا: لما ثبت تعيين كسب العبد لهذه العهدة فإذا أعتق جعل الكسب بعد حريته بقدر الدَّين منزلة كسب الرق، وهذا كالعبد يؤاجره سيده سنةً ثم يعتق في خلال السَّنة يؤمر بالخدمة إلى باقي السَّنة وتجعل منافع الحرية كمنافع الرق، كذلك ههنا.

والعبرة بما يقوم عليه الدليل، فكيف ما قام الدليل على الحكم اتبعناه وبهذا الطريق نقول: إذا اشترى السيد لعبده شيئًا ليكون الثمن في ذمته لا يجوز؛ لأن الأصل أن الثمن يكون على مَنْ تملّك المبيع إلّا أن في مسألة العبد المأذون أوجبنا الثمن في كسب العبد بتعيين السيد وذلك من حيث الدلالة، وصح التعيين منه للوجه الذي بيّنا، ولئلا ينسد باب ما شرعه الله تعالى من الإذن للعبيد والتجارات ونفع الموالي من هذا الوجه [١١٢/أ] فأما في هذه المسألة فأيّ حاجة للسيد إلى مثل هذا التصرف؟ فرجعنا إلى الأصل من إيجاب ثمن المبيع على متملّكه ولم يصح شرطه وجوب الثمن في ذمة العبد وفعله التصرف وعلى أن في تلك المسألة إلزام على مَنْ يقول: إن الذمة مملوكة للسيد ولا نريد أن ندعي ذلك.

وقولهم بعد هذا: «إن الشراء تصرف باستيجاب الثمن في ذمته».

فهذا محال؛ وذلك لأن الله تعالى ما شرع الشراء للعباد لاستيجاب الأموال في ذمتهم ولا هم يقصدون ذلك إنما شرع لهم ليتملَّكوا بشرائهم الأموال إلا أنهم لا يصلون إلى ذلك إلا ببذل الأعواض.

وحرفنا: إن البيع تمليك والشراء تملّك فيكون البيع لمن حصل منه

التمليك والشراء لمن حصل له التملّك.

فإن قالوا: فالشراء إذًا تصرف في ملك الغير وإنما يصح تصرفه في محل يملكه وليس ذلك إلّا الذمة باستيجاب الثمن فيه.

قلنا: الشراء بالتملّك، والتملّك إنما يتصور من ملك الغير، وعلى أن أمره يتناول تحصيل الكسب، والكسب له فقد صادف الأمر محل ملكه.

وأما الذي قالوا: إن موجب العقد للعقد.

قلنا: موجب الشراء الملك فَمَنْ لم يكن من أهل الملك كيف يكون موجب الشراء له؟.

وقوله: «إن السيد يقوم مقامه».

قلنا: لا، بل يثبت ابتداءً للسيد، وقد انعقد العقد ليكون الملك للسيد إذ لا يتصور سوى هذا، وفي مسألة الخيار انعقد العقد ليكون الملك للمشتري ثم تعذر بموته فجاز أن يقوم الورثة مقامه، وعلى أن ذلك مذهبهم، وعندنا الملك لا يتراخى عن العقد ويكون الملك للمشتري سواء كان فيه خيار أم لا، ثم الدليل من مذهبهم على أن العبد متصرف ليكون الملك للسيد ابتداءً لا بطريق الإقامة بسبب ملك الرقبة للعبد على ما قالوا: إن عندهم لو اشترى العبد شيئًا بغير إذن سيده ثم أعتقه سيده لا ينفذ شراؤه لنفسه ولو كان قضية العقد أن يكون الملك له واستحقه السيد بملكه الرقبة لكان إذا أسقط السيد حقه يقضي بالملك له، وقد قالوا لو تزوّج العبد بغير إذن سيده ثم أعتقه السيد ينفذ نكاحه والذي قلناه إلزام عظيم عليهم، وليس لهم عذر عنه يبالى به.

وأما الذي قالوا: إن صحة الشراء منه لأن موجبه له يدًا.

قلنا: موجب الشراء الملك لا اليد، وإنما اليد ثمرة الملك وعلى أن يده يد السيد، والمسألتان اللتان ذكروهما على أصولهم ولا نسلمهما، وإن تعلقوا بالاحتطاب والاحتشاش فعندنا إذا وُجِدَ ذلك من العبد يكون متصرفًا لسيده لا لنفسه مثل الشراء سواء، إلّا أن الإذن سقط اعتباره على الأصلين؛ وهذا لأن الاحتطاب والاحتشاش فعل حسّي لا يمكن ردهما ورد موجبهما إذا وُجِدَ، والبيع عقد شرعي يمكن ردّه شرعًا، فإذا لم يأذن فيه للسيد ردّ شرعًا وصار كالعدم.

والله أعلم



※ (**مَسْألة**):

إذا رأى غلامه يبيع ويشتري فسكت لا يصير مأذونًا له في التجارة(١).

وعندهم: يصير مأذونًا استحسانًا(٢).

❋ **لنا**:

إنه لم يوجد الإذن في التجارة فلا يصير مأذونًا له في التجارة كما إذا

(١) المهذب: ٥١١/١، النكت: ورقة ١٦١/ب، الروضة: ٥٦٨/٣، وهو قول الحنابلة ينظر: المغني ٣٥١/٦.

(٢) الأسرار: ١٥٦/٢/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١١/٢٥، البدائع: ٤٥٢١/١٠، الهداية مع شرحهما العناية: ٢٨٤/٩، مع تكملة فتح القدير، رؤوس المسائل: ٢٩٤.
الاستحسان: هو ترك القياس لعارض دليل قوى موجب للعمل به. ينظر: أصول السرخسي ٢٠٢/٢.

نهاه، وإنما قلنا لم يوجد الإذن في التجارة؛ لأن المسألة فيما إذا رآه يبيع ويشتري فسكت، والسكوت كفٌّ عن الإذن، والكفّ عن الإذن لا يكون إذنًا كالكفّ عن الحجر لا يكون حَجْرًا كما في الكفّ عن جميع الأشياء، فإن الكافّ عن الشيء لا يكون فاعلًا له.

يبينه: أنه لو صار مأذونًا له في التجارة لم يكن بد من صريح إذنٍ أو دلالة على إذنٍ ولم يوجد صريح ولا دلالة، وانتفاء صريح الإذن مقطوع به، وأما الدليل فلأن السكوت محتمل الرضا والسخط ويحتمل التروّي والاستهانة والمحتمل للأشياء لا يكون دليلًا على واحد منهما؛ لأنه ليس بأن يكون دليلًا على البعض أولى من أن يكون دليلًا على البعض فسقط الكل، ولأنهم قالوا: لو رأى عبده يبيع متاعه وسكت لا يصح البيع الذي باشره ويصير مأذونًا له في التجارة؛ ولئن كان السكوت دليلًا على شيء فأولى شيء يكون دليلًا عليه هو البيع الذي باشره وشاهده المولى وسكت عنه فإذا لم يدل عليه فكيف يكون دليلًا على ما سواه؟.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: دفع الضرر واجب لقوله ـ صلى الله عليه: «لا ضَرَرَ ولا ضِرار في الإسلام...»(١) وإذا لم يجعل سكوته إذنًا أدى إلى ضرر عظيم يتصل بالناس، وإنما قلنا ذلك، لأن مَنْ تعامل مع العبيد من التجار [١١٢/ب] يكثر

---

(١) رواه ابن ماجه في سننه: ٧٨٤/٢، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره.
والإمام مالك مرسلًا في الموطأ: ٤٠/٦ مع المنتقى، باب القضاء في المرافق.
والإمام أحمد في المسند: ٣١٣/١، ٣٢٧/٥.




كما يكثر مَنْ يعامل مع التجار من الأحرار فلا يمكنهم أن يراجعوا إلى الموالي في معاملاتهم ليتعرفوا من قبلهم أنهم أذنوا أم لا؟ ولو اعتبرنا ذلك أدى إلى حرج عظيم.

وإنما يعتمدون في معاملاتهم على رؤية السادة عبيدهم يعاملون وسكوتهم، فإذا قلنا لا يصير مأذونًا له في التجارة أدى إلى الضرر العظيم بالمعاملين، لأن أموالهم تقع في أيدي العبيد، وربما أتلفوها وأنفقوها، ولا يمكن استردادها وتبقى حقوقهم في ذممهم ولا شيء بأيديهم فيقضوها، وربما لم يعتقوا ليطالبوا بعد العتق فتتوى[1] حقوقهم بالكلية، فثبت ما ادّعيناه من اتصال الضرر العظيم بالناس فوجب إثبات الإذن دفعًا لهذا الضرر، وهذا كالحَجْر الخاص لا يرد على الإذن العام بأن حجر على عبده في بيته بعد أن شاع إذنه في الناس وإنما لم يجز دفعًا للضرر عنهم كذا ههنا.

وإن منعتم فلا يصح المنع، لأنا أجمعنا على أن الأمر المشهور لا يرتفع بالنسخ الخفي حتى يشتهر الناسخ شهرة المنسوخ، ويعتبر علم الإنسان بالناسخ حتى يثبت حكمه في حقه، ألا ترى أن أهل قباء لم يثبت في حقهم نسخ القبلة حتى علموا.

إذا ثبت هذا فلم يرتفع الأمر المشهور إلّا بنهي مشهور حتى يتصل بكل من اتصل به الأمر.

قالوا: ولا يلزم إذا رآه يبيع متاعه، لأنا إنما جعلنا السكوت إذنًا لدفع الضرر، وفي هذه المسألة إذا جعلنا السكوت رضا أضررنا بالسيد في زوال

(١) التوى: بوزن الحصى: الهلاك. ينظر: المصباح المنير مادة (توى).

ملكه عن المتاع وإذا لم نجعله رضا فضرر يلحق المشتري في أن لا يجوز عقده إلا أن الضرر الذي يلحق المشتري دون الذي يلحق السيد، فما يلحق السيد أعظم؛ لأنه يزول ملكه عن الشيء الذي باعه العبد، والذي يلحق المشتري أخف، لأن غاية ما في الباب أن لا يجوز عقده ولا يملك المشتري إلّا أن هذا ضرر قليل، لأنه إن لم يملك المتاع يبقى الثمن على ملكه وإذا كان الضرر الذي لحق البائع أعظم فدفع الضرر عنه بترك تجويز العقد أولى من دفع الضرر عن المشتري، لأن أعظم الضررين أولى بالدفع من أخفهما.

وفي مسألتنا الضرر بنفي الإذن ضرر عام والأمر بإثباته ضرر خاص وهو الذي يلحق السيد، ودفع الضرر العام أولى من دفع الضرر الخاص، وهذا معتمدهم.

وقد استدل بعضهم بأنَّ[1] السّكوت إذن: بسكوت البكر في النكاح وسكوت الشفيع عن الطلب وسكوت النبي ـ صلى الله عليه ـ عن أمرٍ شَاهَدَه وعَايَنه وغير هذا على ما عرف.

وربما يقولون العبد متصرف لنفسه وللسيد حق المنع فسكوته عن المنع من التصرف يجوز أن يكون مسقطًا حقه.

دليله: المشتري للشقص للمشفوع إذا تصرف فيه ورآه الشفيع وسكت.

الجواب:

قلنا: أما دفع الضرر واجب على ما قلتم، ولكن نحن قد دفعنا الضرر

(١) في المخطوط: «فإن»، ولعل المثبت هو الصحيح.

عن الناس حيث أطلقنا لهم الاستخبار عن إذن المولى إياه في التجارة إما من الناس أو من العبيد، ثم الاعتماد عليه إن كان محل الاعتماد فأما إذا اعتمدوا على إذن المولى وسكوته فهم الذين جروا الضرر إلى أنفسهم حيث اعتمدوا على ما ليس بمحل الاعتماد، ومَنْ جرّ الضرر إلى نفسه فليس علينا دفعه عنه.

۞ وحرف الجواب:

أنهم إذا سلكوا الطريق المشروع فلا ضرر، وذلك بأن يستخبروا عن الناس وجود الإذن أو من العبيد فإذا لم يسلكوا الطريق المشروع ولَحِقَهم الضرر فليس علينا دفعه.

ويقال: هذا بما كسبت يَدَاكَ فَذُقْ وَبَالَ أمرك وَيَدَاكَ أَوْ كَتَا وفُوُك نَفَخَ، ويقال لهم أيضًا: إن الإذن عقد شرعي، وفي العقود الشرعية يعتبر وجود أسبابها لتصح، فأما دفع الضرر لا يكون سببًا في انعقاد العقود، نعم، يجوز أن يقال دفع ضر أو جلب نفع يكون ثمرة عقد، فأما أن يكون هذا السبب في انعقاد العقد محال، وفي مسألتنا لم يوجد سبب وإن وجد سبب فبيّنوا.

وأما المسألة التي استشهدوا بها فهي على أصولهم، وعندنا: يجوز الحجر عليه في بيته، وقد جوّزوا مثل هذا في القِراض[1]، وعلى أنه إن سُلّم لهم فهناك إذن مشهور، فلا يرتفع إلّا بنهي مشهور فكذلك ههنا فُقِدَ إذن مشهور فلا يرتفع إلّا بإذنٍ مشهورٍ.

---

(١) القِراض: هو أن يدفع إليه مالًا ليتجر فيه والربح مشترك. ينظر: المنهاج ٢/٣١٠ مع شرحه المغني.

وأما المسألة التي ألزمناهم: فهي في نهاية الإلزام.

وأمّا عذرهم باعتبار أعظم الضررين، فليس بشيء، لأن ضرر السيد وإن كان أعظم لكن هو أضر بنفسه، لأنه كان ينبغي أن ينهَى عنه ويمنع منه.

وأما المشتري وإن كان ضرره أخف لكنه اعتمد على [١١٣/أ] سكوت السيد، وعندكم: هو محل الاعتماد فصار دفع الضرر عن المشتري أولى، لأنه لا عذر للسيد فيما يفعله، والمشتري معذور، ودفع الضرر عن المعذور أولى.

وأما قولهم: إن السكوت قد يكون رضا بحال، وسكوت البكر لا يكون رضا حقيقة، لأن رضاها ليس بشرطٍ مع الأب، ومع الأخ لابد من نطقها، وكذلك الشفعة السكوت عنها ليس برضا وإنما يسقط حقه بسكوته، لأنه حق على الفور فإذا ذهبت الفورية انتهى الحق وإذا انتهى لم يبق كسائر ما ينتهي.

وأما سكوت النبي ـ صلى الله عليه ـ فإنما جعل رضا وتقريرًا لوجوب الإنكار عليه(١).

وإن قالوا: ههنا يجب الإنكار عليه أيضًا.

قلنا: لا يجب، وإن أُستحب له الإنكار يكون استحباب الإنكار إذا زوّج بنته وأمته أو باع عبده، وفي هذا الموضع لا يكون سكوته رضا، كذلك ههنا.

والله أعلم بالصواب.

---

(١) مثل ما حصل في غزوة بني قريظة وقوله ﷺ: (لا يصلين أحدكم العصر إلّا في بني قريظة)، فبعض الصحابة صلى في الطريق والبعض الآخر صلى بعد أن وصل المكان فأخبروا بذلك النبي ﷺ فأقر كلًا عن اجتهاده.

※ (مَسْأَلَة):

لا يتعلق دين المأذون برقبة العبد المأذون، على معنى أنه لا تباع فيه رقبته عندنا[1].

وعندهم: يتعلق به وتباع فيه[2].

❖ لنا:

أن رقبة العبد من أصول أموال السيد فلا يتعلق به دين العبد.

دليله: سائر أمواله.

ومعنى قولنا: «إنه من أصول أموال السيد» أنه غير حاصل بكسب العبد.

وحرف المسألة:

أن الدَّين واجب على العبد والرقبة مال السيد فلا يتعلق دين العبد بمال السيد إلّا بمعنى من قبله يوجب تعليقه به ولم يوجد لا صريحًا ولا دلالة، أما الصريح فمعلوم عدم وجوده، أما الدلالة فلأنه لم يوجد من السيد إلّا الإذن بتحصيل الكسب وليس في الإذن بتحصيل الكسب دلالة على تعليق الدين برقبة العبد.

يبينه: أنه لو وجد فيه دلالة لكان من حيث إن تحصيل الكسب بالتجارة لا يخلو من دَينٍ يجب على العبد، ولابد للدين من محل يُقضى منه فتعلق

---

(١) النكت: ورقة ١٦٢/ب، المهذب: ٥١١/١، ٥١٢، الروضة: ٥٧١/٣، المنهاج مع شرحه المغني: ١٠١/٢، وهو قول الحنابلة. ينظر: المغني ٣٤٨/٦.

(٢) مختصر القدوري: ٤٧٤/١، ملتقى الأبحر مع شرحه مجمع الأنهر: ٣٥٥/٢.

بالرقبة ليُقضى منها، وهذا إنما يصير دلالة أن لو لم يوجد محل آخر يتعلق به فيُقضى منه، وقد وجد: وهو الكسب، فسقطت دلالة الإذن من الرقبة ليتعلق بها.

فإن قالوا: يتعلق بهما.

قلنا: لا يجوز الكسب محل تام في الوفاء بالدَّين كافٍ للقيام به وإنما قلنا ذلك؛ لأن الدَّين دين المعاملة والمعاملات يُرجَع فيها إلى العادات وهي حكم عدل فيها، والعادة أن ديون العبد إذا وجدت فإن أكسابه تفي بها ولا تزيد عليها إلّا نادرًا، وذلك ساقط كما تسقط إذا زادت على الرقبة، ولا يتعلق بمال آخر للسيد.

والحرف الوجيز في هذه الطريقة: أن الدَّين على العبد، والرقبة مال السيد، وإنما تتعلق بالكسب بدلالة لا توجد في الرقبة، وهي النظر لديون الناس حتى لا تَتوى، فإذا استقل الكسب بالوفاء بها على ما سبق سقط الدليل من تعلقها بالرقبة من كل وجهٍ.

ويمكن أن يعبر عما قلناه فيقال: الدَّين دين التجارة ودين التجارة يعتمد المراضاة، ولم يوجد من السيد رضا بتعلقه برقبة العبد لا صريحًا ولا دلالة، وقد وجد منه الرضا بالتعلق بالكسب دلالة على ما بيّنا، لأنه لما أذن له بتحصيل الكسب ولا تحصيل إلّا بدين ولابد للدين من محل يُقضى منه؛ ليرغب الناس في المعاملة مع العبيد معتمدين على وصولهم إلى حقوقهم من ذلك المحل، فإنه إذا لم يوجد نفروا من المعاملة مع العبيد؛ خوفًا من هلاك حقوقهم، فيفوت مقصود الموال، ي فقد وجد رضا المولى بالقضاء من كسب




العبد بهذا الطريق، لأنه لما أذن له مع علمه بذلك فقد رضي بتعلق الدَّين به دلالة، وهذا لا يوجد في الرقبة، لأن حصولها سابق على سبب الدَّين، ولأن المولى لا يأذن لعبده في التجارة لِيُتْوِيَه إنما يأذن ليحصّل منه مالًا فإن لزمه دين في التحصيل يقضي مما يحصّله ويبقى له شيء فإن لم يبق شيء ينجو منه كفافًا رأسًا برأسٍ ولا يَتَوى عليه ما هو رأس ماله، وإذا علقنا الدَّين بالرقبة سعينا في إتواء أصول أمواله فيكون الإذن في التجارة عائدًا إليه بضره لا بنفعه، ووضع الإذن في التجارة في الشرع لنفع الموالي من العبيد لا لضرهم، وهذا الوجه وإن كان قريبًا من الوجه الأول ويصلح تقريرًا له لكن المدخل الأول أحسن وأجرى في النظر.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: دين وجب على العبد مطلقًا فيتعلق برقبته.

دليله: دين الاستهلاك، وربما يقولون: دين وجب على العبد وظهر وجوبه في حق السيد، وعنوا [١١٣/ب] بالإطلاق في العبارة الأولى ما صرحوا به في العبارة الثانية.

والفقه لهم:

إن الدَّين قد وجب على العبد فيتعلق بمحل الوجوب، والرقبة محل الوجوب فتعلق بها من كل وجهٍ، فهو واجب في الرقبة فيقضى من الرقبة.

قالوا: وأما الذمة عبارة الفقهاء وهي في اللغة: عبارة عن العهد، والعهد لا يكون محل الوجوب.

وفي الشرع: عبارة عن شخص له ذمة أو شخص يصلح الدَّين واجبًا عليه؛ ولهذا يقال: لفلان على فلان كذا، وفي ذمة فلان كذا، وفي عنق فلان كذا، وفي رقبة فلان كذا ويعبرون به عن شيء واحد.

قالوا: وكذا نقول في الحر، ألا ترى أن الرقبة إذا تحولت مالًا كيف يقضى منها، فإذا ثبت أن الدين يتعلق بالرقبة ابتداءً وهو واجب قضاؤه شرعًا؛ لأنه غير مؤخّرٍ إلى ما بعد العتق بخلاف ما إذا أقر بدين قبل الإذن فأولى محل يقضى منه هو المحل الذي تعلق به إذا أمكن القضاء منه، إلّا أنه تقدم الكسب عليها لعارض دليل شرعي وهو النظر للغرماء والموالي، فإنا إذا قدمنا القضاء من الكسب لم يصر العبد محجورًا عليه، ولا يكون على تكسبه، ولا ينسد باب نفع السيد، ولا يزول ملكه عن رقبته، ولا يصير محل قضاء الدين للغرماء؛ لأنه يكون على تكسبه، وتحصيل ما يقضى به دينه، وإذا قدمنا القضاء من الرقبة استضر به الموالي والغرماء، وهذا لا يمنع التعلق بالرقبة ابتداءً وما نظير هذا إلّا دين الاستهلاك فإنه يتعلق بالرقبة ثم لو أن السيد قضى ذلك الدَّين من خالص ماله واستخلص الرقبة لنفسه فإنه يجوز، ولم يدل جواز ذلك على عدم تعلقه بالرقبة لكن فعل ذلك بطريق النظر من السيد لنفسه، وههنا تقديم الكسب نظر من الشرع للسيد وللغرماء زيادة حتى لو أراد السيد تقديم الرقبة بقضاء الدَّين منها واستخلاص الكسب لنفسه يجوز، وهذا معتمدهم في المسألة.

قالوا: وأما اعتبار رضا السيد فلا معنى له بعد أن تعلق الدَّين بالرقبة، وقد قام الدليل عليه مثل دين الاستهلاك.

وقال بعضهم: قد بيّنا أن العبد متصرف لنفسه، وإنما اعتبرنا إذن السيد ليكون رضا منه بتعلق الدَّين بالرقبة، وقد وجد الرضا من هذا الوجه، والأول أحسن.

وقد سلكوا طريقة أخرى في إثبات الدَّين في الرقبة وقالوا: ذمة العبد ضعيفة؛ لأنه آدمي ومال، فمن حيث أنه آدمي له ذمة، ومن حيث إنه مال فلا ذمة له، فله ذمة من وجهٍ دون وجهٍ فضعفت.

ولهذا المعنى قلّ خطاب الشرع في حقه، وإذا ضعفت ذمته تعدّى وجوب الدَّين إلى الرقبة من حيث التعلق؛ لأنها أقرب محل يصلح للاستيفاء منها، ونظيره ذمة المريض لا[1] ضعفت بإشرافها على الخراب بالموت تعدّى التعلق إلى أمواله، وكذا الميت، والطريقة الأولى أوجه وأولى.

قالوا: وليس كما لو حَجَرَ السيد على العبد ثم أقر بالدَّين حيث يُقضى من كسبه الذي في يده ولا يُقضى من رقبته؛ لأن في هذه المسألة إنما لا يُقضى من الرقبة؛ لأنه لم يجب الدَّين مطلقًا، فإنه لم يظهر حق السيد، وأما كسبه الذي بقي في يده والإذن في ذلك قائم لِيَقْضِي منه ديونه فيصح إقراره فيما يرجع إليه فيقضي منه.

والجملة أن إذنه مرتفع في حق الرقبة باقٍ[2] فيما بقي في يد العبد من الكسب قالوا: وظهر بما قلنا الاعتراض على ما قلتم؛ لأن حقيقة كلامكم أنه لم يقم دليل على التعلق بالرقبة وقد قام بدليل ما بيّنا.

---

(١) كذا في المخطوط ولعل صحة العبادة: «إذا».

(٢) في المخطوط: باقي.

قالوا: وأما إذا أقر العبد في حال الحجر فهو دين لم يثبت في حق السيد والرقبة ماله، فلم يؤاخذ بها لحق السيد، والكلام في دين يثبت وجوبه في حق السيد والعبد جميعًا.

۞ الجواب:

أما التحرير: فليس فيه دليل على التعلق بالرقبة؛ لأن وجوبه مطلقًا لا يدل على تعلقه برقبته، إنما يدل على كمال الوجوب وهذا لا يدل على التعلق بالرقبة بدليل الحر وأم الولد، والمدبّر على أصلهم.

أما قولهم: «إن الدَّين واجب على العبد».

قلنا: بلى، ولكن من أين قلتم يتعلق بالرقبة؟.

وقولهم: «إن محل الدَّين الرقبة».

قلنا: لا، بل الذمة؛ لأن الأصل الأحرار ونقطع أن ديونهم تتعلق بذممهم لا برقابهم؛ لأن التعلق بالرقبة ليس إلّا على معنى وجوب القضاء منها، ورقبة الحر لا تقضي الدَّين، وإذا قيل: لم يُقْضَ الدَّين من الدية؛ لأنه كان متعلقًا برقبته بل لأنها مال للمديون فَيُقضى منها دينه كما يُقضى من سائر أمواله.

ويدل عليه: أن العبد المحجور عليه إذا أقر تعلق الدين بذمته لا برقبته.

وقولهم: «إنه لم يظهر إقرار في حق السيد».

قلنا: وجب [١١٤/أ] أن يتعلق بمحله وإن لم يصدقه السيد، كما تعلق

بذمته، ولأن المقصود من هذا الكلام أن نبين إن الرقبة غير الذمة.

فإن قالوا: ما الذمة وما الرقبة؟.

قلنا: الرقبة عبارة عن ذاته وجسمه، والذمة عبارة عن محل الإلزام والالتزام شرعًا؛ وهذا لأن الآدمي لما فارق سائر الحيوانات بخطاب الشرع فارقها بذمة تكون محل[1] الإلزام بالخطاب ويكون أيضًا محل الالتزام بعقوده في معاملاته وأقاريره وغير ذلك، وهو نوع كرامة لبني آدم، فكما أكرموا بالخطاب الملزم للحقوق أكرموا بمحل لذلك يفارقون به غيرهم كما فارقوا بالخطاب.

ثم يقال لهم: ليس معنى قولكم إن الدَّين في الأصل يتعلق بالرقاب إلا أنه واجب عليهم، ولِمَ قلتم إن الوجوب على العبيد يقتضي قضاءها من رقابهم، فإن الوجوب عليه لا يقتضي إلّا خطابه بالأداء من الرقبة بخطاب ثانٍ فمن أين هذا؟.

يبينه: أن الوجوب لما كان على العبد فالخطاب إنما يتصور معه بالقضاء من الكسب، أما القضاء من الرقبة فخطاب مع السيد، ولا دليل على الخطاب مع السيد بقضاء دين العبد، وبهذا فارق دين الاستهلاك؛ لأن الخطاب هناك مع السيد وههنا الخطاب مع العبد، وإذا خوطب فلا يتصور أن يُقضى من رقبته إنما يتصور أن يُقضى من كسبه، وهذا كلام معتمد.

وأما الذي قالوه من ضعف ذمة العبد، فليس بشيء؛ لأنها ليست

(١) في المخطوط: محلًا.

بضعيفة بل ذمته قوية مستقلة بخطاب الشرع ونقصان الخطاب في موضع لا يوجب ضعف الذمة بدليل المرأة؛ ولأن ذمة الصبي كذمة البالغ وكذلك ذمة المجنون كذمة العاقل ولا خطاب أصلًا، وعلى أن هذا النقصان إن أثّر فيؤثر في حقوق الشرع لا في حقوق العباد، ولا نسلم أن ذمة المريض ضعيفة، ولا نقول أيضًا إن ديونه تتعلق بأمواله ثم يقال لهم: ضعف المحل يوجب ضعف الواجب فيه وقوة المحل توجب قوة الواجب فيه، فأما التعدّي بالضعف إلى محلٍ آخر فَلِمَ ومن أين؟ فهذا الذي قالوه كله أمانٍ كاذبة وزعومات باطلة.

وأما التعلق بفصل الاستهلاك.

فيقال لهم: لِمَ قلتم إن دين الاستهلاك كما يتعلق بالرقبة فوجب أن يتعلق بها دين التجارة، وذلك دين جناية وهذا دين تجارة ومعاملة؟ والمخاطب هناك هو السيد وههنا هو العبد، وخطاب الموالي في الرقاب وخطاب العبيد في الأكساب، وقد تأيّد هذا الفرقان على هذا الأصل بأم الولد، فإن جناية أم الولد على سيدها ويغرم قيمتها، ودينها إذا أذن لها في التجارة يتعلق بكسبها لا برقبتها، وأيضًا فإن ذلك الدَّين غير مستندٍ إلى الرضا حتى يعتبر اتصاله بمحل تعلقه، وقد اتصل بالكسب لا بالرقبة.

فهذه وجوه بينة في دفع تعلقهم بالاستهلاك، وإن ألحوا في طلب المعنى فنقول: لابد لدين الجناية من محلٍ يتعلق به؛ حتى لا يَتْوَى حق المجني عليه؛ لأنا لو لم نعلقه بمحل أدّى إلى ضرر عظيم يتصل بالناس؛ فإن الجنايات تكثر من العبيد؛ فإنهم يتصرفون في العادات، ويرسلون في الحاجات، فيفعلون




مُخَلّى الذرع[1] والسرب[2] باختيارهم من غير حافظ ووازع ويفارقون بهذا البهائم، فإذا لم نطلب محلًا نعلقه به تَوِّي حق أصحاب الحقوق ولم يبال السادة بذلك ولا محل أولى من رقابهم.

وأما في مسألتنا فلا تَوَى[3] على حقوق أصحاب الحقوق ولأنا وجدنا محلًا تعلق الحقوق به فيمنع تَواها وهو الكسب فلا معنى للتعلق في الرقبة، وهذا تخريج على الطريقة الأولى التي اعتمدنا عليها، وهو بيّن بحمد الله تعالى ومنّه، والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

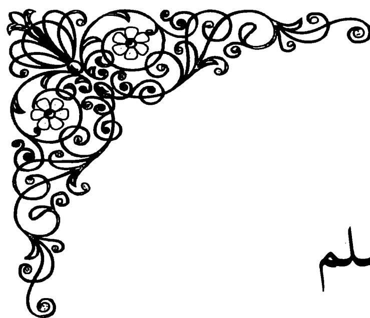


---

(١) الذّرع: الطاقة والوسع والقدرة. ينظر: لسان العرب مادة (ذرع).
والمقصود أنه مُخلى وطاقته ووسعه وقدرته وطريقه.

(٢) السرب: الطريق، ومنه يقال: خَلِّ سَرْبَهُ أي طريقه. المصباح مادة (سرب).

(٣) توى: على وزن حصى وقد يمدّ: أي: لاهلاك. ينظر: المصباح المنير، والقاموس المحيط مادة (توى).




مسائل من السلم

❋ (**مَسْألَة**):

يجوز السَّلم[1] في الموجود عند المحل وإن كان منقطع الجنس عند العقد[2].

وعندهم: لا يجوز إلّا أن يكون موجودًا من عند العقد إلى وقت المحل[3].

❖ **لنا:**

أنه أسلم في مضبوطٍ وَصْفُهُ مقدورٍ على تسليمه عند وجوب التسليم فوجب أن يجوز.

دليله: إذا كان موجودًا عند العقد أيضًا؛ وهذا لأنه اجتمع في هذا العقد

---

(١) السَّلم: لغة: هو تسليم رأس المال في مجلس العقد ويسمى سلفا. ينظر: لسان العرب مادة سلم ٢٩٥/١٢.
وفي الشرع: عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض بمجلس العقد. ينظر: زاد المستقنع مع شرح الفوزان ٩٧/٣.

(٢) الأم: ١٢١/٣، المهذب: ٣٩٥/١، المنهاج مع شرحه المغني: ١٠٦/٢، الروضة: ١١/٤، معالم السنن: ٧٤١/٣، الحاوي: ٣٩١/٥، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: الإشراف ٢٧٩/١، المغني ٣٩٢/٦.

(٣) الأسرار: ١١١/٢/ب (مراد ملا).
مختصر الطحاوي: ٨٦، مختصر القدوري: ٢٨٠/١، المبسوط: ١٣٤/١٢، البدائع: ٣١٧١/٧، الهداية وشروحها، فتح القدير: ٨١/٧.

[١١٤/ب] شرائط صحة السَّلم فصح سَلَمًا.

ودليل ذلك: أنه لم يفقد إلّا الوجود عند العقد، ألا ترى أنه لو كان موجودًا عند العقد، والعقد على هذا الوجه صح العقد فنقول: الوجود عند العقد لو اعتبر لاعتبر ليقدر بوجوده على التسليم والقدرة على التسليم لا تعتبر لعينها إنما تعتبر لأجل توجُّه المطالبة، ألا ترى أن الآبق مقدور على تسليمه في الجملة، ولكن اعتبر قدرة البائع؛ لأن المطالبة متوجهة عليه، فثبت أن القدرة على التسليم إنما تعتبر بواسطة المطالبة عند المحل ولا مطالبة قبل المحل فلا تعتبر القدرة قبله وإنما توجد المطالبة عند المحل والقدرة عنده موجودة، ألا ترى أنه لو عقد عند المحل وهو حال وجود المسلم فيه حكم بوجود القدرة، كذلك ههنا.

يبينه: أن ما قبل المحل كما بعد المحل في أنه ليس بزمان المطالبة ثم لا يعتبر الوجود بعد المحل كذا قبله بل أولى؛ لأن ما بعد المحل زمان المطالبة بقاءً وما قبل المحل ليس بزمان المطالبة لا بقاءً ولا ابتداءً.

۞ أما حجتهم:

قالوا: عقد سلم أورده على ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز، كما لو أسلم في المعدوم حالًا، وهذا لأن القدرة على تسليم المسلم فيه شرط لصحة العقد فإذا فُقِدَ لم يصح.

ودليل الوصف أن المسلم فيه في الحال معدوم فلا قدرة على تسليمه قطعًا فلو صح العقد لصح باعتبار القدرة على تسليمه عند المحل ولا تعلم القدرة على التسليم عند المحل؛ لأن القدرة لو كانت إنما تكون بإحدى

شيئين: بوجوده في أيدي الناس، وحياته عند المحل ليحكم له بالقدرة، ويجوز أن تدوم حياته فيحكم له بالقدرة، ويجوز أن يموت فلا يحكم له بالقدرة فلا يجوز إثبات القدرة بالاحتمال؛ لأن المحتمل لا يكون حجة في إثبات شيء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الظاهر حياته فالظاهر قدرته وذلك لأنا لا نسلم أن الظاهر حياته لكن لا بدليلٍ يدل عليها فإن حياة اليوم لا تكون دليلًا على حياته في الغد لكن صار الظاهر حياته عند المحل بحكم استصحاب الحال، واستصحاب الحال[1] حجة الحال، فإنه حجة في إبقاء ما كان على ما كان وليس بحجة في إثبات أمرٍ لم يكن[2].

والمعنى فيه:

أن الثابت مستدام ثبوته ولا يقطع إلّا بدليل يقوم على قطعه وغير الثابت مستدام عدم ثبوته إلّا أن يقوم الدليل على إثباته فكما أن الثابت لا يقطع ثبوته بالاحتمال؛ فغير ثابت لا يثبت بالاحتمال.

قالوا: ولهذا نقول: إن المفقود لا يورث؛ لأن حياته مستصحبة ولا يرث أيضًا؛ لأنه يجوز موته وإن كانت الحياة مستصحبة، فالملك الثابت له لم يقطع بالاحتمال وغير الثابت لم يثبت بالاحتمال، كذلك ههنا القدرة غير

---

(١) استصحاب الحال: هو التمسك بالحكم الذي كان ثابتًا إلى أن يقوم الدليل المزيل. ينظر: أصول السرخسي ٢/٢٢٥.

(٢) مثال ذلك: مسألة المفقود: أن الحياة المعلومة باستصحاب الحال تكون حجة في إبقاء ملكه في ماله على ما كان ولا يكون حجه في إثبات الملك له ابتداًء في مال قريبه إذا مات» ا.هـ ينظر: أصول السرخسي ٢/٢٢٥.

ثابتة فلا تثبت مع الاحتمال هذا حرفهم.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه إذا كان موجودًا عند العقد في ملك الناس غير موجودٍ في ملكه فالقدرة غير ثابتة إلّا بالاحتمال؛ لأنه يجوز أن يصل إليه، ويجوز أن لا يصل إليه؛ لأن القدرة على تسليم الديون لا تكون إلّا بهذا القدر وهو وجود أمثاله في أيدي الناس، وعلى أن في تلك الصورة إنما جوزنا ضرورة؛ لأنا لو لم نجوّز لم يجز أصلًا ولا ضرورة في الإسلام في المعدوم.

فإن قلتم فيه ضرورة الدَهَاقِين[1] وعامة الحراثين والأكّارين[2] ليقبلوا السَّلم في الحال في أشياء يرجون وجودها وحصولها لهم من بعد، فهذا ليس بشيء، فإنه لا ضرورة فإنهم يمكنهم أن يقبلوا السلم في الموجود في الحال، ثم إذا حصل لهم ما يرجون وجوده صرفوه إلى الأشياء التي قبلوا السَّلم فيها؛ من غير حرجٍ ومشقةٍ؛ لأن هذا التصرف وتحصيل المسلم فيه بهذا الوجه متيسر على الناس، هذا طريقهم المعتمد.

وقد قال مشايخهم في هذه المسألة:

إن السَّلم عقد يجب تنزيهه عن الغرر الموهوم كما يجب تنزيهه عن الغرر المحقق؛ بدليل أنه لا يجوز السَّلم في مكيلٍ وموزونٍ بشرط أن يكيل بمكيال رجل معين يخالف مكاييل الناس، وكذا الميزان وليس عدم الجواز إلّا لتوهم هلاكه فلا يدري ما يسلم، فوجب تنزيه العقد عن هذا الموهوم،

(١) الدَهَاقِين: جمع دهقان: معرب يطلق على رئيس القرية، وعلى التاجر وعلى من له مال. ينظر: المصباح المنير مادة (الدُّهقان).

(٢) الأكّارين: جمع أكّار وهو الزارع والحراث. ينظر: لسان العرب مادة (أكر).

وما عُدّ غررًا إذا أسلم في حنطة من مزرعة بعينها أو في رطبٍ من نخيل بأعيانها وليس ذلك إلّا توهم هلاك زرع تلك المزرعة أو رطب تلك النخيل، وقد دل على هذا الأصل قوله - ﷺ - [١١٥/أ] في السَّلم «أرأيت لو منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال أخيه؟»[1] فقد نص - صلى الله عليه - على اعتبار الموهوم؛ وهذا لأن السَّلم عقد غرر فالشرع أوجب فيه الاحتراز عن الغرر والموهوم إذا أمكن حتى لا يكثر الغرر، وإذا ثبت هذا الأصل فالموهوم في مسألتنا هلاك المسلم إليه قبل المحل وتوجه المطالبة والمسلم فيه منعدم في العالم والاحتراز عن هذا ممكن بأن يسلم في موجودٍ فوجب الاحتراز.

وربما يقولون في العقد: لابد له من محلٍ وقد عدم المحل في مسألتنا فلم ينعقد.

قالوا: وكذا إذا أسلم في غير المنقطع إلّا أن هناك جوّزنا للحاجة.

۞ الجواب:

أما الطريقة الأولى فقد بينا وجود القدرة عند المطالبة والاعتبار بذلك؛ لأن التسليم يجب بشرط المتعاقدين فينظر: إلى زمان الشرط، ويقال: العقود مشارطات شرعية فينظر: على الشروط وزمانها.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٣٩٨/٤ مع الفتح، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
ومسلم في صحيحه: ٢١٧/١٠ مع النووي، باب وضع الحائج.
والنسائي في سننه: ٢٣٢/٧، باب شراء الثمار قبل أن يبدو صلاحها.
والإمام مالك في الموطأ: ٢٢١/٤، مع المنتقى، باب المنتقى، باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها.

فأما قولهم: «إن القدرة في الحال غير ثابتة فلا تثبت بالاحتمال وهذا حرف الطريقة».

۞ **والجواب عنه من وجهين:**

أحدهما: أن الظاهر حياته، والظاهر حجة في أحكام الشرع؛ وهذا لأن الغالب في الناس أن حياتهم تفي بآجالهم وآجالهم لا تفضل عن أعمارهم فَمَنْ نظر في معاملات الناس عرف هذا الغالب الذي ادّعيناه، والذي يقولون من انقطاع حبل العمر نادر، والنادر لا يعارض الغالب، ولو ثبت الاحتمال الذي ادّعوه لثبت بمعارضة الموت الحياة في المستقبل بأن يقول القائل: كما يجوز أن يعيش غدًا يجوز أن يموت، إلّا أن المعارضة سقطت بالوجه الذي بيّنا، وإذا سقط المعارِض صار الاحتمال معرضا عنه؛ لأن الراجح مسقط اعتبار المرجوح.

جواب آخر معتمد:

وهو أنه قام دليل الحياة عند المحل شرعًا.

وبيان هذا أن بالإجماع[1] جاز التأجيل إلى شهر وشهرين وسنة وسنتين، وإنما جاز بناءً على وجود الحياة عند المحل؛ لأنه أجّل إلى مدة ليطالب عندها وقد جاز شرعًا وإنما تتصور المطالبة بموافقة الحياة، فدل أنه إنما جاز التأجيل إلى المدة المضروبة بتقدير حياته؛ ولهذا لو ضرب أجلًا نعلم أن الحياة لا توافقه لا يجوز؛ لأنه لم يوجد ما ينبني عليه الجواز، وإذا قام دليل الحياة من الشرع ثبتت القدرة شرعًا وسقط الاحتمال الذي قالوه، وهذا جواب

(١) ينظر: المغني ٦/٤٠٣.

يصطلم الطريقة ويأتي عليها بحيث لا يبقى للخصم معه متنفس.

وأما طريقة مشايخهم:

فليس بشيء؛ لأن الموهوم غير معتبر في إبطال العقود؛ وهذا لأن المحل المتحقق بالعقد قد وجدت القدرة على التسليم فيه والموهوم لا يعارض المتحقق فلو بطل العقود لبطل باعتبار محل موهوم فإذا لم يعارض الموهوم المتحقق سقط اعتباره ولا يبطل العقد المتحقق بقدرة متحققة في محل متحققٍ بموهومٍ لا يعارضه، ولأنه ما من عقدٍ إلّا ويتوهم عليه طُرَآن عارضٍ يبطله من إباقٍ في مبيعٍ، أو هلاك عبدٍ، أو تخمّر عصيرٍ، أو طُرَآن ردّةٍ أو محرمية على النكاح، وكان المعنى في الإعراض عن هذه العوارض عدمها في الحال ثم إذا وجد في العقد يبتنى عليه ما يقتضيه ويليق به من إثبات خيارٍ أو إفسادِ عقد أو غير ذلك.

وقولهم: «إن السلم تنزه عن الغرر الموهوم بخلاف بيع العين».

دعوى لا دليل عليه ولو قيل على العكس إن السلم أقبل للغرر فهو أحسن مما قالوه وأوفق للأصول.

وقال بعض أصحابنا:

لو اعتبر الموهوم ويجوز أن يموت إلى شهرٍ أو إلى شهرين يصير كأنه ضرب الأجل إلى شهر أو إلى شهرين، وهو[1] يقولون على هذا الأجل إلى شهرٍ أو شهرين إنما لا يجوز؛ لأنه يؤدي إلى منازعة بين المتعاقدين،

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (هم).

وفي الصورة التي ألزمتم لا يؤدي إلى المنازعة وما قدمنا من الجوابين كافٍ(١).

وأما مسألة الضمان: وهو أن السلم بوزن رجل بعينه فإنما يبطل السلم لجهالة قدر المسلم فيه؛ لأن الشرع واجب أوجب السلم بكيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ، وهذا العلم إما أن يرجع إلى المعتاد بين الناس أو إلى المكيال الشرعي الذي اعتبر في أحكام الشرع ولم يوجد واحد منهما ففات العلم بالمسلم فيه فبطل العقد لهذا، ونقول لا يجوز مثل هذا في بيع العين وذلك إذا اشترى مُكايلة أو مُوازنة بمثل هذا المكيال والميزان لما بيّنا.

وأما المسألة الثانية: فإنما أبطلنا السلم هناك [١١٥/ب] بالنص وهو حديث زيد بن سُعنة(٢) أن النبي ـ صلى الله عليه وعلى آله وسلم ـ قال: «أما في محلة بعينها فلا...»(٣) وعلى أن هناك القدرة على التسليم عند المحل لا توجد؛ لأن القدرة على التسليم إنما تكون بأن يكون المسلم فيه عام الوجود على ما عرف في المذهب في تلك الصورة لا يكون عام الوجود.

---

(١) في المخطوط: كافي.

(٢) زيد بن سُعنة الحبر الإسرائيلي ـ اختلف في سعنه فقيل بالنون وقيل بالتحتانية، قال ابن عبد البر: بالنون أكثر، روى قصة إسلامه الطبراني وغيره، توفي في غزوة تبوك مقبلًا إلى المدينة. الإصابة: ١/٥٤٨، الاستيعاب مع الإصابة: ١/٥٤٣.

(٣) لم أجده بهذا اللفظ ولكن روى البيهقي معناه فقال:... قال: عبد الله بن سلام إن الله لما أراد هدى زيد بن سعنة... فذكر الحديث... إلى أن قال: فقال زيد بن سعنة: يا محمد هل لك أن تبيعني تمرًا معلومًا إلى أجل معلوم من حائط بني فلان قال لا يا يهودي، ولكني أبيعك تمرًا معلومًا إلى كذا وكذا من الأجل ولا أسمي من حائط بني فلان فقلت: نعم...» اهـ. ٦/٢٤.

ورواه الحاكم في قصة إسلام زيد بن سعنة مطولًا. المستدرك: ٣/٦٠٤.

وأما قوله ﷺ: (أرأيت لو منع الله الثمرة)(١).

قلنا: هذه الكلمة إنما وردت في بيع الثمار قبل بدو الثمار والصلاح لا في السلم.

وقولهم: «إن المحل مفقود في هذا العقد».

قلنا: لا، بل موجود مثل ما يوجد إذا كان السلم في غير منقطع؛ وهذا لأن السلم عقد على دين فلا يستدعى إلّا وجود ذمة صحيحة قابلة للوجوب. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

السلم الحال عندنا جائز(٢).

وعندهم: باطل(٣).

لنا:

أن السلم مؤجلًا يجوز فيكون حالًّا أجوز.

---

(١) سبق تخريجه في ص٢٦٣.

(٢) المهذب: ٣٩٣/١، النكت: ورقة ١٤٦/أ، الروضة: ٧/٤، الأم: ٨٥/٣، المنهاج مع شرحه المغني: ١٠٥/٢، معالم السنن: ٧٤٣/٣، شرح صحيح مسلم للنووي: ٤١/١١، الحاوي: ٣٩٥/٥.

(٣) الأسرار: ١١٢/٢/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ٨٦، مختصر القدوري: ٢٨١/١، الهداية مع شرحها: فتح القدير: ٨٦/٧ رؤوس المسائل: ٣٩٨، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: الإشراف ٢٨٠/١، المغني ٤٠٢/٦.

فإن قالوا: لِمَ؟

قلنا: لأن المؤجل يتغير عما يقتضيه العقد، والحال مُوفّر مقرر عليه ما يقتضيه العقد فإذا جاز مغيرًا عما يقتضيه العقد فلأن يجوز مقررًا عليه ما يقتضيه العقد أولى.

وبيان هذا: أن استحقاق العوض ملكًا ومطالبةً مقتضى العقد، أما الملك فلا إشكال فيه، وأما المطالبة فلأن مَنْ ملك شيئًا بعقد يملك أن يطالب به خصوصًا إذا كان قد أعطى عوضه والأجل مُغير مقتضى العقد؛ لأنه يؤخر المطالبة بعد تحقق سبب المطالبة، فثبت أن الأجل داخل على العقود ليغير مقتضاها، ولهذا المعنى لا تقبله بعض العقود ولو كان يوافق مقتضى العقد لم يتصور أن لا يقبله عقد، وإذا ثبت أنه مغير مقتضى العقد ثبت الأصل الذي ادّعيناه أنه إذا جاز مؤجلًا فحالًّا أجوز وإنما اخترنا هذا الدليل؛ لأنه قول صاحب المذهب[1] فكان التعلق به أولى، وأيضًا فإن الحالّ أبعد غررًا من المؤجل؛ لأن الأجل في نفسه غرر كالخيار غرر، ولأنه بالأجل يتأخر موجب العقد، ولا يُدرى أنه هل يتصل به مُوجَبه أم لا؟ فإن اتصل لا يُدرى أنه هل يقدر عليه أو لا؟

فثبت الغرر في الأجل من هذا الوجه وصح ما ادّعيناه.

وقد قال بعض أصحابنا محتجًا في هذه المسألة: إن السَّلم يجوز أن يبقى حالًّا فيجوز أن يثبت حالًّا، وصوروا فيما إذا مات المسلم إليه عقيب العقد بقي العقد صحيحًا، وكذلك إذا اتفق العاقدان على إسقاط الأجل.

(١) يعني بذلك الشافعي فقد نص على ذلك في الأم: ٣/٨٥.

يبينه: أن الباقي هو المنعقد فإذا بقي حالًّا في هذه الصورة فلينعقد كذلك ؛ وهذا لضعفٍ لأنهم يقولون سقوط الأجل بعارضٍ يسقطه لا يدل على أنه ليس بشرط ؛ لأن الشروط قد تسقط بالعوارض ، وهذا كالأجل في السَّلم في المعدوم فإنه يسقط بعارض موت المسلم إليه ولم يدل على أنه ليس بشرط ؛ وهذا لأن السَّلم قديم بشروطه ، والشروط إنما تعتبر عند العقود لا بعد العقود ثم إذا سقط لعارضٍ يثبت له حكمه على ما يقتضيه ، فلا جَرَمَ نقول يثبت لرب السلم حق الفسخ إن لم يصل إلى المسلم فيه.

وحرف الاعتراض: أن الأجل مشروط عندنا لأجل الانعقاد لا لأجل البقاء ، فالاعتماد على الأول.

❁ وأما حجتهم:

تعلقوا أولًا بقوله ـ ﷺ: (مَنْ أسلم فليسلم في كيلٍ معلومٍ ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ...)(١).

والمراد مَنْ أراد أن يسلم فليسلم هكذا ، فهو مثل قوله: مَنْ دخل داري

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٤/٤٢٩ ، مع الفتح ، باب السلم في وزن معلوم ، من كتاب السلم.
ومسلم في صحيحه: ١١/٤١ ، مع النووي ، باب السلم ، من كتاب المساقاة.
وأبو داود في سننه: ٣/٧٤٢ ، مع المعالم ، باب في السلف ، من كتاب البيوع.
والترمذي في سننه: ٦/٤٨ ، مع العارضة ، باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر ، من أبواب البيوع.
والنسائي في سننه: ٧/٢٥٥ ، باب السلف في الثمار ، من كتاب البيوع.
وابن ماجة في سننه: ٢/٧٦٥ ، باب السلف في كيل معلوم ، من كتاب التجارات والإمام أحمد في المسند: ١/٢٢٢.
واللفظ عندهم (من أسلف في شيء).

فليغض بصره، ومَنْ كلمني فليكلم بصواب، فاقتضى ظاهر هذا الخطاب المنع من السَّلم إلّا على هذا الوجه كما اقتضى ما ذكرنا المنع من الدخول إلّا غاضّ البصر والمنع من الكلام إلّا بصواب.

ومن حيث المعنى قالوا:

أسلم فيما لا يقدر المسلم إليه على تسليمه فلا يجوز، كما لو أسلم في منقطع حالًا، وإنما قلنا ذلك لأن القياس الصحيح يقتضي أن لا يصح السلم أصلًا؛ لأن المبيع فيه هو المسلم فيه، والأصل أن المبيع لا يكون مبيعًا إلّا بعد أن يكون عينًا مملوكةً مقدورًا على تسليمها؛ وهذا لأن العقد في المبيع يوجب نقل الملك فيه إلى صاحبه ونقل الملك لا يصح إلّا في عين مملوكة ثم القدرة على تسليمها شرط؛ لأن الوصول إلى المبيع مقصوده ولا وصول إلّا بالقدرة.

وإذا ثبت هذا الأصل نقول: «لم يوجد في السَّلم ما يصلح أن يكون مبيعًا؛ لأنه لا عين ولا ملك إلّا أن الشرع جوّزه رخصة، وذلك لما روي عن النبي ـ صلى الله عليه ـ أنّه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السَّلم...»[1].

وَحَدُّ الرخصة هو: إطلاق [١١٦/أ] مع بقاء الحاظر لعذر مثل الرخصة في أكل الميتة عند الضرورة، ورخصة إجراء كلمة الكفر على لسانه، فالحاظر ههنا عدم المبيع، والعذر وجود الحاجة إلى هذا العقد للفقراء والمحاويج، فإن الإنسان محتاج إلى ما ينفقه على نفسه وليس عند شيء يفضل عن حاجته

(١) سبق تخريجه في ص١٠٠.

لبيعه، ويرجو وجود مال من إدراك ثمرة له أو استحصاد زرع أو قدوم مال غائب، فيقبل السَّلم فيما تأمل وجوده أو في شيءٍ آخر، فيأخذ رأس المال في الحال فينفقه، فهذا العذر سبب الرخصة، والرخص تتبع الأعذار والحاجات، ومن هذا يقال السَّلم: عقد المفاليس والمحاويج[1] فصار السَّلم في الحقيقة قبول عقد فيما لا يقدر على تسليمه فجوّز رخصة، ثم القدرة على تسليم المبيع شرط ليصح العقد، وفي الحال لا قدرة لما ذكرنا فجعل الشرع الأجل شرطًا ليقدر به على التسليم، فإن القدرة بالوجود، والوجود للمُعدِمِين بالتكسب والتحصيل ولابد له من زمانٍ ومدةٍ، وذلك من الأجل فصار الأجل ليقدر به على تسليم المسلم فيه فصار حتمًا لازمًا ولم يجز تركه بحال وهو مثل الأجل في الكتابة عندكم فإنه لما كان ليقدر به على تسليم بدل الكتابة كان حتمًا عندكم.

أما عندنا: إنما تصح الكتابة حالة؛ لأن العجز هناك في عوض الكتابة، وعوض الكتابة بمنزلة الثمن في المبيع ولا يعتبر وجود القدرة على تسليم الثمن ليصح البيع عندنا، وهذا يأتي في مسألة الإفلاس بالثمن.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن السَّلم من الغنى حالًا لا يجوز عندكم أيضًا، وإن كان قادرًا على التسليم وذلك لأنا دللنا على أن السلم عقد رخص فيه لأجل الحاجة، والحاجة أمر باطن لا يوقف عليها فأعرض عنها وأُدير الحكم على سبب ظاهر وهو الإقدام على السَّلم مثل قصر السفر مع اعتبار المشقة على ما عرف.

---

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن: ٣/٣٧٩.

وهذا لأن السَّلم عقد بأوكس الثمنين فإن الإنسان إذا كان عنده عين يبيعها بأوفر الثمنين وإذا قبل السَّلم بشيء في ذمته يقبل بأوكس الثمنين، والعاقل لا يترك البيع بأوفر الثمنين ويعدل إلى الأوكس إلّا للحاجة فصار الإقدام دليل الحاجة وإن اتفق أن يكون عنده من جنس ما قبل المسلم فيه فالظاهر أنه مشغول بحاجته حيث لم يبعها عينًا وَعَدَلَ إلى السَّلم، والمشغول بالحاجة كالمعدوم بدليل الماء للعطشان في السفر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه قادر على أداء المسلم فيه بما حصل عنده من رأس المال؛ لأن رأس المال إنما أخذه للحاجة إليه على ما سبق فيكون مشغولًا بحاجته فلا تتحقق به القدرة.

يبينه: إنه كيف يجوز المسلم حالًا ويطالب في الحال فيحتاج إلى أن يصرف ما أخذه لحاجته إلى هذا، وزيادة شيء يضع عليه فيؤدي إلى أن يصير الحلول سببًا إلى إبطال ما جُوّز العقدُ في الشرع لأجله، وهذا محال.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن معنى الرخصة المذكورة في الخبر هو أن يبيع ما ليس بحاضرٍ عنده من ذمته حتى إذا وصل إليه يسلمه وقد كان لا يجوز في الشرع لعدم رؤيته فرخص في بيعه في ذمته وإن كان غائبًا عنه حتى إذا وصل إليه سَلّمه.

قالوا: وهذا فاسد من وجوه:

أحدها: إن النبي صلى الله عليه نهى؛ لأنه باع ما ليس عنده، وفي الصورة التي قلتموها ليس الفساد للغَيبة ولا الجواز للحضور فإنه لو باع عينًا

غائبةً وقد كان رآها من قبل يجوز، ولو باع عينًا حاضرةً غير أنها في كُمّه أو في كفه لا يجوز، فدار الجواز والفساد على الرؤية وعدم الرؤية لا على الغَيبة والحضور.

والثاني: إن الشرط الذي يسقط اعتباره في السَّلم جائز دونه رخصة عدم العينية والملك جميعًا؛ لأن الذي باعه في الذمة ليس بعينٍ ولا بملكٍ فإنه لا يملك شيئًا في ذمة نفسه حتى يبيعه، ألا ترى أنه متى مَلَكَ سَقَطَ، فثبت أن العذر المجوّز عدم العينية والملك، لا عدم الحضور أو الرؤية؛ لأنهما لا يُعدمانِ الملك فلا ينبغي أن يسقط اعتباره وينبغي أن لا يجوز بيعه قبل الملك سَلَمًا؛ لأنه إذا كان المجوّز عدم الغَيبة والغَيبة لا بعدم الملك فلا ينبغي الجواز إلّا بعد وجود مثل ملك الموصوف في ملكه؛ لأن العذر ارتفع بجواز بيعه من ذمته فينبغي أن يبقى شرط قيام الملك كما كان شرطًا في بيع العين مع العين.

والثالث: وهو [١١٦/ب] أن الرخصة تكون بعذر، والعذر هو العجز في مسألتنا، ولا عجز عن الإحضار في تلك الصورة والانتظار ممكن، وأيُّ فوق بين أن ينتظر شرط الإحضار قبل العقد أو بعده فلابد منه، فثبت أن هذا التأويل باطل، وأن الخبر متناول للصورة التي قدمناها لا غير.

قالوا: ولهذا سُمّى العقد سلمًا؛ لأن الأجل من شرط البيع في الأصل لما كان أن يكون بعد ملك المبيع وهذا بيع قبل الملك، وكان استعجالًا للبيع عن حينه.

والسلم في اللغة والسلف واحد، كالسلف من الناس وهم الذين تعجلوا

إلى الله تعالى فالاستسلاف والاستعجال في اللغة واحد، والعقود التي خُصِت بأسماء إنما خُصِت بها لدلالتها على معانيها كالنكاح سُمّي به لما فيه من الازدواج، والضَّم، والصَّرف لما فيه من ترادّ الأبدال في المجلس، كذلك ههنا سمي العقد سلمًا لما فيه من استعجاله عن حينه وزمانه الذي هو شرط له في الأصل، فثبت الأصل الذي قدمنا وتبين أن الأجل دخل عليه ليقدر به على التسليم فلم يجز إخلاء العقد عنه هذا معتمدهم في المسألة.

وقد ذكر مشايخهم: أن السلم لما اختص بالدَّين مع قبول العين للتمليك مثل الدَّين ومع أن العين أبعد من الغرر فلابد أن يكون لمعنىً وليس كذلك إلّا وجوب الأجل، فإنه لما لم يخل عن الأجل لم يخل عن الدَّين الذي هو محل الأجل.

۞ الجواب:

أما الخبر.

قلنا: هو وارد لبيان إيجاب الإعلام، ألا ترى أنه ليس فيه استيفاء جمع(١) شرائط السَّلم.

ويدل عليه: أنه يجوز السَّلم في غير المكيل والموزون، ولو كان على ما قلتم لم يجز في غيرهما فالإعلام لا يكون إلّا بعد وجود الأجل فلا جرم.

قلنا: إذا ذكر الأجل فلابد من إعلامه.

فأما المعنى الذي قالوه.

---

(١) كذا في المخطوط ولعله: جميع.

قلنا: لا نسلم لهم ما ادّعوه من العجز؛ لأنه إن كان غنيًا فهو قادر وإن كان فقيرًا فهو قادر على تحصيل المسلم فيه بما حصل في يده من رأس المال، والأولى أن نقول: العجز أمر باطن فيدار على السبب الظاهر فنقول: إقدامه على السلم الحال مع أهلية الملك دليل القدرة.

وأما قولهم: «إن الأصل أن لا يجوز السَّلم».

قلنا: بل الأصل جوازه في الموضع الذي نصوره من بعد.

وقوله: «إن المبيع لابد أن يكون عينًا مملوكة».

قلنا: إذا باع عينًا، فأما إذا باع دينًا وجب ابتداءً في ذمته فلا، وهذا كالثمن إذا اشترى شيئًا بثمن في ذمته فإنه يجوز على الأصل لا معدولًا به عن الأصل خصوصًا على أصلكم على ما عرف في مسألة تعيين الدراهم؛ وهذا لأن الأموال ضربان: أعيان وديون، والعقود قسمان: بيع وسلم، وأحدهما على العين، والآخر على الدَّين، فكما يجوز بيع العين المملوكة على الأصل يجوز بيع الدَّين من الذمة على الأصل.

وأما القدرة على التسليم فهو شرط فيهما لكن على حسب ما يليق به ففي بيع العين إنما توجد القدرة على تسليمه المبيع بوجود العين في ملكه وفي الدَّين توجد القدرة على التسليم بوجود أمثاله في أيدي الناس وتصور وصوله إليه بأهلية التملك؛ وهذا لأن المبيع دين فلا معنى لاعتبار وجود شيء في ملكه؛ لأن الدّين واحد مَلَكَ شيئًا أو لم يملك فاعتبر لحصول القدرة على التسليم وجود أمثاله في أيدي الناس أعني وجود أمثال الموصوف وتصور

وصوله إليه.

وهذا لأن القدرة لما كانت بالمثل فسواء وجد في ملكه أو في أيدي الناس فالمثليّة واحدة، ولا معنى لاعتبار ملكه أصلًا والوصول إليه ليسلمه بعد إن وجد في نفسه لا يكون فيه كثير اختلاف فسواء كان في ملكه فيصل إليه فيسلمه أو في ملك غيره فيُحصّله فيسلمه فتتحقق القدرة في الموضعين.

وقولهم: «إنه لابد من زمانٍ ليحصله».

قلنا: هذا الكلام بناء لهم على أن السَّلم عقد الفقراء، وإذا كان مُعدِمًا فقيرًا فلابد من زمان التكسب، ونحن إذا لم نوافقهم على هذا الأصل على ما سبق بيانه أُعرض عن فقره وغناه واعتبر الوجود وتصور السبب منه للوصول وزمان مباشرة السبب ليحصّله مثل زمان إحضاره ليسلمه ولا يعتبر ذلك، كذلك ههنا.

بقى لهم التعلق بالخبر وهو: أن الشرع سَمّى السلم رخصة.

قلنا: لا نعرف صحة الخبر على ما ادّعوا ونقلوا، وعلى أنه وإن نُقِلَ فليس من شرط كون الشيء رخصة وجود العجز بدليل المسح على الخفين؛ وهذا لأن الشيء يسمى رخصة إذا أطلق لنوع تيسيرٍ [١١٧/أ] وتسهيلٍ على العباد، وقد يعسر الإحضار وإن كان في ملكه ويخاف فوت المشتري فجوّز له السَّلم وسمى رخصة؛ لأنه مشروع لدفع مشقة وعسر، وهذا الجواب ضعيف؛ لأنه بناء على أن معنى الخبر هو بيع غير المرئي[١] وقبول السَّلم في

(١) في المخطوط: المرائي.

الغائب عن مجلس العقد.

وقد ذكرنا اعتراضهم عليه فوجب الجواب المعتمد: هو أن الخبر وإن وَرَدَ على ما قلتم لكن النظر في المعاني لا يترك والأحكام مستخرجة من قواعد الشرع المؤسسة وقوانينه المقننة فنقول:

وجدنا البيع تمليك عين مملوكة والسلم تمليك موصوف في الذمة بإيجابه ابتداءً، والكل صحيح لقيام الدليل عليه، والقدرة مشروطة على اللائق بكل واحد منهما وقد سبق هذا كله.

وإذا ورد لفظ الشرع فيطلب له وجه صحة ولا يترك هذا الأصل فنقول:

«لفظ الرخصة محمول على السلم في المعدوم؛ لأنا بيّنا أن القدرة على التسليم بوجود مثله في أيدي الناس فإذا لم يوجد فلا قدرة فينبغي ألّا يجوز، فالشرع جوّز رخصة لوجود نوع حاجة إليه وضرب تسهيل وتوسيع وسُمّي رخصة؛ لأن الحاضر قائم وهو العجز عن التسليم لفقد المثل وصار الأجل من شرطه ليقدر به على التسليم.

فأما فيما سوى هذه الصورة من عقود السَّلم فجائز على الأصل ولا نسميه رخصة، وهذا هو الأولى؛ لأن العجز الذي أرادوا تحقيقه لا يمكن بحيلةٍ ما، فإنه كيف ما صوّروا توهم القدرة لا ترتفع ومع توهم القدرة لا يتحقق العجز، وهذا حرف في نهاية الاعتماد، ولا يبقى لهم على هذا كلام.

وأما في الصورة التي ذكرناها فقد تحقق العجز فاستقام معنى الخبر.

وقولهم: «إنه بيع بأوكس الثمنين».

قلنا: هذا إذا قبل مؤجلًا، وأما إذا قبل حالًا فيبيع بالثمن الوافر مثل: ما إذا باع عينًا.

وأما طريقة مشايخهم:

فليست بشيء، ويقال لهم: من أين قلتم لما اختص بالدَّين كان بحتمية الأجل ووجوبه؟

ويدل عليه: الأثمان على أصولهم، فإنها اختصت بالديون والأجل ليس بشرط، ثم حقيقة الجواب:

إن السَّلم بيع دين فإذا أسلم في عين فَلِمَ يعقد السَّلم؟ فلا ينعقد السلم؛ لأن بيع العين غير، وبيع الدَّين غير، ونقول:

إذا اعتبر المعاني في العقود لا صور الألفاظ إذا أسلم في عين وأشار إليها يجوز بيعًا فليس لما قالوه معنى، ويمكن أن يقال إنما اختص بالدين ليقبل الأجل، وما قالوه كان طلب فائدة، وهذه فائدة.

وقد قال بعضهم: لما شرط قبض رأس المال وهو أقصى مراتب الأعيان فيشترط تأجيل المسلم فيه ليكون على أقصى مراتب الديون، وهذا باطل، وكيف يصح طلب هذه المقابلة، وبالإجماع رأس المال يصلح عينًا إلى أن يحضره ويسلم، وعلى أن قبض رأس المال شرط للفظ السلم وهو يقتضيه، وليس في لفظه ما يقتضى تأجيل المسلم فيه فترك على الأصل والأصل في الديون الحلول، والأجل بعارض شرط. والله تعالى أعلم بالصواب.



❋ (مَسْألَة):

السلم في الحيوان عندنا صحيح[1].

وعندهم: باطل[2].

❋ لنا:

حديث عبد الله بن عمر أن رسول الله ﷺ: «جهز جيشًا فعزّت[3] الإبل فأمرني أن اشترى بعيرًا ببعيرين إلى أجل...»[4].

وهذا نص، وليس لهم تأويل إلّا الحمل على النسخ فلا يجوز إلّا بدليل قاطع.

وروى مثل مذهبنا عن علي[5] ....

---

(١) الأم: ١٠٣/٣، المهذب: ٣٩٣/١، الروضة: ١٨/٤، المنهاج: ١١٠/٢، النكت: ورقة ١٤٦/ب، معالم السنن: ٦٥٣/٣، الحاوي: ٣٩٩/٥، وهو قول المالكية وظاهر المذهب عند الحنابلة. الإشراف ٢٨١/١، المغني ٣٨٨/٦.

(٢) مختصر الطحاوي ص٨٦، مختصر القدوري: ٢٨٠/١، المبسوط: ١٣١/١٢، الأسرار: ١١٢/٢/أ (مراد ملا) البدائع: ٣١٦٦/٧، رؤوس المسائل: ٢٩٩، وهو رواية عند الحنابلة ينظر: المغني ٣٨٨/٦.

(٣) فَعَزّت: أي قَلّتْ فلا تكاد توجد فهي عزيزة.
ينظر: القاموس المحيط مادة (عَزّ).

(٤) رواه أبو داود في سننه: ٦٥٢/٣، ٦٥٣، باب في الرخصة في الحيوان بالحيوان نسيئة، والدارقطني في سننه: ٧٠/٣.
وأحمد في مسنده: ١٧١/٢، ٢١٦.
والحاكم في المستدرك: ٥٧/٢ وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».
والبيهقي في سننه: ٢٨٧/٥، ٢٨٨ باب بيع الحيوان وغيره مما لا ربا فيه.

(٥) ذكر ذلك في الأم: ١٠٣/٣، النكت: ورقة ١٤٧/أ.

وابن عباس[١] وابن عمر[٢] رضي الله عنهم.

وقد روى أن النبي صلى الله عليه «نهى عن السلف في الحيوان...»[٣].

ورووا أن النبي صلى الله عليه: (نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئًا...)[٤].

والأول: لا يثبت[٥]، ولو ثبت لقلنا به.

وقيل: إنه رواية عبد الملك[٦] الذماري[٧] ولا يعرف، وقد حُمِلَ على السلم في حَبَل الحَبَلة[٨] وقد كانوا يعتادون ذلك.

(١) ذكر ذلك في الأم: ١٠٣/٣، النكت: ورقة ١٤٧/أ.
(٢) المصدرين السابقين.
(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٧١/٣، والحاكم في المستدرك: ٥٧/٢، وقال: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه»، وفي إسناده «إسحاق بن إبراهيم بن جوتي» قال فيه ابن حبان: «منكر الحديث جدًا يأتي عن الثقات بالموضوعات، لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب...» ا. هـ. المجروحين: ١٣٧/١، ١٣٨.
(٤) رواه الدارقطني في سننه: ٧١/٣، وأبو داود في سننه: ٦٥٢/٣ مع المعالم، باب بيع الحيوان بالحيوان نيسئة، وابن ماجة في سننه: ٧٦٢/٢، باب الحيوان بالحيوان نسيئة، والنسائي في سننه: ٢٥٧/٧، باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، والدارمي في سننه: ٢٠٤/٢، باب في النهي عن بيع الحيوان بالحيوان، والترمذي في سننه: ٢٤٦/٥ مع العارضة، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقال: «هذا حديث حسن صحيح».
(٥) ينظر: حاشية (٤).
(٦) عبد الملك بن عبد الرحمن الذماري الأنباري صدوق وكان يصحف، روى له أبو داود والنسائي، ينظر: التقريب: ٢١٩.
(٧) في المخطوط (النهاوندي) والتصويب من سنن الدارقطني والمستدرك للحاكم.
(٨) في حاشية المخطوط (حبل الحبلة) نتاج النتاج.

والخبر الثاني: حُمِلَ على النسأ من الجانبين[1].

والجملة أن الأخبار وأقوال الصحابة فيها تتعارض فنصير إلى القياس فنقول: أسلم في مضبوطٍ وصفه مقدور على تسليمه أو مبيع معلوم مقدور على تسليمه فيجوز كما لو باع عينًا، والتعليل لما إذا باع دينًا، لا خلاف في هذه الجملة أنها إذا وجدت صح السَّلم.

وإنما الكلام في إثباته فنقول: المعتبر في إعلام المسلم فيه هو الأوصاف الظاهرة التي يتيسر معها التسليم لاتساع وجود المسلم فيه بتلك الأوصاف، وأما الأوصاف الباطنة في الحيوان، وما سبق ذكره، ونفي الحرج في [١١٧/ب] اعتباره فساقط وإنما أسقطنا ذلك؛ لأن الأوصاف الباطنة في الحيوان لا يوقف عليها بالنظر والعيان فضلًا عن الوصف ومع ذلك يجوز بيع الحيوان عينًا، وما يسقط في بيع العين فهو ساقط في بيع الدَّين؛ ولأن المقصود من ذكر الأوصاف وجود سهولة التسليم فيما يؤدي اعتباره وذكره إلى الحرج يسقط ولم يعتبر؛ لأن الله تعالى أسقط الحرج في العبادات فكيف في المعاملات؟

والدليل على هذا الأصل الذي ادعيناه صحة السلم في الثياب فإن دقائق صفاتها خصوصًا في الديباج المنقشة لا يأتي عليها الذكر، ولهذا المعنى عُدّ من ذوات القيم في الإتلاف ولم يعد من المثليات ولكن اعتبر الصفات الظاهرة التي بذكرها يسهل وجود المسلم فيه ويتيسر تسليمه وما كان اعتباره يؤدي إلى الحرج فإنه يسقط، كذلك ههنا.

---

(١) قاله الخطابي في المعالم: ٦٥٣/٣.

وإذا تمهدت هذه القاعدة فنقول:

الحيوان له صفات ولتلك الصفات أسامٍ في فنون اللغات وهي أسامٍ معلومة دالة على معاني مفهومة فإذا ذكرت تلك الأسامي فهمت تلك الصفات والمعانٍ، فصار الموصوف متيسر الوجود وأمكن فيه التسليم فالتحق بالعين القائمة الموجودة في أمر جواز العقد عليه وتعيّن صورة ليصير ما أجملناه مفهومًا فنقول:

الحيوان مشتمل على أجناس فإذا ذكر البعير صار معلوم الجنس، ثم هو مشتمل على أنواع فإذا قال: بختي، صار معلوم النوع، ثم هو يشتمل على أسنان فإذا قال: حقة أو بنت مخاض صار معلوم السِّن، ثم هو مشتمل على ألوان فإذا قال: أحمر أو أسود أو أورق، صار معلوم اللون، ثم هو يشتمل على أنساب معلومة فيما بين أهلها فإذا قال: من نجار[1] كذا، صار معلوم الأصل، ثم هو يشتمل على صفات من السِّمن والهزال والوسط، فإذا قال: سمين أو مهزول، لصار معلوم هذا الوصف، فلا يبقى له بعد ذلك إلا ما هو ساقط اعتبارة.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: [أسلم في مختلف فلا يجوز، كما لو أسلم في اللآلئ والجواهر، وكالسلم في الخلفات[2] والأكارع والرؤوس][3] والجلود.

---

(١) النّجار بكسر النون وضمها: الأصل والحسب، وقيل: اللون. ينظر: جمهرة اللغة (٤٦٧/١)، والصحاح (٨٢٣/٢)، والمصباح المنير مادة نجر، والقاموس مادة النجر.

(٢) الخلفات: جمع خَلِفَة وهي الحامل من الإبل. المصباح مادة (خلف).

(٣) ما بين القوسين من الأسرار: ٢/١١٢/ب (مراد ملا).

ودليل الوصف أن الحيوان مختلف حكمًا وحقيقة:

فأما الحكم: فإنه لا يضمن بالمثل، وإنما لم يضمن بالمثل لاختلافه.

وأما الحقيقة: فلأن للحيوان صفات لا يأتي عليها الذكر، وتختلف المالية بها من الكياسة والهداية والملاحة والأمانة وخفة الروح وحسن الخُلُق وغير ذلك في العبيد، وكذا في سائر الحيوانات من الإبل والخيل فإن طباعها وأخلاقها في الاختلاف وإن كان من جنس واحد ولا يتصور أن يأتي عليها الذكر، وعلى أنه إذا استقصى في وصفه يصير عديم النظير عزيز الوجود والمسلم فيه ينبغي أن يكون سهل الوجود كثير الأمثال حتى يجوز باعتباره عقد السلم.

يبينه: أنه إذا اختلف المسلم فيه هذا الاختلاف فيقع المتعاقدان في منازعة عظيمة لا تنقطع؛ لأن هذا يطلب الأعلى وذاك يبذل الأدنى ولا يهتدي القاضي إلى الفصل بينهما؛ لأنه ليس الأخذ بقول أحدهما بأولى من الأخذ بقول الآخر، والوصف المذكور شامل على ما يطلب هذا ويبذله الآخر فقد تمكنت جهات مؤدّية إلى المنازعة في هذا العقد فيفسد به العقد.

قالوا: وخرج على هذا إذا باع الحيوان عينًا؛ لأنه وإن وجد فيه صفات لا يأتي عليها علم المتعاقدين لكن هذه الجهالة لا تمنع[1] جواز العقد؛ لأن الجهالة لعينها لا تفسد العقود، وإنما يفسد العقد؛ لأنها تفضي إلى المنازعة بين المتعاقدين من غير دليل على ترجيح قول أحدهما، وهذا المعنى يوجد إذا باع الحيوان دينا فأما إذا باع عينًا فلا يوجد ذلك؛ لأنه يسلم ما عيّنه بالعقد

(١) في المخطوط: لا يمتنع.

فلا يبالي بالجهالة.

قالوا: وأما الثياب فإنما جاز السَّلم فيها بشرط الاستقصاء في وصفها وإذا استقصى في وصفها لا يبقى بعد ذلك إلّا مالا يبالي به ولا يصير عديم النظير؛ لأنه من صنعة العباد وصنعتهم بآلةٍ واحدةٍ فيخرج الشيء من صنعتهم على صفةٍ واحدةٍ؛ وهذا لأنه احتراف والمحترف يعمل الأشياء على نهجٍ واحدٍ.

وأما الحيوان من صنع الرب عزّ اسمه وهو تعالى بخلق الأشياء بلا آلة ولا لزوم طريقٍ ومنهاجٍ بل على ما يريده ويختاره، وإذا خَلَقَ حيوانًا على صفة بمشيئته لا ندري أنه شاء خلق هذا الحيوان من ذلك الجنس على صفة الأصل، بل نقطع على الاختلاف؛ [١١٨/أ] لأن إظهار القدرة في خَلْقِ المختلف أكثر وهي فيه أبين فإذا استقصى في وصف الحيوان فلا شك أنه يصير عديم النظير، وإذا لم يستقص بقي مختلفًا مجهولًا فصار العقد مترددًا بين طرفي الفساد فلم يتصور جوازه.

وقال أبو زيد(١) أيضًا:

الأشياء على ثلاثة أنواع: متماثل كالمكيل والموزون، ومتفاوت كالحيوانات، ومتقارب على معنى أنه يقرب من المتماثل وهي الثياب، وبيان القرب: أن الوصف يأتي على عامة صفات الثياب ولا يبقى إلّا اليسير الذي لا يعتبر، بخلاف الحيوان فإنه متفاوت بكل حال.

قالوا: وأما ثبوت الحيوان صداقًا في الذمة فليس لمكان وجود العلم

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١١٣/أ (مراد ملا).

بالوصف فإن عندي يثبت الصداق في الذمة مجهولًا.

فإنه وإن لم يصف العبد إذا تزوج على عبد ثبت الوسط منه صداقًا، وكذلك في الثوب الهروي والمروي إلّا أنه إذا ذَكَرَ الحيوان أو الثوب تفاحش الجهالة فلا يحتمل، وإذا ذَكَرَ العبد أو الثوب الهروي تقل الجهالة؛ لأن في الصورة الأولى المذكور يشتمل على أجناس مختلفة بخلاف الصورة الثانية.

وأما ثبوت المجهول صداقًا، فليس هذه المسألة، إنما هي مسألة أخرى تعرف في ربع النكاح في الأوساط(١)، وهذا لأن المال تبع في النكاح فالاختلاف الذي يوجب اختلاف المالية يجوز أن يعرض عنه من وجه.

وأما في البيع فالمال أصل فيه فالاختلاف الذي يوجب اختلاف المالية يكون مانعًا من جوازه.

وقد قال كثير من مشايخهم: إن الحيوان لا يثبت في الذمة بدلًا عن ما هو مال بدليل ما لو ضَرَبَ بطن أمةٍ فألقت جنينًا ميتًا لا يجب الحيوان، وإذا ضرب بطن حرةٍ فألقت جنينًا ميتًا يجب الحيوان وهو الغُرة(٢)، وههنا لو ثبت ثبت بدلًا عما هو مالٌ فلم يجز.

❁ **الجواب:**

قولهم: «إنه أسلم في مختلف».

قلنا: نعم، قبل الوصف، فأما بعد الوصف فلا، وهو كالثوب.

---

(١) الأوساط: كتاب للمؤلف في مسائل الخلاف.

(٢) الغُرة: (عبدٌ أو أمة) يدفع دية للجنين الميت. المصباح مادة (الغُرة).

وقولهم: إن الحيوان لا يصير معلومًا بالوصف.

قد بيّنا أنه يصير معلومًا.

وأما الحكم الذي تعلقوا به، فيبطل بالثوب فإنه من ذوات القيمة ويجوز السَّلم فيه، وعلى أن في ضمان المتلف يعتبر أقصى الوصف، ولهذا المعنى لو أتلف حنطة جيدة فأتى بما ينطلق عليه اسم الجيد لا يجبر على القبول ما لم يكن موافقًا للمتلف في صفة الجودة، بخلاف السَّلم فإنه لو أسلم في جيد فأتى ما ينطلق عليه اسم الجيد يجبر على قبوله، والمفرق في المعنى أن ضمان الإتلاف ضمان جبر ولا يقع الجبر إلّا بعد الاتفاق من كل وجه وهذا واجب بالعقد فيعتبر وجود الخروج عن المشروط فحسب وبالأدنى يوجد الخروج عن المشروط.

وأما الذي ادّعوا أنه حقيقة فقد ذكرنا أن تلك الصفات التي لا يأتي عليها الذكر غير معتبرة، وفيما قلناه جواب عن كلامهم.

وأما تعلقهم بحصول المنازعة بين المتعاقدين، فليس بشيء؛ لأن الصفات المذكورة منزلة على أوائل الدرجات فسقطت المنازعة، وهذا كالمنازعة بين المتعاقدين في الجيد، والجيد لا يعتبر وإذا جاء بما ينطلق عليه اسم الجيد وجب القبول.

وأما التعلق بالثياب، فقوى جدًا.

والذي قالوا: إن الاستقصاء شرط.

قلنا: الأولى أن يعتبر ذكر الأوصاف التي تسهل الوجود وأن لا يعتبر

الاستقصاء؛ لأنه يصر في الموضعين عزيز الوجود، والمعتبر أن يكون واسع الوجود.

والذي قالوا: إن الثوب من صنعة العباد، والحيوان من صنعة الباري.

قلنا: فإذًا ما قالوه على العكس أولى لسعة قدرة الباري تعالى ولضيق قدرة الخلق.

وأما الذي قالوا: إن الثياب تقرب من المتماثل.

مجرد دعوى، ويقال: إن كان كذلك وجب أن يجب المثل في الإتلاف كالعدديات المتقاربة.

وأما كلامهم على الصداق.

فضعيف، لكنا نعتمد في الشَّبه باعتبار الحيوان بالثياب وهو الأولى فإن المبالغة في التعلق بالصداق يرجع إلى مسألة أخرى غير هذه المسألة كما قالوا.

وأما الذي قالوا: من اللآلئ والجواهر.

فهي مختلفة جدا؛ وهذا لأن قيمتها لصفائها ونورها، وليس لدرجاتها أسامٍ يأتي عليها الذكر؛ ولهذا لا تثبت في الذمة صداقًا وإذا ذُكِرَ ذلك في الصداق وَجَبَ مهر المثل بخلاف مسألتنا، والصداق في هذا الموضع حسن للتعلق به.

أما الخلفات، فإذا قلنا إن الحمل يُعرف يجوز السلم فيها، وعلى أن




[١١٨/ب] عدم الجواز كان لِعِزّة الوجود فإن الحوامل وإن اتسع وجودُها في الحيوانات لكن حامل الوصف المذكور يَعِزّ وجوده.

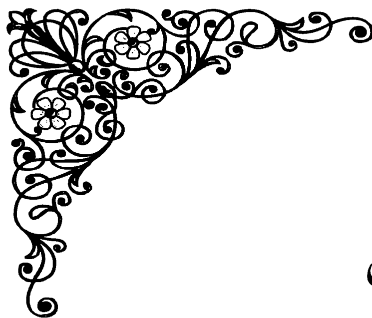
وأما الأكارع والرؤوس والجلود فنقول:

إن ضبط بالوصف جاز وإلّا فلا.

والكلام الذي تعلق مشايخهم:

فليس تحته طائل، وإنما صِرنا في جنين الحرة إلى الحيوان بالنص، ولولاه لم نَصِرْ إليه على أن المضمون عندكم الدّم في الجناية على الرقيق، فكيف يقال وَجَبَ في مقابلة ما هو مال في المسألة المستشهد بها وهي إذا ضَرَبَ بطن أمةٍ فألقت جنينًا ميتًا؟، وعلى أنه يبطل الأصل الذي قالوه بمسألة نصّوا عليها وهي: إذا أعتق أحد الشريكين العبد وهو موسر فصالحه الشريك الثاني على حيوان في الذمة يجوز، وإن كان بدلًا عمّا هو مال؛ لأن حقه المال فإنه صالح عن نصيبه وهو مال، والله تعالى أعلم بالصواب، وبه الحول والقوة.






كتاب الرهن

※ (مَسْأَلَة):

رهن المشاع[1] عندنا صحيح[2].

وعندهم: باطل[3].

❖ لنا:

أن المشاع والمفرز واحد في موجب عقد الرهن فكانا سواء في قبول عقد الرهن فنقول: ما تحقق فيه موجب عقد الرهن صح فيه الرهن كالمفرز، وإنما قلنا ذلك لأن موجب عقد الرهن هو تعليق الدَّين بالعين على معنى تعيينه لاستيفاء الدَّين منه، فكل مال أمكن تعلق الدَّين به على هذا المعنى يصح رهنه.

---

(١) الرهن: «جعل عين مالٍ وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه». ينظر: مغني المحتاج ٢/١٢١.

(٢) الأم: ٣/١٦٨، مختصر المزني مع الأم: ٢/٢١٠، المهذب: ١/٤٠٧، الروضة: ٤/٣٩، المنهاج مع المغني: ٢/١٢٢، النكت: ورقة ١٤٩/ب، الحاوي: ٦/٢١٨.
وهو قول مالك وأحمد.
ينظر: الإشراف للبغدادي: ٢/٢، قوانين الأحكام: ٣٥١، أحكام القرآن لابن العربي: ١/٢٦١، الإفصاح: ١/٣٦٧، المغني: ٦/٤٥٦.

(٣) مختصر الطحاوي: ٩٢، مختصر القدوري: ١/٢٩٤، المبسوط: ٢١/٦٩، الهداية مع تكملة فتح القدير: ١٠/٥٢، رؤوس المسائل: ٣٠١ أحكام القرآن للجصاص: ١/٥٢٤.

وهذا أصل مطرد فإن ما يقبل موجب البيع يكون محل البيع وما يقبل موجب الهبة يكون محل الهبة، كذلك ههنا ما يقبل موجب الرهن يكون محل الرهن، ثم الدليل على أن موجب عقد الرهن ما قلناه أن عقد الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء. ألا ترى أنه لا يصح الرهن إلّا في عينٍ يتحقق منها استيفاء الدين.

وحقيقة الوثيقة ثبوت زيادة حقٍ من جنس ما كان ثابتًا من قبل زيادة عليه، ألا ترى أن الكفالة لما كانت وثيقة لجانب الوجوب كانت حقيقتها ثبوت زيادة حق من جنس ما كان ثابتًا من قبل زيادة عليه، والثابت في جانب الوجوب حق في ذمة مَنْ عليه، ثم ازداد هذا الحق بثبوت حق من جنسه في ذمة الكفيل، كذا في مسألتنا والثابت له في جانب الاستيفاء هو المطالبة ليصل إليه عين حقه، فوجب أن يكون حقيقة الوثيقة في هذا الجانب ثبوت زيادة من جنس حقه؛ ليصل بها إلى عين حقه زيادة على ما كان من قبل، وليس إلّا المطالبة بإيفاء الدَّين من عينٍ مخصوصةٍ لم تكن من قبل وهو عين الرهن.

ووجيز العبارة عمّا قلناه: أن موجب عقد الكفالة ثبوت واجب على واجب ليتأكد به الواجب الأول، كذلك موجب الرهن زيادة مطالبة على مطالبة ليتأكد بها الأول ففي الكفالة كان يجب في ذمةٍ واحدةٍ، والآن يجب في ذمتين، وفي الرهن كان يطالب بالإيفاء على الإطلاق والآن يطالب كذلك، ويطالب أيضًا بالإيفاء من عينٍ مخصوصةٍ.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: المشاع والمفرز في هذا المعنى سواء فوجب أن يكون جواز العقد عليها على السواء.

ونستدل من حيث الحكم: بما إذا رهن عينًا من رجلين فإنه يجوز، ومعلوم أنه في هذه الصورة قد رَهَنَ من كل واحدٍ منهما النصف، كما لو باع عينًا من رجلين يجوز، ومعلوم أنه في هذه الصورة باع من كل واحدٍ منهما النصف فيتحقق رهن المشاع في هذه الصورة وقد حكموا بصحته.

يبينه: أنه لا فرق في المعنى أن تقول: رهنتُ العبد منكما، وبين أن تقول: رهنتُ العبد منكما النصف من هذا والنصف من هذا، وقد حكموا بصحة العقد في الصورة الأولى، وبطلانه في الصورة الثانية مع استوائهما معنىً، فهو مناقضة.

يدل على ما ذكرنا أن حقيقة الاستيفاء في المشاع صحيح، وكذلك وثيقة الاستيفاء فإنه لو كان على إنسان خمس مئة درهم فدفع ألفًا إليه لتكون خمس مئة عن حقه، وخمس مئة عن قراضٍ أو وديعةٍ فإنه يجوز.

۞ [١١٩/أ] **وأما حجتهم:**

قالوا: موجب عقد الرهن ملك اليد، وربما يقولون حبس دائم، والدليل عليه أن الرهن في اللغة مأخوذ من الحبس(١)، قال الله تعالى: ﴿كُلُّ نَفۡسِۭ بِمَا كَسَبَتۡ رَهِينَةٌ﴾(٢) أي محتبسة بعملها.

قال الشاعر(٣):

وفارقتْك برهنٍ لا فِكَاكَ له   يوم الوداع فأمسى الرهنُ قد غَلِقَا

---

(١) مادة (رهن) المصباح المنير.

(٢) سورة المدثر آية (٣٨).

(٣) هذا البيت لزهير بن أبي سلمى. ينظر: ديوانه: ٦٣.

فسمى احتباس القلب بالحب رهنًا، وإذا ثبت أنه مأخوذ من الحبس فكان حكمه الحبس؛ لأن أسامي العقود دالة على أحكام العقود.

ألا ترى أن اسم الكفالة مأخوذ من الضَّم، والحوالة من التحويل، والصرف من تبديل اليد باليد، فكان أحكام هذه العقود ما تقتضيها أساميها، كذلك ههنا، وهذا فصل يعتمدونه.

قالوا: ولأن الرهن وثيقة... في[1] لجانب الاستيفاء فكان الثابت به من جنس ما ثبت بحقيقة الاستيفاء كالكفالة.

وربما يقولون: كان الثابت له بعض ما ثبت بحقيقة الاستيفاء.

وبيان هذا: أن في الكفالة يكون الثابت بعض ما يثبت بحقيقة الوجوب وهو المطالبة لا حقيقة الوجوب، فإن الثابت في الأصل دين في ذمته يطالب به فبالكفالة تثبت المطالبة دون الوجوب؛ لأن الواجب في ذمة لا يثبت في ذمة أخرى والشيء الواحد لا يكون له محلان، كذا بالرهن يثبت بعض ما يثبت بحقيقة الاستيفاء، والثابت بحقيقة الاستيفاء ملك العين وملك اليد، فثبت به بعض ما ثبت بحقيقة الاستيفاء وهو ملك اليد.

وربما يقولون: من جنس ما يثبت بحقيقة الاستيفاء كالكفالة، فإن بالكفالة يثبت وجوب من جنس ذلك الوجوب، كذلك ههنا يثبت استيفاء من جنس ذلك الاستيفاء إلّا أنه لا يمكن إثبات ملك العين؛ لأنه يكون حينئذ حقيقة الاستيفاء فأثبتنا ملك اليد ليكون الثابت بالرهن من جنس ما يثبت

(١) كذا في المخطوط، والمعنى يصح بدونها.

بحقيقة الاستيفاء من هذا الوجه.

قالوا: وأما قولكم: «إن موجبه تعليق الدَّين بالعين».

فهذا لا يعرف.

وأما التفسير الذي قلتم، فلا يجوز أن يكون موجب الرهن في الأصل؛ لأن موجب العقد ما يتعقب العقد كما يكون في سائر العقود والذي يتعقب العقد هو الحبس.

وأما الذي قلتم أنه موجب العقد؛ فلا يتعقب العقد وإنما يظهر بعدة مدةٍ، ولأن العاقد يثبت بالعقد للغير ما كان ثابتًا له والثابت له ملك اليد، فأما تعليق الدَّين بالعين أو استيفاء الدَّين من العين ما كان ثابتًا له حتى يثبت للمرتهن بالعقد.

قالوا: وقد دل على هذا الأصل الذي ادّعيناه قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾[1].

وهذا مثل قولهم: «هبة مملوكة ومبيع مملوك، دل أنه الموجب».

قالوا: ولا يُحمل هذا على القبض الأول؛ لأنا قد استفدنا هذا بقوله: «فرهان»[2]؛ لأن الرهن لا يكون رهنًا إلّا بالقبض فقوله: «مقبوضة» لبيان أن اليد موجب العقد ابتداءً.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إذا قلتم إن موجبه إذا كان ملك اليد فأيش فائدته؟

(١) سورة البقرة آية (٢٨٣) جزء من آية.
(٢) سورة البقرة آية (٢٨٣) جزء من آية.

قالوا: فائدته ثبوت الاستيفاء حكمًا إن هَلَكَ أو حقيقة الاستيفاء إن لم يهلك ويبقى فصار الثابت بالرهن وثيقة استيفاء يُوصِلُ إلى حقيقة الاستيفاء.

وقال بعضهم: فائدة حصول الأمر عن هلاك الدَّين بالجحود.

قالوا: وهذا معتاد؛ لأن الإنسان إنما يأخذ الرهن إذا خاف الجحد.

يدل عليه: أن الله تعالى أقام الرهن مقام الشهادة بقوله تعالى: ﴿وَلَمۡ تَجِدُواْ كَاتِبٗا فَرِهَٰنٞ مَّقۡبُوضَةٞ﴾(١) والشهادة وثيقة الأمن بها عن جحود الدَّين كذلك ههنا إلّا أنه مع هذا لا يجوز رهن المُدبر وأمّ الولد؛ لأنه وثيقة لحصول الأمن ويفضي بها إلى حقيقة الاستيفاء؛ لأنه لما كان وثيقة لجانب الاستيفاء فلابد وأن يفضي إلى حقيقة الاستيفاء، وذلك لا يوجد إلّا في الثمن.

وإذا ثبت هذا الأصل الذي قدمنا فلا يجوز الرهن في المشاع؛ لأن المشاع لا يكون محلًا بنفسه لحقيقة اليد إنما يتصور قبضه بغيره أما بنفسه فلا، والرهن معقود لليد فلا يصح إلّا في محلٍ يتصور فيه بنفسه حقيقة اليد فأما إذا لم يتصور فلا يصح العقد؛ لأن مالا يكون محلًا لموجب العقد بنفسه لا يكون محلًا للعقد.

وخرج على هذا القبض في الهبة في مشاع لا يحتمل القسمة؛ لأن موجب العقد هناك الملك لا اليد، وكذا في البيع.

وأما [١١٩/ب] القبض في الهبة متمم للعقد، وفي البيع مُؤكّد للعقد فاعتبر تصور وجود القبض في الجملة، والمشاع قد تصور قبضه في الجملة بقبض الكل.

---

(١) سورة البقرة آية (٢٨٣).

وأما في مسألتنا فاليد موجب العقد فتعتبر في صحته أن يكون المحل قابلًا للموجب بنفسه، وصار نظير مسألتنا النكاح فإنه لا ينعقد في المشاع؛ لأنه لا يكون محلًا للحِلّ بنفسه بحال.

وحرروا وقالوا: عقد أضيف إلى محل لا يقبل موجبه فلا ينعقد فيه.

دليله: النكاح إلّا أن في النكاح يجعل نكاح بعض المرأة كنكاح الكل بدليل قام لنا فيه، وههنا لا نجعل ذلك لعدم الدليل.

وأما الموضعان فاستويا في أن المشاع لم يكن محلًا لواحد منهما.

قالوا: وخرج على ما قلناه حقيقة الاستيفاء في المشاع فإن موجب حقيقة الاستيفاء هو الملك، والمشاع محل الملك بنفسه، وموجب الرهن ههنا اليد، وقد بيّنا أن المشاع لا يقبله بنفسه.

قالوا: وليس يلزم على الأصل الذي قلناه إذا رَهَنَ من رجلين؛ لأنه لا يجوز في المشاع وإنما يجوز في الكل ويصير من حيث الحكم كأنه رَهَنَ من كل واحد منهما جميع المحل، ولهذا نقول:

لو قضى دين أحدهما فللآخر أن يمسك جميعه رهنًا؛ وهذا لأن العقد واحد وقد وَرَدَ على محلٍ يقبل موجبه فصح لهذا، وفي مسألتنا قد وَرَدَ على محلٍ لا يقبل موجبه.

قالوا: وإن عبّرنا عن الموجب بالحبس الدائم فهناك الحبس دائم لكل واحد من المرتهنين؛ لأن كل واحد منهما ممسك في يومه لنفسه ولصاحبه نيابة عنه، وفي مسألتنا لا يمكن هذا التقدير؛ لأن المالك لا يجوز أن يقال

إنه يمسك لنفسه وبالنيابة عن المرتهن؛ لأن من يحفظ بالملك لا يكون نائبًا عن أحد؛ ولهذا في الابتداء لو تواضعا[1] على أن يكون الرهن عند أحد المرتهنين يجوز، ولو تواضعا على أن يكون عند الراهن لا يجوز.

قالوا: ولا يدخل على هذا إذا أعار المرتهن من الراهن؛ لأنا نعني بالحبس الدائم استحقاق الحبس، وفي صورة الإعارة الاستحقاق قائم، ألا ترى أنه يسترد متى شاء بخلاف مسألتنا، فإن الراهن إذا استرد ليمسك المرهون في يومه يبطل استحقاق المرتهن حتى لا يجوز أن يسترده.

وربما يقولون: في الحبس إضجار الراهن ومبادرته إلى قضاء الدَّين، وهذا مقصود في العادات.

قالوا: وأما الإشاعة الطارئة فعندنا تفسد عقد الرهن واستقروا على منع هذا.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «إن موجب عقد الرهن ملك اليد أو الحبس».

قلنا: قد بيّنا الموجب، ودللنا عليه.

فأما ما تعلقوا به من اللغة فقد قال الفراء[2]:

هو من الدوام والثبوت يقال لكل شيء دَامَ وَثَبَتَ فقد رَهَنَ، ويقال: ماء

---

(١) المواضعة: المراهنة والموافقة في الأمر. القاموس المحيط مادة (وضع).
فالمقصود: توافقهما على أن يكون الرهن عند أحدهما.

(٢) ينظر: اللسان مادة (رهن).

راهن أي دائم، ومنه الحالة الراهنة لثوبتها.

وقال ابن عروة[١]: «الرهن في كلام العرب هو الشيء الملزوم»[٢].

ونحن نقول: إن الرهن ملزوم فيه الحق، وقوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾[٣] أي ملزومة فإذا كان مأخوذًا من الدوام واللزوم فالحق الذي ذكرناه عندنا دائم ثابت لازم فلم يبق لهم في الاشتقاق حجة، على أنا وإن سلمنا أنه مأخوذ من الحبس فالحكم الشرعي للعقد لا يجوز أن يؤخذ من قضية اللغة، فالشرعي إنما يؤخذ من دليل الشرع؛ لأن دليل الشرع أقوى من قضية اللغة، وقد أقمنا الدليل على ما قلنا فصار ما قلناه أولى.

وأما قولهم: «إن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء».

قلنا: مسلم، ولكن الوثيقة فيما قلنا لا فيما قلتم.

وأما قولهم: «وجب أن يكون الثابت به بعض ما يثبت بحقيقة الاستيفاء».

قلنا: فلا تكون وثيقة إذًا؛ لأن وثيقة الشيء غيره فينبغي أن تكون وثيقة الاستيفاء غير الاستيفاء حتى تكون وثيقة له، فإذا كان بعض الاستيفاء يكون عينه وإذا كان عينه فلا يكون وثيقة له.

وقولهم: «وجب أن يكون من جنس ما يثبت بحقيقة الاستيفاء».

قلنا: الثابت بحقيقة الاستيفاء هو الملك، والوثيقة لا تكون من جنس

---

(١) كذا في المخطوط، وفي اللسان (ابن عرفة). ينظر: مادة (رهن).

(٢) في اللسان (الشيء الملزم).

(٣) سورة المدثر آية (٣٨).

الملك، ونقول أيضًا الثابت بحقيقة الاستيفاء ملك العين وملك اليد ثمرته فلا تكون من جنس ملك العين، وإن قلتم صورة يد الرهن مثل صورة يد الملك، فالصورة توجد في سائر الأيدي وليست من جنس يد الملك.

والحرف أن يقال لهم: أيش هذه اليد؟ فإن قالوا: وثيقة، يقال لهم أين الوثيقة في هذه الصورة؟ فإن قالوا: وثيقة الأمن من الجحود.

قلنا: هذا وثيقة لطرف الوجوب؛ لأن بالجحود ينفي الوجوب والرهن وثيقة لجانب الاستيفاء، فأيّ وثيقة فيه للاستيفاء؟ فإن [١٢٠/أ] قالوا: ليستوفي عينه بحقه، فبالإجماع لا يجوز.

وإن قالوا: ليستوفي حقه من ماله فهو الذي قلناه.

وعندي أنه لا يمكنهم بيان وثيقةٍ ما لجانب الاستيفاء إذا جعلوا موجب الرهن ملك اليد فافهمه، فإنه معتمد مُسْكِت.

وأما فصل الكفالة فقد جعلناه دليلًا عليهم.

وقولهم: «إنه يثبت المطالبة».

قلنا: بلى، ولكن بعد الوجوب في ذمة الكفيل؛ لأنه لا يتصور مطالبة إلّا بعد تقدم وجوب.

فإن قالوا: كيف يتصور وجوب دينٍ واحدٍ في ذمتين؟

قلنا: يتصور على معنى أنه يجعل الدَّين كدينين حكمًا لوجوبه في ذمتين، ولهذا المعنى على أصلهم يمنع وجوب الزكاة على الكفيل كما يمنع وجوبها

على الأصيل.

وإذا ثبت الوجوب فإذا كانت الوثيقة في الكفالة بزيادة حق الوجوب فليكن الوثيقة في الرهن بزيادة حق الاستيفاء، وعلى أنا نقول إن سُلِّم لكم أن موجب الرهن هو ملك اليد أو الحبس تسليم جدل، فلم قلتم إنه لا يجوز في المشاع؟

وقولهم: «إن المشاع لا يصح فيه القبض بنفسه».

قلنا: قبض المشاع مُتصوّر؛ لأن قبضه بقبض الكل، ألا ترى أن البيع والهبة صلحت اليد في المشاع متممًا للهبة مُؤكّدًا له فصلحت ههنا أيضًا حكمًا للعقد وموجبًا له؛ وهذا لأن القبوض في الأشياء إنما تتحقق على ما يتصور، ويمكن أن يقال: إن القبوض في الأشياء على العادات، ثم يقال لهم: إن الحبس وإن زال عن المشاع حسًّا، ولكنه باقٍ[1] حكمًا؛ لأن المالك والمرتهن إذا تهايآ في الحبس فإنما يحبس المالك جميع العين في يومه في مقابلة ما حَبَسَ المرتهن جميعه في يومه، فقد حبس إذًا كل واحد منهما النصف الذي لم يستحق حبسه؛ لأن صاحبه حبس نصفه الذي كان حقًا له، وإذا تحققت المقابلة من هذا الوجه فكان كل واحد منهما حابسًا نصفه الذي هو حقه على الدوم مثل ما لو تهايأ الشريكان في منفعة العين المشتركة يصير كل واحد منهما كأنه انتفع بنصفه الذي هو حق له على الدوام، ولا تجعل معاوضة كأن كل واحد منهما انتفع بنصيب صاحبه عوضًا عن نصيب صاحبه على الدوم، كذلك ههنا لا يجعل كأن يد كل واحد منهما انقطع في يومٍ وَوُجِدَ في يومٍ بل

(١) في المخطوط: باقي.

جعل كل واحد منهما ممسكًا نصف حقه على الدوم، وهذا جواب في الجدال معتمد.

وأما الذي ذكروه أخيرًا من التعلق بالأمن عن الجحود.

فقد أجبنا، وأيضا فإن هذه الوثيقة بالشهادة توجد، فأما الرهن فهو وثيقة على الجهة التي قدمناها لا غير.

وأما مسألة الرهن من الرجلين في نهاية اللزوم، والذي قالوا: إنه راهن من كل منهما على الكمال فهو طلب محال، ولو جاز مثل هذا مقارنًا جاز على التعاقب والتوالي، ولأن الرهن حق ملك فكما لا تتصور حقيقة الملك على ما زعموا لا يتصور حق الملك أيضًا. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

للراهن أن ينتفع بالمرهون عندنا[1].

وعندهم: لا ينتفع به أصلًا[2].

وإنما يطلق للراهن عندنا منفعة لا تخل بحق المرتهن مثل خدمة العبد

---

(١) الأم: ١٤٥/٣، المهذب، ٤١١/١، النكت ورقة: ١٥٠/أ، المنهاج: ١٣١/١ مع المغني، روضة الطالبين: ٧٩/٤، التهذيب: ٩٨/٢/أ، الحاوي: ٢٠٦/٦.

(٢) المبسوط: ١٠٦/٢١، البدائع: ٣٧٤٠/٨، اللباب للمنبجي: ٥٣٣/٢، رؤوس المسائل: ٣٠٦. وهو قول مالك، وأحمد. ينظر: الإشراف للبغدادي: ٧/٢، قوانين الأحكام: ٣٥٢، المغني: ٥١١/٦، ٥١٥، الإفصاح: ٣٦٨/١.

وسكن الدار وما أشبه ذلك[(١)].

وعندهم: لا ينتفع[(٢)].

لنا:

إن المنافع على ملك الراهن واستيفاؤه إياها لا يوجب تفويت حق المرتهن ولا إدخال نقص فيه فلا يمنع من استيفائها، وهذا مستغن[(٣)] عن الأصل، وإن أرادوا أصلًا له فهو: منزلة تزويج الجارية المرهونة، وكذلك علف الدابة المرهونة وسقيه إياها؛ لما كان تصرفًا لا يوجب تفويت حق المرتهن ولا إدخال نقص فيه لم يمنع منه.

وإنما قلنا: «إن المنافع على ملكه»؛ لأن ملك الأصل سبب لملك المنافع ولم يوجد ما يزيل ملكه عنها.

وأما قولنا: «إنه لا يوجب استيفاؤه نقصًا في المرتهن ولا تفويتًا»؛ فلأن موجب عقد الرهن هو تعلق الدَّين بالعين استيفاءً على الوجه الذي بيّنا، وهذا المعنى لا يمس المنافع فاستيفاؤها لا يمسُّه أيضًا، فلم يفت بالاستيفاء حق المرتهن ولا دَخَلَهَ نقص فأُطلقَ له ذلك لملكه اياها؛ لأن الملك سبب مطلق لاستيفاء ما تناوله الملك والتصرف فيه.

وأما حجتهم:

قالوا: موجب عقد الرهن ملك اليد، واستيفاء المنافع لا يكون إلّا باليد

(١) المهذب: ٤١١/١.

(٢) المبسوط: ١٠٦/٢١.

(٣) في المخطوط: مستغني.

فصار الاستيفاء لمنافع المرهون مفوتًا حق المرتهن فلا يُمكّن منه.

والدليل على [١٢٠/ب] أن موجب عقد الرهن ملك اليد ما سبق في المسألة الأولى، ولأن المرتهن أحق بإمساك العين من الراهن إذا مضت مدة الانتفاع، وكذلك في كل عين لا ينتفع بها إلّا باستهلاكها مثل المكيل والموزون فلولا أن اليدَ حقُّه لم يكن أولى بالإمساك من الراهن؛ لأن المالك أولى بحفظ ملكه من كل أحد، ولأن اليد معتبرة في الابتداء على أنها موجب للعقد لا على أنها متممة للعقد؛ لأنه غير محتاج في تمامه إلى القبض على ما يوجبه مذهبكم فإن تعلق الدَّين بالعين كتعلقه بالذمة ثم تعلقه بذمة الكفيل يثبت بنفس العقد من غير قبض شيء، كذلك في الراهن وجب أن يكون كذلك وحين وجب القبض دل أنه وَجَبَ؛ لأنه موجب العقد.

واستدلوا بالمبيع قبل القبض؛ لأنه لا يجوز للمشتري أن ينتفع به كذا في المرهون؛ لأن كل واحد منهما محبوس بعقدٍ لاستيفاء مال.

قالوا: وليس كالأمة المزوّجة حيث ينتفع بها السيد؛ لأن المنع من الانتفاع في مسألتنا لأجل يد المرتهن ولا يد للزوج وإنما له مجرد ملك الاستمتاع، وليس في استخدام السيد جاريته المزوّجة تفويت حق الزوج ولا إدخال نقص فيه فيما يرجع إلى ملك الاستمتاع، وفي مسألتنا بخلافه على ما سبق.

۞ **الجواب:**

قولكم: «إن موجب عقد الرهن ملك اليد».

ليس كذلك، وقد سبق أن الكلام في موجب عقد الراهن في المسألة الأولى.

وقولهم: «إن المرتهن أحق بالقبض».

قلنا: هي، وإن لم يكن موجب العقد لكنها موصلة إلى الموجب فإنه إذا كان المرهون في يد المرتهن بادر الراهن إلى إيفاء الدَّين، وأيضًا إذا جاء وقت البيع يرفعه المرتهن إلى الحاكم حتى يبيعه فالشرع جعل المرتهن أولى باليد من الراهن؛ لا أنها موجب عقده؛ ولكن لأنها وسيلة مفضية إلى الموجب ثم إنما يكون أولى إذا لم يعد إلى إبطال معنىً مقصودٍ للراهن، فأما إذا كان يؤدي إلى تفويت مقصود يُعْرَض عن الذريعة والوسيلة وَيُقَدَّمُ المقصود؛ لأن اليد وإن كانت ذريعة لحقه لكنها ليست هي المقصود وما دون المقصود لا يعارضُ المقصود بحالٍ، أما نفس الحفظ فليس بمقصودٍ وكأن المرتهن يحفظ المرهون للراهن من وجهٍ، بخلاف الانتفاع فإنه مقصود، والمنافع هي ثمرات الملك والثمرات مقصودة.

وأما أصل القبض إنما اعتبر؛ لأن الرهن تبرع في حال الحياة فيعتبر قبض ما تبرع به لتمامه كالهبة، وليس كالكفالة؛ لأنه ليس فيها عين تقبض.

وأما المبيع قبل القبض فالتصرفات كلها في المبيع على القبض ليتم الملك بتمام سببه ثم يكون تصرفُه في ملكٍ تامٍ، وفي مسألتنا ملك الراهن قد كان تامًا، وإنما أوجب حقًا للمرتهن بالرهن ففيما وراء ذلك الحق هو باقٍ[1] للراهن على تمامه وكماله.

---

(١) في المخطوط: باقي.

وأما المنافع التي يخل استيفاؤها بحق المرتهن مثل الوطء واللبس في الثوب فالعذر عنه ظاهر بالمعنى الذي ذكرناه وهو دخول النقص في حق المرتهن بذلك الانتفاع وعدم دخوله في الانتفاع الذي اختلفنا فيه.

والله أعلم بالصواب.



❊ (مَسْألة):

عتقُ الراهن العبد المرهون باطل في القول المختار للشافعي[1].

وعندهم: نافذ[2].

❊ **لنا:**

أنه بإعتاقه مسقط حق المرتهن فلم يصح إعتاقه، كما لو باعه.

فإن قالوا: يصح البيع عندنا فالقياس على البيع اللازم النافذ فإنه نظير

---

(١) عند الشافعية ثلاثة أقوال:
القول الأول: إنه لا يصح عتق الراهن وهو ما ذكره المؤلف.
القول الثاني: إنه ينفذ إن كان موسرًا ولا ينفذ إذا كان معسرًا.
القول الثالث: إنه ينفذ بكل حال.
ينظر: مختصر المزني مع الأم: ١٧٣/٣، النكت: ورقة ١٥١/أ، المهذب: ٤١٢/١، مغني المحتاج ١٣٠/٢، الروضة: ٧٥/٤، التهذيب: ٨٢/٢/ب.
قال الشيرازي في المهذب: «والصحيح إنه إن كان موسرًا صح وإن كان معسرًا لم يصح».
وقال النووي في المنهاج: أظهرها ينفذ من الموسر...» اهـ، المنهاج: ١٣٠/٢.
وقال البغوي في التهذيب: وهو الأصح.

(٢) مختصر الطحاوي: ٩٣، مختصر القدوري: ٣٠١/١، المبسوط: ١٣٥/٢١، رؤوس المسائل: ٣٠٥، البدائع: ٣٧٩٨/٨.

الإعتاق، ونقول: تصرف مستفاد بالملك تضمن إسقاط حق المرتهن فلم يصح من الراهن.

دليله: البيع النافذ؛ وهذا لأن حق المرتهن حق لازمٌ شرعًا بدليل أن الراهن لو أراد إسقاطه لا يصح إسقاطه، وكل تصرف يسقط حق المرتهن فهو كصريح الإسقاط، ثم الدليل على أنه بالإعتاق مسقط حق المرتهن أن حق المرتهن حق مالي وهذا مما لا إشكال فيه ولهذا أجري فيه الإرث، والإعتاق إسقاط المالية فصار بالإعتاق مسقطًا كل حق متعلق بالمال، ويقال أيضًا المالية مشتملة على كل حقوقها فإذا كان الرهن حق مال، والعتق إسقاط المالية فكان العتق مسقطًا للمالية بجميع حقوقها.

وقد قيل: إن حق المرتهن متعلق بالعين والعتق محله العين فإذا استويا في المحل فلابد وأن يلاقي العتق حقه بالإسقاط، والأول أحسن.

ويدل عليه من حيث الحكم: أن الراهن يضمن قيمة العبد ليكون رهنًا عند المرتهن، وإنما يضمن لأنه أسقط حقه بالإعتاق، ولولا تحقق الإسقاط من قبله لحقه لم يتصور وجوب الضمان [١٢١/أ] لحقه.

فإن قالوا: إن العتق إسقاط الرق لا إسقاط المالية، وحق المرتهن متعلق بالمالية دون الرق.

قلنا: هذا فاسد؛ لأن الرق والمالية واحد.

قالوا: لا، بل الرق معنى في المحل يصير به المحل محلًا للتملك وهو مثل صفة الحياة في الشخص؛ ولهذا لو علّق عتق عبده بصفةٍ، ثم باعه العبد

ثم اشتراه تبقى اليمين بالعتق ولو كان العتق محله المالية وببيعه العبد أزال حقه عن المالية وجب أن ترتفع اليمين المتعلقة به.

❁ **والجواب:**

إن التفريق الذي قالوه باطل؛ لأنه يقال لهم هل تقولون إن الرق حق المالك؟ فإن قالوا: لا، ينبغي أن لا يسقط بإعتاقه إسقاط ما هو حقه.

فإن قالوا: هو حق المالك فهو المالية إذًا ولا يتصور غيرها.

وأما مسألة اليمين فهي على أصولهم، وعلى أصح قولي الشافعي تبطل اليمين.

وقال بعض أصحابنا: إنه بالرهن حَجَرَ على نفسه في التصرفات فصار كالمحجور عليه بالصغر.

وهم يقولون: لم يثبت حجر على نفسه إنما أثبت له حقًا والملك باقٍ[1] ثم إذا تصرف ينظر: إلى عمل الدليل في نفاذه ومنعه.

قالوا: وإن قلتم إن الشرع حجر عليه فلابد من دليل أيضًا؛ وهذا لأن حق المرتهن لما لم يكن في الملك لا يصلح دليلًا للحجر عن التصرف الحاصل في الملك.

وقالوا: في الصبي الأهلية مفقودة على ما عرف من تصرفات الصبي، والمعتمد ما سبق.

---

(١) في المخطوط: باقي.

❁ **أما حجتهم:**

قالوا: من أهل الإعتاق أضاف العتق إلى مملوكه فلا يلغو إعتاقه.

دليله: إذا أعتق عبد المؤاجر أو العبد المبيع قبل القبض والعبد المشترك بينه وبين غيره، والوصف معلوم مستغن[1] عن الدليل؛ وهذا لأن الشيء إذا وجد من أهله في محله لابد أن يحصل ويوجد ويحكم بصحته كالحسيات، ومنها محسوس ومشروع.

ومعتمدهم: أن محل العتاق هو الملك وهو خالص للراهن لاحق للمرتهن فيه، وإنما حقه الحبس واليد.

وعندكم: حقه استيفاء الدَّين منه في الثاني فإنما تحل العين في الثاني وأما في الحال فالملك خالص صافٍ[2] للراهن فصار بالإعتاق مسقطًا خالص حقه وإنما سقط حق المرتهن حكما، وهذا مثل العبد المرهون يقتل عبدًا آخر للراهن، فيقتص منه الراهن، فإنه يصح وإن تضمّن إسقاط حق المرتهن لكن قيل هو باستيفاء القصاص غير متصرفٍ في حقه بالإسقاط لكن متصرف في الدم، ثم سقط حقه حكمًا، كذلك ههنا.

قالوا: وقولكم: «إن الرهن حق مال».

بلى، حق مال ولكنه ملك اليد لا ملك العين والعتق محله ملك العين.

وأما وجوب الضمان فيجوز أن سقط الشيء بتصرفه حكمًا، ويجب

(١) في المخطوط: مستغني.

(٢) في المخطوط: صافي.

عليه الضمان؛ كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه؛ فإنه يعتق نصيب شريكه حكمًا، ومع ذلك وَجَبَ عليه الضمان.

فأما صحة أصل التصرف وفساده ينظر: فيه إلى ما يلاقيه التصرف، ألا ترى في أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه يصح، وإن أعتق نصيب شريكه لا يصح وإن كان يضمنه بإعتاقه نصيبه، وهذا لأنه قد يضاف الشيء إلى مباشر علة العلة، كما لو رمى فَقَتَلَ إنسانًا أو جرحه، فإن الرمي علة النفوذ، والنفوذ علة الإصابة والوصول، فأضيف إليه ووجب عليه الضمان؛ لمباشرة علة العلة.

فأما التصرفات الشرعية فإنه ينظر: فيها لصحتها وفسادها إلى أحكامها ولا ينظر: إلى حكم الحكم ليصح أو يفسد؛ ألا ترى أن مَنْ اشترى أَمَة محرّمة عليه بالصهرية أو الرضاع يجوز؛ لأن حكمه الملك وقد ثبت والحِلّ حكم الحكم فلم ينظر: إلى فواته، وبمثله لو تزوّج امرأة محرمة عليه بما ذكرنا لم يجز؛ لأنه الحكم أعني الحِلّ ففواته منع صحة النكاح.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المرهون كالخارج عن ملكه؛ لأنه كيف يكون كالخارج من ملكه وصحة عقد الرهن بوجود ملكه؛ وأما إذا قَتَلَه فالضمان الذي يجب ليس بضمانٍ حقيقةً، ألا ترى أنه لا يخرج عن ملكه، وكيف يتصور أن يضمن من نفسه لنفسه، وأيضًا إذا قضى الدَّين لم يخاطب بالضمان ولو كان الضمان له حقيقة لم يسقط بإنفاذ مَنْ عليه لكن يقال له: أقم مقام الرهن الأول رهنًا آخر يوازيه في المالية، وإنما كان ذلك صيانة لحق المرتهن.

قالوا: وأما البيع فعندنا لا يبطل ولو صبر المشتري حتى قضى الراهن الدَّين نَفَذَ بيعه من غير تنفيذٍ.

والمعتمد لهم على [١٢١/ب] البيع أنه إنما لم ينفذ لفقد شريطة البيع وهو القدرة على التسليم، وليس للعتق هذه الشريطة ولا يعتبر له شيء سوى الملك فحسب؛ وهذا لأن البيع تمليك فكان القدرة على التسليم شريطة في صحته ليصل المتملك إليه، والعتق إسقاط والساقط يتلاشى فلا معنى لاعتبار القدرة على التسليم فيه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال يجب أن ينفذ البيع حتى يحكم بوجود قدرته على التسليم؛ لأن القدرة شرط، والشرط يعتبر اقترانه بالسبب ولا يجوز أن يصح بوجود الشرط من بعد.

قالوا: وليس كالمريض إذا أعتق عبده ولا مال له غيره وعليه دين مستغرق لقيمة العبد أو لا دين عليه وله ورثة حيث لا ينفذ في الحال؛ لأن التعليل لئلا يلغو العتق وهناك لا يلغو؛ لأن: إن لم ينفذ في الحال ينفذ في ثاني الحال، وعلى أن حق الورثة متعلق بعين العبد؛ لأنهم يخلفونه في العين، وحق الغرماء أيضًا متعلق بعين العبد؛ لأن العبد تركة الميت، وحقوق الغرماء متعلقة بأعيان التركة؛ ولهذا يمتنع ملك الورثة في أعيان التركة إذا كانت الديون مستغرقة، وإذا تعلق حقهم بعين العبد مُنِعَ العتق.

وأما في مسألتنا حق المرتهن غير متعلق بملك العبد بل حقه مجرد اليد على ما سبق.

وربما يقولون: لحق الغرماء.




قلنا: لا يتنجَّز العتق نظرًا لهم؛ لأنه لو تنجَّز ووجبت السّعاية بعد العتق تعلق حقهم بذمة المفلس فتأخر العتق حتى يسعى ثم يعتق نظرًا لهم، وههنا لا حق على العبد إنما الحق على الراهن ولا إفلاس له فلم يجب علينا النظر للمرتهن بتأخير العتق.

وقالوا: أيضًا العتق في المرض وصية، فإذا أعتق في المرض كان كما لو أوصى بعد الموت، فيكون العتق حقيقة في عبدٍ مشترك بينه وبين الورثة في الثلث والثلثين، فيصير حكمه حكم العتق في العبد المشترك بينه وبين غير الورثة، فتجب السعاية عند اعتبار الإعسار، والمستسعى مكاتب عندنا، والمكاتب عبد حتى يؤدي المال الذي عليه.

۞ **الجواب:**

أن الأهلية مسلمة، فأما المحلية فلا يسلم؛ لأن بإشغال المحل بحق المرتهن خَرَجَ عن كونه محلًا للعتق المسقط لحقه، وعلى أن الأهلية والمحلية قد يجتمعان ويمتنع العتق لمعنىً آخر؛ كالمريض إذا أعتق العبد، ولا يقع التقصي عن عهدة هذا النقص بقولهم: «لا يلغو»؛ لأن الإلزام عليهم عدم النفوذ وإذا جاز أن يصدر العتق من أهله في محله ولا ينفذ لحق ذي حقٍّ جاز أن يصدر كما قالوا ويلغو لحق ذي حق.

وأما قولهم: «إن العتق يصادف الملك».

قلنا: بلى، ولكن ملك تعلق به حق المرتهن، والدليل على تعلق حق المرتهن بالملك أن الحق حق الاستيفاء والاستيفاء يكون بالملك.

وقولهم: «إن الاستيفاء يكون في ثاني الحال».

قلنا: «نحن ندّعي أنه استوفى العين بحقه؛ لأنه يكون العبد حينئذ مملوكًا له، ولكن ثبت حق الاستيفاء وتعلق هذا الحق بما يحصل به الاستيفاء وهو الملك، ونقول أيضًا: إن العتق وإن صادف الملك بالإسقاط لكن لما كان بالعتق مسقطًا لحق المرتهن ـ على ما سبق بيانه من قبل ـ امتنع العتق كما يمتنع البيع وإن كان البيع يلاقي الملك أيضًا، ولا يلاقي حق المرتهن.

فإن قالوا: إذا كان للراهن ملك وللمرتهن حق فكيف يقدم الحق على الملك؟

قلنا: ليس في منع العتق إبطال ملك الراهن وفي تنفيذ العتق إسقاط حق المرتهن، وهو كمسألة البيع.

وقولهم: «امتنع البيع لفقد الشرط وهو القدرة على التسليم».

قلنا: هو قادر بأن يوفر الدَّين ويسلم العبد.

فإن قالوا: «أداء الدَّين موهوم فلا يجوز إثبات القدرة بموهوم».

قلنا: يبطل بما لو باع العَقارَ قبل القبض عندهم يجوز، ويجعل قادرًا على التسليم بهذا الطريق وهو أن يؤدي الثمن ويسلم.

فإن قالوا: «البيع يحتمل الرد بخلاف العتق».

قلنا: هذا منع الوقوع وليس برفعٍ بعد الوقوع، والعتق يحتمل منع وقوعٍ، لقيام الدليل على ما سبق بدليل عتق المريض والصبي ومسألة المريض في

نهاية اللزوم وهي مناقضة عظيمة عليهم.

وقولهم: «إن حق الوارث والغريم يتعلق بنفس الملك».

فمحال؛ لأن الملك للمريض إلى أن يموت، ولهذا يصح بيعه وهبته ورهنه، وإذا كانت جارية يحل له وطؤها.

وأما حق الغريم فالمرتهن أيضًا غريم».

وقد قالوا: إن العبد المأذون الذي في رقبته دين إذا أعتقه السيد ينفذ عتقه فاجعلوا هذا مثله، ويبطل فصل النظر للغرماء بهذا. ويقال لهم: ينظروا للمرتهن ههنا.

وأما قولهم: [١٢٢/أ] إن العتق في المرض وصية بالعتق.

قلنا: بل هو تنجيز وإنما حكمه حكم الوصايا في الاعتبار من الثلث مثل سائر التبرعات.

وأما في الحال فقد صَدَرَ من المالك في ملكه حقيقة.

وأما العبد المبيع قبل القبض فإن أعتق قبل أن ينقد الثمن فيه وجهان.

وعلى التسليم لضعف حق البائع لم يمتنع العتق وههنا لقوة حق المرتهن، وهذا يسهل إثباته.

وأما البيع امتنع في المبيع قبل القبض لحق الشرع حتى لا يجوز وإن رضي البائع بخلاف مسألتنا.

وأما العبد المؤاجر إذا أعتقه المالك إنما نَفَذَ لأنه إنما امتنع عندنا

لإسقاط حق المرتهن، وهناك لا يسقط حق المستأجر.

وأما إعتاق أحد الشريكين نَفَذَ لأن إعتاقه يلاقي ملكه ثم يعتق نصيب شريكه حكمًا فلا حق في ملكه لأحدٍ بخلاف مسألتنا على ما سبق. والله أعلم.



❊ (مَسْألة):

تخليل الخمر محظور عندنا[1]، ولا يفيد الحِلّ بحال.

وعندهم: هو مشروع ويفيد الحِلّ والطهارة ويصير بمنزلة الخل الذي تخلل بنفسه[2].

❊ لنا:

حديث أنس أن أبا طلحة كانت عنده خمور لأيتام فلما حرمت الخمر قال: يا رسول الله ما أصنع بها؟ قال: (أرقها، قال: أفلا أخللها؟ قال: لا)[3]، وهذا نص في حظرية التخليل.

يبينه: أن الخمر كانت لأيتام وإنما يؤذن بالقرب من مال الأيتام على

---

(١) المهذب: ١/٧٢، المجموع شرح المهذب: ٢/٥٢٩، النكت: ورقة ١٨/ب الروضة: ٤/٧٢. معالم السنن: ٤/٨٢، قال الخطابي في المعالم: «وهو قول عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه وإليه ذهب الشافعي وأحمد وكره ذلك سفيان وابن المبارك..» اهـ. ينظر: المغني: ١٢/٥١٧.

(٢) مختصر القدوري: ٢/٢٢٧، المبسوط ٢٤/٢٢، رؤوس المسائل: ٣٠٨.

(٣) رواه أبو داود في سننه: ٤/٨٢ مع المعالم، باب ما جاء في الخمر تخلل. وأحمد في المسند: ٣/١١٨، ١٨٠، ٢٦٠.

طريق الأصلح والأولى، فلو كان يجوز التخليل لأرشد إليه مع ذكر أبى طلحة لذلك، وقد كان يرشد ـ صلى الله عليه ـ إلى مثل هذا ابتداءً بدليل الخبر الذي ورد في شاة ميمونة فإنه ـ صلى الله عليه ـ لما رآها ميتة أرشد إلى الدباغ، وحين لم يأذن ههنا في التخليل مع السؤال عرفنا أنه محظور.

فإن قيل: كما لم يأذن في التخليل لم يرشد إلى الإمساك ليتخلل وبالإجماع هذا مطلق مباح.

يبينه: أن الخمور كانت محترمة؛ لأنها كانت متخذة قبل التحريم فكان يجوز إمساكها للتخلل كخمور الخّلالين وحين لم يرشد إلى الإمساك دل أنه ـ صلى الله عليه ـ أمر بالإراقة لمعنىً آخر وذلك المعنى هو: أن الزمان كان زمان ابتداء التحريم، والقوم كانوا أَلِفُوا شرب الخمور واعتادوا، فأراد النبي ـ صلى الله عليه ـ زيادة مبالغة في الأمر ليُقلع القومُ عن عاداتهم ويقطعهم عن مألوفاتهم.

ألا ترى أنه أمر بكسر الدِّنان وشق الزِّقاق[1]، وكان المعنى هذا فصار النهي عن التخليل نهيًا مختصًا بذلك الزمان بمعنى اختص بذلك الزمان.

ونظير هذا أنه ـ صلى الله عليه ـ حين دخل المدينة وَجَدَ الناس قد أَلِفُوا الكلاب فأمر بقتلها ليردهم عن عاداتهم ويقطع عادتها عنهم، ثم إنه لما تراخى الزمان وتلقوا الأمر بالقبول وَتَرَكُوا ما اعتادوه أُذن في اقتناء الكلب على مخصوص، ونهى عن قتلها إلّا الأسود البهيم على ما نقل.

وقد عارضوا هذا الخبر بخبرٍ رووه أن النبي ـ صلى الله عليه ـ

---

(١) الزقاق: جمع زق بالكسر (الظرف). المصباح مادة (الزق).

قال: «يحل الدباغُ الجلد كالخمر تخلل فيحل»[1] وهذا نص.

قالوا: إن الخبر الذي رويتم منسوخ بهذا؛ لأن ذلك كان في ابتداء الإسلام، ألا أنه كان حين حرمت الخمر، وخبر شاة ميمونة كان بأخرة، واللفظ الذي رويناه إنما قاله ـ صلى الله عليه ـ في شاة ميمونة.

❁ **الجواب:**

أما الأول قولهم: «إنه لم يأمر بالإمساك».

قلنا: قد قال بعض أصحابنا: إنه يحتمل أن تلك الخمور كانت منقاة من العكر مصفاة بحيث تزداد جودة بالإمساك ولا تتخلل على ما يفعله بعض الخمّارين.

وهذا الجواب ليس بشيء؛ لأنه قوله: «أفلا أخللها»، وهذا يتناول التخليل بالمعالجة والتخليل بالإمساك جميعًا؛ لأن الكل تخليل، وقد نهى مطلقًا، وأيضًا مالا يتخلل بالإمساك لا يعرف أنه يتخلل بالمعالجة اللهم إلّا أن يغلب عليه شيء مما يصب فيه فيتلاشى الخمر بتغلبة غيره عليه، وليس الكلام في مثل هذا، إنما الكلام في تخليل بالمعالجة من صب قليل من الخل أو إلقاء ملحٍ فيه يُقَرّبُ زمان التخلل به وقد كان يتباعد لولاه فهذا موضع الخلاف.

والمعتمد من الجواب: أن تلك الخمور كانت متخذة للشرب وعندنا ما اتخذ للشرب من الخمر لا يحل بالإمساك وإن تخلّل وإنما يحل ما اتخذ

(١) ينظر: تخريجه في: ٣١٧، حاشية (٤).

للخل ابتداءً.

وقولهم: «إنها كانت محترمة؛ لأنها كانت اتُخِذَتْ وهي حلال».

قلنا: بلى، اتُخِذَتْ في ذلك الوقت ولكن لما حرمت زالت حرمتها وبقيت خمور الشرب لا حرمة لها؛ لأنها لم تكن لغير الشرب حين حرمت فبقيت كذلك، فوجبت [١٢٢/ب] إراقتها.

وعندنا: إنما يحل بالإمساك بما اتخذ لقصد الخل ابتداءً ويكون حله بالنظر إلى ما اتخذ له.

وأما الذي قالوه: «إنه صلى الله عليه أمر بالإراقة لمعنى كذا» فهذا حمل الخبر على النسخ، والأصل إن الشرع الوارد مسترسل على الأزمان بل متناول أهل كل زمان إلى قيام الساعة.

ألا ترى أن الحدّ الوارد لشربه استرسل على الأزمان؛ بل زيد غلظًا حين تراخى الزمان؛ فإنه كان بالنعل وأطراف الثياب؛ ثم نقل إلى السوط؛ ثم إن عمر بلغ به الثمانين.

يبينه: أنه كان المعهود من حال الصحابة المبادرة إلى الامتثال في الأوامر والنواهي ولم يعرف أنهم احتاجوا إلى زيادة زجر استغنى عنه من بعدهم بل لو قلب الأمر في هذا أو عكس كان أولى؛ لأن قلة المبالاة بامتثال الأوامر والنواهي في القرون اللاحقة كانت أكثر منها في القرن الأول، وهذا أمر ظاهر لا يخفى على أحد.

وأما قتل الكلاب، فنحن لا نقول إن قتل الكلاب كان لما قالوه بل

شرعٌ وَرَدَ ثم نسخ بشرع على ما يوجد في كثير من المواضع.

وأما كسر الدِّنان فيحتمل أنها كانت خاربة لا تصلح لشيء وعلى أن الظروف كانت محرمة في الابتداء ثم أُحلّت، وقد ورد النص في النهي والإطلاق، ولا يعرف أنه كان للمعنى الذي قالوه.

وأما الخبر الذي رووا فهو على الوجه الذي رووا من نسخ أيديهم، إنما المروي هو ما رواه الفرج بن فُضالة[١] عن يحيى بن سعيد[٢] عن عمرة[٣] عن أم سلمة قالت: كانت لنا شاة فماتت فقال النبي ﷺ: «ما فعلت شاتكم؟ قلنا: ماتت، قال: أفلا انتفعتم بإهابها، قلنا: إنها ميتة، قال: يحل دباغها كما يحل خل الخمر»[٤]، وعلى هذا الوجه نُقِلَ، وليس لهم في هذا اللفظ حجة، وعلى أنه تفرّد به الفرج بن فُضالة وهو ضعيف الحديث[٥]، يروي عن يحيى بن سعيد أحاديث ثم لا يتابع عليها[٦].

---

(١) الفرج بن فضالة بن النعمان التنوخي الشامي، ضعيف، من الثامنة، مات سنة ١٧٩هـ، روى له أبو داود والترمذي وابن ماجة. ينظر: التقريب: ٢٧٤.

(٢) يحيى بن سعيد ين قيس الأنصاري المدني أبو سعيد القاضي، ثقة، ثبت، من الخامسة مات سنة ١٤٤هـ أو بعدها، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٣٧٦.

(٣) عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة الأنصارية المدنية أكثرت عن عائشة، ثقة، من الثالثة، ماتت قبل المائة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٤٧١.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١/٤٩.

وروى ابن عدي في الكامل قوله: «إن الدباغ يحل من الميتة ما يحل الخل من الخمر» فقط: ٦/٢٠٥٤.

(٥) قاله الدارقطني في سننه: ١/٤٩.

(٦) قال ابن عدي في الكامل: «سمعتُ عبد الرحمن بن مهدي يقول: حدث الفرج بن فضالة عن أهل الحجاز أحاديث مقلوبة منكرة» ا. هـ: ٦/٢٠٥٤.

وقد تكلف الأصحاب في التأويل لما رووه، وقالوا: معناه: تخلل بالإمساك[1] ولا ينبغي الاشتغال به، هذا هو الكلام في الأخبار، والمعتمد هو الخبر.

وأما المعنى:

نقول تصرف في عين الخمر بالتمول فوجب أن لا يحل.

دليله: إذا باع ليتمول ثمنها.

قالوا: تصرف في عين الخمر بتمول الخل لا بتمول الخمر، وأيضًا تصرف في الخمر بإتلاف الخمرية، ووقع بهذا الفرق بين الفرع والأصل.

الجواب بما هو فقه المسألة ومعتمدها معنًى:

وهو أن التصرف في عين الخمر حرام، ونحن نعلم أن التخليل تصرف في عين الخمر؛ لأنه معالجة، ومعالجة الشيء تصرف فيه قطعًا فلو حَلّ لكان يَحِلّ؛ لأنه يكون محللًا للخمر بهذه المعالجة، والتخليل تقليب عين وتحويل طبعٍ، وهذا لا يدخل في صنع العباد فسقط إضافة التخليل إلى فعله وبقي الموجود مجرد التصرف في عين الخمر فيكون محظورًا كسائر التصرفات.

ويمكن أن يقال أيضًا حرمة الخمر لعينها؛ لأن الخمر اسم للعين والخمر محرمة فالعين محرمة ولا يتصور طهارتها إلّا بأن تنقلب عينا أخرى، ولا صنع للعبد في تقليب العين فيبطل تخليله وجعل كالعدم ولو حَلَّ كان يحل تخليله، فإذا بطل تخليله صار كالعدم واستمرت الحرمة.

(١) ينظر: المجموع: ٢/٥٢٨.

ونظيره: إذا قتل مُورِّثه فإن الإرث لما كان عن الميت ولا صنع للعباد في الإماتة فبطل صنعه في هذا المعنى، وصار الموت كالعدم واستمر عليه حكم الحياة فبطل الإرث.

فإن قالوا: لو صار كذلك وجب أن لا يحل للمخلل على الخصوص كما لا يرث القاتل على الخصوص.

قلنا: إنما افترقا في ذلك؛ لأن الورثة كل واحد منهم أصل في الإرث، وإنما يسقط الإرث في حق هذا القاتل لمعنىً لا يوجد في حق غيره، فاعتبر الموت الحاصل بقتله في حق غيره ولم يعتبر في حقه، وفي مسألة التخليل تملك واستحلال بعينه، والذي باشر فعل التخليل هو المتملك والمستحل، فإذا بطل حقه بطل أصلًا.

وقد قال بعض أصحابنا:

إن التخليل لا يكون إلّا بالاقتراب من الخمور، والاقتراب من الخمر حرام؛ لأنه لا يؤمن معه مواقعة المحظور من الشرب فيحرم كالخلوة بالأجنبية لما كان لا يؤمن معها مواقعة المحظور حرم؛ وهذا لأن الخمر محبوبة للطباع كالنساء محبوبات للنفوس فجاء الشرع بالمنع عن الاقتراب في الموضعين ردعًا للعباد عن الإشراف على المعاصي.

وعندي: أن المعتمد هو الأول؛ لأن الاقتراب من الخمر لا يجوز للشرب خاصة فإن الفساد في الشرب.

وقولكم: إنه لا يؤمن أن يشرب، هذا [١٢٣/أ] يوجد إذا اقترب منها




لقصد الإراقة، وعلى أن هذا القدر لا يوجب التحريم إنما يوجب الكراهة فحسب مثل الخلوة بالأجنبية، ألا ترى أنه إذا خلا بالأجنبية لغرضٍ صحيحٍ من تحمل شهادة أو مداواة فإنه يجوز، والمحظور لا يباح بهذا، دل أنه مجرد كراهة فكذلك ههنا، وجب أن يكون مجرد كراهة.

ونحن نقول: إنه يكره، والأولى أن يترك حتى يصير خلًا بنفسه؛ غير أنه إذا دنا من الخمر لغرضٍ صحيحٍ وهو إهلاك الخمرية كان جائزًا، وابتنى عليه حكم الحِلّ.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: إصلاح فاسد أو تطهير نجس فيكون مشروعًا.

دليله: دبغ[1]؛ وهذا لأن الشرع في أصله ما ورد إلّا بأمثال هذا فلا يليق به تحريمه، وإنما قلنا إنه إصلاح فاسد؛ لأن الخمرية صفة فاسدة والخَليّة صفة صالحة فالتخليل يزيل الصفة الفاسدة إلى الصفة الصالحة فثبت ما قلناه.

يبينه: أن إراقة الخمر جائزة لصفة الخمرية فإذا جاز إتلافها لصفة الخمرية جاز إتلاف صفة الخمرية، وهذا كالكافر الحربي لما جاز إهلاكه لصفة الكفر جاز إزالة صفة الكفر عنه بالدعاء إلى الإسلام لِيُسلم فيزول عنه صفة الكفر، بل إتلاف صفة الخمرية مع بقاء العين أولى بالجواز، كما أن إزالة الكفر عن الكافر بدعائه إلى الإسلام فيُسلم أولى من قتله.

قالوا: ولأنه قد صار الخمر خلًا بالتخليل، وهذا يعرف بالحسّ والعيان

---

(١) كذا في المخطوط ولعله (دبغ الجلود).

فإذا صار خلًا فلابد من الحكم بحله؛ لأن الله تعالى قد أحل الخلول.

قالوا: وإن قلتم لم يصر خلًا وإنما صار مغلوبًا بغيره فهذه مكابرة، والمسألة فيما إذا قد صار خلًا حقيقة من غير ريبٍ ولا مريةٍ، نعم، يجوز أن يقال إذا ألقي فيه دبس[1] كثير تصير الخمر مغلوبة فأما إذا ألقي فيه الخل أو الملح وَتُرِكَ حتى صار خلًا وقد كان يصير خلًا بعد ثلاثين يومًا، والآن صار خلًا بعد عشرة أيام فنحن نقطع بصيرورته خلًا؛ لأن الخمر من طبعها أن تصير خلًا بمضي الزمان فبهذه المعالجة تكون هذه الصيرورة أسرع، وليس من طبعها أن تصير دبسًا بمضي الزمان فإذا ألقى فيها دبس كثير صارت الخمر مغلوبة لا أنها صارت دبسًا. وههنا صارت خلًا قطعًا فهذا هو الفرق.

قالوا: ولا يجوز أن يقال لو جاز التخليل لم تجز الإراقة وحين جازت الإراقة دل أن التخليل لا يجوز؛ لأن عندنا إنما تجوز الإراقة على مالا يؤمن بشربه فأما إذا أَمِنَ عليه من الشرب وقال: أنا أخلل بترك حتى تخلل.

فإن قلتم ينبغي أن يحال بينه وبين الخمر وتخلل عليه.

فليس هذا بصحيحٍ؛ لأنه لا يجب على الإمام أن يباشر أمثال هذا، كما لا يجب عليه دبغ جلد الميتات إنما عليه أن يُخْلَى الإنسان وفعلَ هذا إن أُمِنَ منه مواقعةَ المحظور وإن لم يؤمن يُراق عليه، وعلى أنه يدخل على ما قلتم الإمساك فإنه لو أمسك حتى تخلل فإنه يحل وإن كانت الإراقة جائزة وإذا كان جواز الإراقة لم يمنع ثبوت الحِليّة بالإمساك كذلك لا يمنع ثبوته بالتخليل.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن في التخليل إفساد صالح وهو إذا ألقي فيه

(١) الدبس بالكسر: عصارة التمر. المصباح المنير (الدِبس).

من الملح والخل؛ لأنه وإن كان كذلك لكنه لغرضٍ صحيحٍ وهو تفويت صفة الخمرية فجاز ذلك ولا ينظر: إلى فساد ما يلقيه فيه لما عارضه إصلاح، وهذا كالبذر يلقيه في الأرض فإنه يفسد بلا إشكال ولكن لما أدّى إلى إصلاح وكان الإفساد لغرضٍ صحيحٍ جاز فعله.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن ما يلقيه في الخمر ينجس وتبقى نجاسته وإن صار خلًا فيكون الخل نجسًا بنجاسته كالخل النجس ببول يلقيه فيه أو بفأرة تقع فيه، فإن الخمر وإن صارت خلًا حقيقة يكون نجسًا، هذا لا يصح؛ وذلك لأن الملقى فيه وإن صار نجسًا لكن صار نجسًا بالخمر، والخمر كلها قد انقلبت خلًا. وإذا صارت جميع أجزاء الخمر خلًا لم يكن بد من طهارة ما ألقي فيه؛ لأن المنجس قد زال وهذا كالدّنِ فإنه ينجس بالخمر ثم إذا انقلب الخمر خلًا طهر الدّن؛ لأنه ينجس بأجزاء الخمر وتلك الأجزاء إذا انقلبت خلًا فلم يكن بد من الحكم بطهارة الدّن وليس كما لو تنجس الملقى فيه ببولٍ؛ لأن البول لا ينقلب خلًا بحال بخلاف الخمر. ألا ترى أن الدّن لو كان نجسًا ببول لم يطهر وأيضًا بتخلل الخمر.

وأما قولكم: «إن الخمر لا تصير خلا إلّا بتحويل طبع أو بتغليب عين».

قال: ليس كذلك، بل إنما تصير خلًا بتبديل صفة فحسب؛ لأن الشَّدة صفة للعين وليست بنفس العين بل هذا المانع إذا [١٢٣/ب] كان عصيرًا أو خمرًا أو خلًا فالعين واحدة في الكل، إنما الصفة تتبدل وهو مثل الدبيغ، فإنه لا يوجد به إلّا تبديل صفة وكذلك الثوب النجس يغسل لا يوجد به إلّا تبديل صفة فِالشَّدة في الخمر كالزَّهومة في الجلد.

وعلى أن غاية ما في الباب أن نثبت لكم أن التخليل محظور، ولكن إذا صار خلًا بأي جهةٍ كان فلابد من الحكم بحله، ولا ينظر: إلى حظرية السبب، وهذا كَمَنْ ذبح شاة الغير تَحِلّ وإن كان الذبح ههنا معصية، وكذلك أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت، وَمَن له الدين إذا قتل مَنْ عليه الدين فإنه يسقط الأجل وتتوجه المطالبة.

قالوا: وأما حرمان الإرث فهو عقوبة على جناية، والعقوبة لا تتأخر إذا وجدت الجناية، ولهذا تختص بالقاتل.

وأما عدم الحِلّ عندكم ليس على طريق العقوبة بل لانعدام سبب الحِلَّ؛ ولهذا المعنى لا يحل لمباشرٍ التخليل ولا لأحدٍ من الناس، وإذا كان عندكم فوات الحل لانعدام السبب، وقد بينا وجود السبب، واعتمدوا على التخليل في الإمساك أيضا وهو معتمد؛ لأنه نوع تخليل مثل المعالجة التي اختلفنا فيها هي نوع تخليل.

۞ **الجواب:**

قولكم: «إصلاح فاسد».

قلنا: بل هذا في الحال إفساد صالح وهو إفساد ما يلقيه فيه.

والذي اعتذروا عند يقال عليه:

إنه لا حاجة إلى إفساد هذا الصالح بل ينبغي أن يصبر حتى يصير خلًا بنفسه.

فإن قالوا: له حاجة إليه وهو استعجال الخلّيّة فإن التخلل يتباطأ[1] فيعالج حتى تتعجل الخلّية.

قلنا: بمثل هذا لا يجوز مباشرة نجس ولا إفساد طاهر، وليس كما ذكروا من إلقاء البذر؛ لأن هناك ضرورة فإنه لا يصل إلى الرَّيع إلّا به بخلاف مسألتنا فإنه يصل إلى الخل بدون التخليل، وليس كإنضاج الثمار النَّية حيث يباح؛ لأنه تصرف لاقى نجس، وهذا تصرف في نجس، وهم يقولون تصرف في نجسٍ لكن لتطهير المحل منه.

ثم الجواب المعتمد: أن قولهم: «إصلاح فاسد»، ممنوع؛ لأن الإصلاح والصلاح يعرفان بالشرع فإذا صار السبب محظورًا شرعًا لمعنىً لم يبق وجهُ الصلاح بحال؛ وهذا لأنه إذا تخلل بنفسه لا نقول حَلَّ بزوال الشِّدة بل شرعًا عند زوال الشِّدة.

وأما قولهم: «إن الخمرية صفة فاسدة والخلّيّة صفة صالحة».

قلنا: إذا حصلت بنفسها، فإذا حصلت بالتخليل فهي صفة فاسدة.

وقولهم: «إنه تباح الإراقة لصفة الشِّدة...» إلى آخر ما قالوا.

قلنا: لو كان هذا كمسألة الحربي وجب أن لا تجوز الإراقة في موضع بتسهل طريق التخليل، كما لا يجوز قتل الكافر عند تسهل الدعوة ولا خمر في العالم إلّا ويمكن تخليلها فلا خمرَ إذًا تجوز إراقتها، وعلى أنا نقول بلى، بالتخليل تزول الشِّدة عن المحل لكن بطريق محظور شرعًا، وأسباب

(١) في المخطوط: يتباطى.

الإصلاحات والتطهيرات ما لم تكن مشروعة شرعًا لا تفيد صلاحًا ولا طهارة.

فإن قالوا: هذا لا يجوز أن يكون غير مشروع.

قلنا: يجوز لما بيّنا من المعنى.

وأما قولهم: «إنه قد صار خلًّا».

قلنا: إن عنيتم محسوسًا فمسلم، وإن عنيتم حكمًا فلا؛ لأنه باقٍ[1] على الخمرية في الحكم.

وقولهم: «إن الشرع أباح الخلول».

قلنا: بلى، ولكن لا كُلَّ خلٍّ، وإنما أباح خلًّا حصل بالتخلل فأما بالتخليل ففيه تنازعنا.

وأما قولهم: «إن في التخليل إزالة الصفة فحسب».

قلنا: لا شك إنه تبديل طبع وإن ادّعينا تبديل العين فهو كذلك أيضًا لما بيّنا أن عينه محرمة؛ لأن عينها خمر فلا يتصور طهارتها إلّا بانقلاب العين عينًا أخرى، وبهذا فارق دباغ الجلد؛ لأن عينه جلد، والجلد أصله على الطهارة وإنما ينجس بصفةٍ حلّت فيه فيكون الدبغ إزالة صفة فاسدة من محلٍ، أو نقول جلد الحيوان طاهر والدباغ عمله في إعادة طهارة الحياة في الجلد، وأما في مسألتنا فإن عين الخمر نجسة لما بيّنا أنها خمر وإذا تخلل لا يبقى خمرًا، والجلد إذا دُبِغَ يكون جلدًا ويبقى جلدًا على ما كان.

ويمكن أن يقال: إن الدباغ مأمور به والتخليل منهي عنه، والجمع بين

---

(١) في المخطوط: باقي.

هذين باطل، والاعتماد على الأول معنًى.

فإن قالوا: هَبْ أنه تقليب عين لكنه يجوز أن ينسب إلى الآدمي إذا وجد منه السبب كالقتل يُضاف إلى الآدمي وهو موت لوجود سبب منه، وكذلك خروج الفرخ بتحضين الدجاجة.

قلنا: لا ينسب إليه سوى الجرح وسوى مباشرة [١٢٤/أ] التحضين، وأنتم أضفتم إليه ههنا التخليل ولا يجوز؛ لأنه لا يُضاف إلى العبد ما ليس من صنعه بحال.

وأما قولهم: «إن سلمنا الحظرية ولكن قد صار خلًا».

قلنا: إذا سلمتم الحظرية فقد سلمتم المسألة؛ لأن المشروع لا يثبت إلّا بسببٍ مشروعٍ.

وأما ذبح شاة الغير فعينه مشروع في الجملة ـ أعني التذكية ـ، لكن نهى عنه؛ لأنه صادف ملك الغير وههنا التخليل غير مشروع بحال.

وأما مسألة أم الولد إذا قتلت سيّدها فإنما عتقت؛ لأن سبب العتق الاستيلاد والاستيلاد مشروع وإنما الموت شرط، والشرط يجوز أن يكون محظورًا، إنما الكلام في السبب المحظور أنه لا يجوز أن يفيد الإباحة؛ وهذا لأن الأحكام يُحال بها على أسبابها لا على شرائطها.

وكذلك الجواب عن مسألة حلول الدين؛ لأن المطالبة متوجهة بعقد المعاملة الذي سبق لا بمضي الأجل الذي يوجد.

وأما فصل الإمساك:

قلنا: إنما أبحنا الخل بالإمساك فأبيح الإمساك لأجل ضرورة الوصول إلى الخلّ المباح شرعًا ولا ضرورة في التخليل بالمعالجات فكان حرامًا بالمعنى الذي قدمنا.

يبينه: أن المعالجة تصرف حقيقة في الخمر، والإمساك يشبه الإعراض عن التصرف والانتظار لما يؤول إليه بصنع الله تعالى.

وأما نقل الخمر من الشمس إلى الظل أو من الظل إلى الشمس فقد قال بعض أصحابنا:

هو مثل المعالجة، والأصح أن به لا يحرُم؛ لأنه ليس بمعالجة في عين الخمر وهو من توابع الإمساك.

وقد قال بعض أصحابنا: إن بالإمساك لا يحل الخمر أيضًا وذكروا في إباحة الخلّ طريقًا بعيدًا، والمعتمد من الجواب ما سبق، وما سواه باطل.

والله أعلم



※ (مَسْأَلَة):

ولد الجارية المرهونة لا يكون مرهونًا عندنا(١).

وعندهم: يكون مرهونًا مع الأم(٢).

---

(١) المهذب: ١/٤٠٨، الروضة: ٤/١٠٢، المنهاج مع المغني: ٢/١٣٩، النكت: ورقة ١٥٠/ب. الحاوي: ٦/٢٠٨، وهو قول الحنابلة ينظر: المغني ٦/٤٥٩.

(٢) مختصر القدوري: ١/٣٠٤، المبسوط: ٢١/٧٥، البدائع: ٨/٣٧٢٥.

❁ **لنا:**

أن الجارية وولدها محلان ينفصل أحدهما عن الآخر في الرهنيّة، فرهن أحدهما لا يوجب رهن الآخر، كما لو رهن الجارية بعد ما انفصل عنها الولد؛ وهذا لأنه لم يرهن الولد فلو صار رهنًا لصار رهنًا برهن الأم وهذا لا يجوز؛ لأن الأم صارت رهنًا بمباشرة المالك رهنها وهو إنما باشر رهن الجارية ولم يباشر رهن الولد فلم يصر الولد رهنا؛ لأن سبب ثبوت الرهن فيه لم يوجد، وهذا لأن ما يثبت بإثبات المالك يثبت في المحل الذي يثبته فيه ولا يثبت في المحل الذي لم يثبته فيه مثل سائر ما يثبته من عقد أو ملكٍ أو حقٍ.

وقد تعلق الأصحاب بالجارية الجانية إذا ولدت ولدًا لا يسرى إليه حكم الجناية، وقالوا: ليس موجب عقد الرهن في الجارية إلّا تعينُها لقضاء حقٍ منها، وهذا لا يوجب سراية ما يتعلق بالجارية إلى الولد.

دليله: مسألة الجناية، والأول هو المعتمد.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: حق لازم تعلق بعين الجارية فيسري إلى الولد.

دليله: الملك والاستيلاد، وهذا لأن الولد حدث من محل الحق فيسري إليه الحق كما يسري إليه الملك.

والدليل على أن الولد حَدَثَ من محل حق المرتهن أن محل حق المرتهن عين الجارية؛ لأن حقه الجنس أو ملك اليد وهو ثابت في عين الجارية.

يدل عليه: أن الرهن حق مالي فيشبه أصل المالية ثم أصل المالية يسري من الجارية إلى الولد، كذلك هذا الحق.

قالوا: وأما ولد الجانية فليس هناك حق متعلق بعين الجارية إنما الواجب على السيد إمّا الدفع وإمّا الفداء، فأمّا أن يتعلق بعين الجارية فلا.

وربما يقولون: إن الواجب على السيد هو الأرش إلا أنه يتخلص بدفع العبد الجاني أو الجارية.

قالوا: وليس يلزم على ما قلنا فصل الضمان، فإن عندنا لا يكون الولد مضمونًا وإن كان مرهونًا؛ لأنا نقول: إن الولد مرهون ولكنه مرهون تبعًا لا أصلًا، فلم يوجب ثبوت الضمان كالولد(١) المبيعة لما كان مبيعًا تبعًا لا أصلًا لم يكن مضمونًا على ما سبق في مسألة زوائد المبيعة.

❁ **الجواب:**

إن الأول مجرد تعلق بصورةٍ فلا يكون دليلًا لثبوت الحكم، وهذا لأن الكلام في هذا أن هذا الحق اللازم المتعلق بعين الجارية هل يسري إلى الولد أو لا؟

وعلى أنا لا نسلم أن حق المرتهن متعلق بعين المرهون على ما سبق بيانه.

والمعتمد من الجواب: أن الولد وإن حصل من عين الجارية ولكن حق الرهن عارض في المحل يثبت بإثبات مالكه فيه فيثبت في المحل الذي يثبته

---

(١) كذا في المخطوط، ولعله: كَوَلَد.

فيه، وهذا لأن الجارية مملوكة للراهن فالولد مملوك له، وهو إنما رهن الجارية دون الولد فتصير الجارية [١٢٤/ب] رهنًا دون الولد.

واعلم أنه ليس لهم كلام يرد على هذا الفصل سوى الملك والاستيلاد، ونحن نقول: إن الملك في الجارية هو الرق، والحرية والرق صفتان أصليتان للجارية على معنى أنه لا يتصور خلوها عن أحدهما إمّا الرق وإمّا الحرية وتفوت إحداهما إلى الأخرى، وهذا بخلاف الرهنيّة فإنها صفة عارضة تثبت بعقد عاقدٍ وإثبات مثبتٍ.

وإذا عرف هذا فنقول: الولد إذا وُلِدَ فلابد أن يكون على إحدى الصفتين إمّا الرق أو الحرية، فرجحنا الصفة التي عليها الأم على الأخرى؛ لأنها صفة أصل الولد فترجحت ثبوتها لأصله على الصفة التي ليست ثباتُه لأصله.

وأما صفة الرهنيّة لما كانت عارضة ثبتت بعقد عاقدٍ وإثبات مثبتٍ فنظرنا إلى المحل الذي عقد عليها العقد والمحل الذي أثبت فيه الحق فثبت فيه ولم يثبت في غيره، وكذلك الاستيلاد؛ لأن الثابت حق العتق وحق العتق ينزل منزلة حقيقة العتق، ولأنه حق العتق يثبت لثبوت حقيقته فيلحق بها وهي صفة أصلية للمحل على ما سبق بخلاف مسألتنا، وهذا الجواب معتمد وما سواه فليس بشيء.

وأمّا الإلزام بفصل الضمان، فلازم وهو مناقضة على أصولهم وقلة ضبطه لما يوجبه المذهب.

وقوله: «إنه دخل في الرهن تبعًا».

قلنا: أدخله في الضمان تبعًا؛ لأن ما كان أصلًا يكون الضمان فيه أصلًا، وما كان تبعًا يكون الضمان فيه تبعًا، فأما إخلاؤه عن الضمان أصلًا وإدخاله في الرهن حقيقة فمناقضة بينة. والله أعلم.



※ (مَسْأَلة):

الرهن عندنا أمانة(١).

وعندهم: مضمون بالأقل من قيمته ومن الدَّين وتفسيره معلوم(٢).

لنا:

قوله ﷺ: (لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غُنمه وعليه غُرمه)(٣).

والاستدلال من قوله: (لا يغلق الرهن) وفيما قالوه نوع إغلاق فإن الإغلاق عند أهل الجاهلية كان هو أن يصير الرهن بدينٍ بشرطٍ عندهم.

وإذا قالوا: إنه إذا هلك الرهن يسقط الدين أشبهه لفوات الافتكاك في الموضعين.

والاستدلال الثاني: من قوله ـ ﷺ: (وعليه غرمه) أي هلاكه.

---

(١) الأم: ١٤٨/٣، المهذب: ٤١٧/١، النكت: ورقة: ١٥٣/أ، الروضة: ٩٦/٤، الحاوي: ٢٥٣/٦، وهو قول الحنابلة وقال المالكية يضمن ما يخفى هلاكه مثل الذهب والفضة ولا يضمن ما لا يخفى هلاكه مثل الحيوان والعقار. ينظر: المغني ٤٥٣/٦، الإشراف ٧/٢.

(٢) مختصر القدوري: ٣٠٣/١، شرح معاني الآثار: ١٠٤/٤، المبسوط ٦٤/٢١، ٦٥، البدائع: ٣٧٦٠/٨، أحكام القرآن للجصاص: ٤٢٦/١.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٣٢/٣، ٣٣.

وهم رووا أن النبي ـ ﷺ ـ قال: (الرهن بما فيه)[1].

ورووا أنه قال: «ذهبت الرهان بما فيها»[2].

ورووا أن رجلًا رهن فرسًا عند رجل بدين له عليه فنفق الفرس فرفع إلى النبي ـ ﷺ ـ فقال: «ذهب حقك»[3].

ونحن نقول:

إن الأول من قول شريح وليس من قول رسول الله ـ صلى الله عليه ـ[4] وقد تفرد برفعه إسماعيل بن أمية[5] قالوا: «وهو وضاع للحديث»[6].

وكذلك اللفظ الثاني.

وأما الخبر الذي رووا فيه أنه ـ ﷺ ـ قال: (ذهب حقك).

رواه عطاء مرسلًا[7]، والمرسل ليس بحجة.

وقيل معنى قوله: «ذهب حقك» أي من الرهن يعني أن لا تطالب بغيره[8].

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٣٢، ٣٤ باب الرهن.

(٢) رواه الطحاوي في معاني الآثار من قول شريح: ٤/١٠٣.

(٣) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٠٢.

(٤) ذكر ذلك الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٠٣.

(٥) إسماعيل بن أمية الزارع ويقال ابن أمية ـ كما ذكر الدارقطني في سننه ـ حدث عن أبي الأشهب العطاردي تركه الدارقطني. لسان الميزان: ١/٣٩٤.

(٦) قاله الدارقطني في السنن ولفظه: «إسماعيل هذا يضع الحديث، وهذا لا يصح». ٣/٣٢، ٣٤.

(٧) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٠٢.

(٨) قاله الشيرازي في نكته: ورقة ١٥٣/ب.

وأمّا المعنى الذي نقول: الضمان لا يثبت إلا بسببٍ مخيلٍ في إثبات الضمان كالغصب لما كان مخيلًا في إثبات الضمان لكونه تعدّيًا أوجب الضمان، وكذلك عقد البيع، لأنه عقد ضمان، وكذلك العارية على ما سنُبين، وقبض الرهن ليس بمخيل في إيجاب الضمان.

لأن الرهن إن كان موجبه ما قلنا من ثبوت استيفاء الدين من الرهن وتعيّنه لذلك فهذا لا يدل على وجوب الضمان كما لو دفع إلى إنسان عبدًا ليبيعه ويستوفي منه دينه، أو دفع إليه كيسًا ليقبض منه حقه.

وإن كان موجبه ما قالوا: من ملك اليد وثبوت الحبس فلا يدل أيضًا على الضمان، لأن ثبوت حبس مال الغير ليس فيه معنىً يشعر بوجوب الضمان على الحابس، وهذا لأن الرهن على المذهبين وثيقة، وجعل الرهن مضمونًا يضاد الوثيقة، لأن توثيق ا لحق تأكيده وإثبات زيادة على ما كان من قبل في وجوب وصول زائد مثل الكفالة، أو لإثبات نفس وصول زائد، والوجوب على ما كان من قبل مثل الرهن.

فإذا قلنا: إن الدين يسقط بهلاك الرهن أثبتنا له ضد الوثيقة لأن فيه توهين الدين وجوبًا واستيفاءً.

أمّا الوجوب فلأنه يفوت الوجوب بهلاك الرهن وقد كان لا يفوت من قبل.

وأمّا الاستيفاء فلأنه لم يكن بد من وصول عين إلى يد المرتهن ليصير مستوفيًا، وإذا صرنا إلى ما قلتم يصير مستوفيًا دينَه بهلاك الرهن من غير أن يصل إليه شيء.

وإذا ثبت هذا فنقول:

لا يثبت بالعقد ضد مقتضاه.

دليله: سائر العقود، ونقول أيضًا: إن كان المرهون مضمونًا فلا يخلو: إمّا أن يكون مضمونًا بالقيمة أو بالدين [١٢٥/أ] فإن كان مضمونًا بالقيمة فيجب أن يكون مضمونًا بجميع القيمة وإن كان مضمونًا بالدين فلا يجوز، لأن الدين لم يجب بهذا العقد فكيف يكون المرهون مضمونًا بالدين فسقط الضمان أصلًا.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: المستوفى بالدين مضمون، فالمقبوض بوثيقته مضمون، وإنما قلنا إن المستوفى بالدين مضمون، فإنه لو كان له على إنسان ألف درهم فقبضها يكون مضمونًا عليه ثم إذا وَجَبَ عليه مثل ما وَجَبَ له على صاحبه التقيا قصاصًا، ولهذا إذا ظهر أن لا دين يكون المقبوض مضمونًا على القابض، ولهذا إذا اشترى بالدين ممن عليه شيئاً وقد ظهر أن لا دين لا يبطل البيع، وإذا ثبت هذا فنقول: الرهن وثيقة للاستيفاء فيثبت في الحال ملك اليد على وجهٍ يصير ذلك وسيلةً إلى حقيقة الاستيفاء فإن الوثيقة لما شرعت مؤكدة لما جُعِلَتْ وثيقة له فوجب أن تكون مفضيةً إلى حقيقة الاستيفاء.

قالوا: وبهذا يعترض على قولكم إن ما قلتم يؤدي إلى ضد الوثيقة لأنا لا نقول إن الدين يسقط بهلاك الرهن بل نقول يصير مستوفيًا للدين، وإذا جعلناه مستوفيًا للدين فلا يؤدي الضمان إلى تخطير الدين وتوهينه بل يكون مؤدّيًا إلى استيفائه لكن حكمًا.

وحرفهم:

أن حقيقة قبض الاستيفاء لما أوجبت حقيقة الضمان، فكذلك قبض جهة الاستيفاء يوجب انعقاد جهة الضمان، فكما انعقد عقد استيفاء يفضي إلى حقيقة الاستيفاء، فكذلك وجب أن ينعقد به عقد ضمان يفضي إلى حقيقة الضمان بالهلاك، ثم ننظر في ضمانه إلى جهته فإذا كان الضمان لجهة الاستيفاء فنقدر ما يتصور استيفاؤه من هذا العين تكون العين مضمونة به هذا إذا كان الدين أكثر من القيمة وإن كان الدين أقل من القيمة يكون مضمونًا بقدر الدين، لأن الاستيفاء وجب في ذلك القدر.

قالوا: وإنما جعلناه مستوفيًا دينه حكمًا بهلاك الرهن ليتحقق اقتضاء عقد الاستيفاء إلى حقيقة الاستيفاء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال كيف يتصور استيفاء دينه وهو دراهم أو دنانير أو حنطةٍ أو ثوب في السلم من غير عبدٍ أو جارية أو خشبة؟

قال: لأنا لا نقول: يصير مستوفيًا من عينه، بل إنما يصير مستوفيًا من معناه، ومعناه هو المالية، والأموال متجانسة في المالية، وإنما يثبت الاستيفاء حكمًا لأجل ما سبق من عقد الضمان بالطريق الذي بيّنا، وعقد الضمان كان باعتبار عقد استيفاء الدين فينظر: إن كان الدين دراهم صار الرهن مضمونًا بالدراهم، وإن كان دنانير فبها، وإن كانت حنطة فبها، وإن كان ثوبًا فبه، ثم إذا هلك وتقرر عليه الضمان بالهلاك حصل الاستيفاء بالمقاصّة مثل ما يكون عند حقيقة الاستيفاء، وهذا لأن التقويم في الأشياء إنما جُعِلَتْ بالدراهم والدنانير لأن التقويم بها أسهل، وليس في هذا ما يوجب الحجر عن التقويم

بشيء آخر، فإذا رهن بحنطة أو بثوب وقد أوجب العقد الضمان بالطريق الذي سبق فكأنهما اصطلحا على أن يجعلا العين متقومة بحبس الدين فعند الهلاك يتقرر عليه ما اصطلحا على التقويم به ثم الاستيفاء بالمقاصّة، هذا غاية الإمكان في تقدير كلامهم.

وقد قال بعضهم: لما كان موجب عقد الرهن ملك اليد وهو بعض ما ثبت بحقيقة الاستيفاء، فإذا ثبت له بعض حقه وذلك البعض لا يجوز أن يثبت مرة أخرى فإذا أبقينا الدين واستوفاه أوجبنا له ملك اليد مرتين، وهذا لا يجوز فسقط الدين ضرورة، وهذا بخلاف ما إذا كان الرهن قائمًا لأنه يسترد الرهن فيرتد ملك اليد الذي وجب له ثم حينئذٍ يستوفى فيثبت له ملك عينٍ وملك يدٍ مرة واحدة فلا يؤدي إلى تثنية الواجب له، بخلاف ما إذا هلك لأنه لا يتصور ارتداد ملك اليد وقد تم ملك اليد بالهلاك وانتهى فيؤدي بقاء الدين وإيجاب إيفائه إلى ما ذكرناه.

وقد تعلق مشايخهم بالمقبوض على سوم البيع فإنه مضمون باعتبار جهة عقد البيع، وكذلك المبيع قبل القبض مضمون باعتبار ثبوت حبسٍ بدينٍ بعقدٍ، فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون كذلك.

۞ **الجواب:**

إن الكلام على ما سبق، وقد بيّنا أنه لم يوجد ههنا سبب مخيل في إيجاب الضمان.

وأمّا كلماتهم فكلها مبنية على أصل ممنوع وهو أنهم قالوا: «إن المقبوض

على حقيقة الاستيفاء مضمون».

ونحن لا نسلم هذا، وإذا استوفى دينًا له على إنسان لا يكون مضمونًا عليه بل [١٢٥/ب] استيفاء الدين يكون كذلك.

ونقول: بقبضه استوفى عين حقه، ألا ترى في السَّلم إذا قبض فقد استوفى عين حقه، لأن قبض المسلم فيه بغيره لا يجوز، والشيء إما أن يقبض بنفسه أو بغيره، ولا يتصور ما سوى هذين فإذا لم يصر قابضًا له بغيره فعلى القطع نعلم أنه يصير قابضًا له بعينه.

وأمّا قولهم: «إنه لو ظهر أن لا دين يكون المقبوض مضمونًا».

هو عندهم وكذلك مسألة الشراء على مذهبهم.

وعندنا: إذا ظهر أن لادين بطل البيع، والمعنى يدل على ما قلناه، لأنه ليس في قبض حقه عن غيره دليل على ثبوت ضمان عليه.

يبينه: أن مَنْ قبض له عينًا عند إنسان لا يكون مضمونًا عليه فإذا قبض دينًا له عليه لا يكون مضمونًا عليه أيضًا.

فإن قالوا: أليس أن المشتري إذا قبض المبيع يكون مضمونًا؟

قلنا: قد كان مضمونًا بالعقد لأجل الالتزام الموجود منه وينتهي بالقبض، فأما أن يجب ضمان بقبض حقه محال، وإذا سقط هذا الأصل الذي قالوا وجميع كلامهم بناءً عليه سقط الجميع.

وأمّا فصل المقاصّة: فهو على أصولهم، وعندنا لا مقاصّة في موضعٍ

ما، وإن سُلّم لهم على أحد الوجوه في موضعٍ، فلا نقول به بالطريق الذي ذكروا بل نترك الاستيفاء في كلا الدينين لعدم الفائدة عليه، ويصير في التقدير كأن كل واحد منهما أبرأ صاحبه عن الدين الذي له عليه، ثم يقال لهم هذا الضمان الذي قلتم يؤول إلى استيفاء الدين أو سقوطه. فإن قالوا: يؤول إلى سقوطه.

نقول: من أيّ وجهٍ يؤول إلى سقوطه؟ فإن قلتم: لأنه صار مضمونًا بالدين فوجب أن يسقط كل الدين، وأيضًا فإن الدين وجب بعقدٍ سابقٍ فكيف يصير مضمونًا به؟ وهذا لأن السبب الذي وجب به الدين لم يرتفع ولم ينفسخ كيف يسقط الدين؟

وبهذا فارق المبيع فهلك قبل القبض، لأن هلاكه يوجب انفساخ العقد الذي وجب به الثمن فلهذا سقط، وعلى أن السقوط ليس لهم بمذهبٍ، فإنه لو ارتهن برأس المال وهَلَكَ في المجلس عندهم: يَتِمّ السَّلم وبالسقوط لا يَتِمّ السَّلم إنما بالاستيفاء يَتِمّ، حتى لو أبرأ عن رأس المال قبل القبض بطل السَّلم عندهم.

وإن قلتم يصر مستوفيًا لدينه فبأيّ وجهٍ يصر مستوفيًا؟

إن قلتم بعين الرهن فلا يتصور، وإن قلتم بمعناه، فالمعنى هو معنى العين فإذا لم يصر مستوفيًا لعينه فلا يتصور مستوفيًا لمعناه، ولأن الاستيفاء من معناه إنما يكون ببيعه وقبض ثمنه عن دينه، فأين هذا حتى يصر قابضًا لمعناه؟

يبينه: أن المرهون هو العين لا معناه فقبض جهة الاستيفاء إنما يتناول

العين فإن كان يفضي إلى الاستيفاء فينبغي أن يفضي إلى استيفاء عينه وأيضًا فإنه يفضي إلى الاستيفاء بسببٍ جديدٍ وهو البيع، والاستيفاء المشاهد، فقولوا يفضي إلى الضمان بسببٍ جديدٍ، وعندهم ذلك القبض الأول أفضى إلى الضمان وذلك القبض لم يفضِ إلى استيفاءٍ فبطل جميع ما قالوه، ولم يبقِ لهم في المسألة متعلق أصلًا.

وأمّا مسألة المقبوض على السَّوم، فنحن إنما أوجبنا الضمان هناك بإجماع الصحابة فإنه روى أن عمر ركب فرسًا (يشوره أيْ يستخرج منه سيره) ليبتاعه فَعَطَبَ تحته، فحكّم شريحًا فقضى عليه بالضمان بحضرة الصحابة وَقَبِلَه عمر رضي الله عنه، ولم ينكر عليه أحد[1].

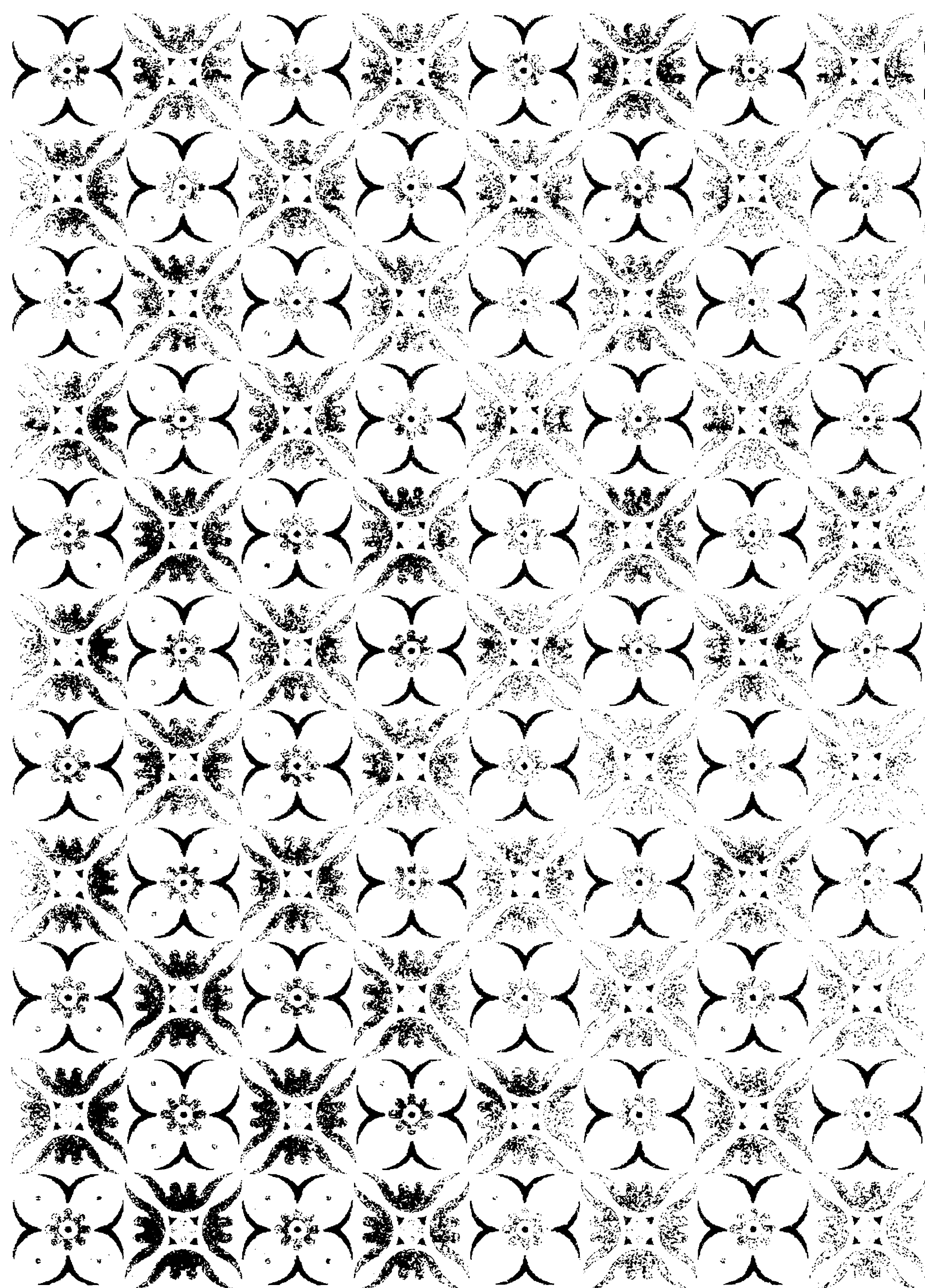
وعلى أن هناك قبضه ليملك عينه، وههنا لم يقبض الرهن لاستيفاء عينه، وأيضًا ذلك التملك إذا تحقق كان موجبًا للضمان، وههنا قد بينا أن الاستيفاء لو تحقق لم يجب الضمان.

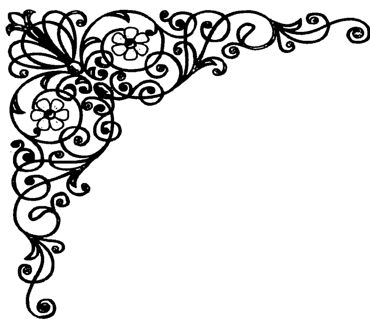
وفي المسألة إلزامات مذهبية على أصولهم أعرضنا عنها لفقد الحاجة إليها.

والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) رواه عبد الرزاق (١٤٩٧٩، ٨/٢٢٣ ـ المكتب الإسلامي)، وابن أبي شيبة (٣٦٠٠٦، ٧/٢٧١ ـ ط الرشد)، ومحمد بن الحسن في الأصل (١١/١٩٠ ـ ط دار ابن حزم).






كتاب

※ (مَسْأَلَة):

إذا أفلس[١] الرجل في حال الحياة أو مات مفلسًا، وفي يده سلع لباعةٍ ولم يكن أوفى ثمنها فالباعةُ أولى بالسلع من سائر الغرماء ويفسخون العقد ويستردونها[٢].

وعندهم: الباعةُ وسائر الغرماء واحد وليس لهم حق على الاختصاص[٣].

❖ لنا:

حديث أبي هريرة أن النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: (أيّما رجل أفلس فأدرك رجل [١٢٦/أ] ماله بعينه فهو أحق به)[٤].

---

(١) الإفلاس شرعًا: جعل الحاكم المديون مفلسًا بمنعه في التصرف في ماله. ينظر: مغنى المحتاج ١٤٦/٢.

(٢) الحاوي الكبير: ٢٦٦/٦، المهذب: ٤٢٥/١، النكت: ورقة ١٥٣/ب، الروضة: ١٤٧/٤، شرح صحيح مسلم للنووي: ٢٢٢/١٠.
وهو قول مالك وأحمد وعروة بن الزبير والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور، وابن المنذر، وروي ذلك عن عثمان وعلي وأبي هريرة.
ينظر: المغني: ٥٣٨/٦، معالم السنن: ٧٩٠/٣، شرح السنة للبغوي: ١٨٧/٨.

(٣) مختصر الطحاوي: ٩٥، مختصر القدوري: ٣١٩/١، الهداية: ٢٨٧/٣، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٥٩٩/٢، شرح معاني الآثار: ١٦٧/٤.

(٤) رواه الإمام مالك في الموطأ: ٨١/٥ مع المنتقى، باب ما جاء في إفلاس الغريم.
وأبو داود في سننه: ٧٩٠/٣، ٧٩١ مع المعالم، باب في الرجل المفلس فيجد... =

وفي رواية أخرى (من أدرك ماله بعينه عند رجلٍ أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره)[١].

وروى الثوري[٢] عن يحيى[٣] بن سعيد قال: أخبرني أبو بكر[٤] بن محمد ابن عمرو بن حزم أن عمر[٥] بن عبد العزيز حدّثه أن أبا بكر[٦] بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام حدّثه[٧] أنه سمع أبا هريرة يقول: قال

= والبغوي في شرح السنة: ١٨٦/٨، باب من اشترى شيئاً ثم أفلس...
والبيهقي في سننه: ٤٥/٦، باب المشتري يفلس بالثمن.
وعبد الرزاق في مصنفه: ٢٦٤/٨ رقم: ١٥١٦.

(١) روى هذه الرواية البخاري في صحيحه: ٦٢/٥ مع الفتح، باب إذا وجد ماله عند مفلس...
ومسلم في صحيحه: ٢٢١/١٠ مع النووي، باب من أدرك ما باعه عند المشتري.
والبيهقي في سننه: ٤٥/٦، باب المشتري يفلس بالثمن.

(٢) الثوري (سفيان).

(٣) ينظر: حاشية (١).

(٤) أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم الأنصاري النجاري (بالنون والجيم) المدني القاضي اسمه وكنيته واحد، وقيل: إنه يكنى أبا محمد ثقة عابد، من الخامسة مات سنة ١٢٠هـ، وقيل غير ذلك، روى له أصحاب الكتب الستة.
ينظر: تقريب التهذيب: ٣٩٦.

(٥) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص الأموي أمير المؤمنين أمه أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب، ولي إمرة المدينة للوليد، وكان مع سليمان كالوزير، وولي الخلافة بعده فعُدّ مع الخلفاء الراشدين، من الرابعة مات في رجب سنة ١٠١هـ، وله أربعون سنة ومدة خلافته سنتان ونصف، روى له أصحاب الكتب الستة النظر: تقريب التهذيب: ٢٥٥.

(٦) أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام بن المغيرة المخزومي المدني، قيل اسمه محمد، وقيل: المغيرة، وقيل أبو بكر اسمه، وكنيته أبو عبد الرحمن، وقيل: اسمه كنيته، ثقة، فقيه، عابد، من الثالثة، مات سنة ٩٤.
وقيل غير ذلك.
روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: تقريب التهذيب: ٣٩٦.

(٧) في سنن الدارقطني (أخبرني).

رسول الله ﷺ: (إذا ابتاع الرجل السلعة ثم أفلس وهي عنده بعينها فالبائع أحق بها من الغرماء)[١].

وروي عن عمرو بن دينار عن هشام[٢] بن يحيى عن أبي هريرة أن رسول الله ـ صلى الله عليه ـ قال: (إذا أفلس الرجل فوجد البائعُ بعينها سِلْعَتَه فهو أحق بها دون الغرماء)[٣].

وروى سليمان[٤] بن بلال، عن خيثم[٥] بن عراك، عن أبيه[٦]، عن

(١) رواه البيهقي في سننه: ٦/٤٥، باب المشترى يفلس بالثمن.
والدارقطني في سننه: ٣/٣٠.
وعبد الرزاق في مصنفه: ٨/٢٦٥ رقم ١٥١٦١.
وابن الجارود في المنتقى: ٢١٣ رقم ٦٣٠.
والدارمي في سننه: ٢/٢٦٢، باب فيمن وجد متاعه عند مفلس...
وقد صرحا في إسناديهما بالسماع.

(٢) هشام بن يحيى بن العاص بن هشام بن المغيرة المخزومي المدني مستور، من الخامسة، روى له ابن ماجة، ينظر: تقريب التهذيب: ٣٦٥.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ش٥/٤٦، باب المشتري يفلس بالثمن.
وعبد الرازاق في مصنفه: ٨/٢٦٥ رقم ١٥١٦٢.
والدار قطني في سننه: ٣/٣٠.

(٤) سليمان بن بلال التيمي، مولاهم أبو محمد، وأبو أيوب المدني، ثقة، من الثامنة، مات سنة سبع وسبعين، روى له أصحاب الكتب الستة.
ينظر: تقريب التهذيب: ١٣٢.

(٥) خيثم بن عراك بن مالك الغفاري روى عن أبيه ذكر ذلك ابن حجر في تهذيب التهذيب: ٦/١٧٢، عند ترجمة والده (عراك بن مالك).

(٦) عراك بن مالك الغفاري الكناني المدني، ثقة، فاضل، من الثالثة، مات في خلافة يزيد بن عبد الملك بعد المئة، روى له أصحاب الكتب الستة.
ينظر: تقريب التهذيب: ٢٣٧.

أبي هريرة أن رسول الله ـ صلى الله عليه ـ قال: (إذا أفلس الرجل فوجد الرجل عنده سِلْعَتَه بعينها بعينها[١] فهو أحق بها)[٢].

وهذه الألفاظ نصوص، وعامتها في الصحيحين[٣].

وقد أولوا هذه الأخبار وحملوها على الغُصوب والودائع وعلى السلع قبل القبض[٤]، وعلى ما إذا كان للباعة خيار.

ومن تأمل في ألفاظ الأخبار علم أنها مباينة لهذه التأويلات وأنها لا تحتمل ما قالوها بحال، والسُّنة إذا صحت عن الرسول لابد من القول بها.

وقد رووا أن النبي ـ عليه السلام ـ قال: (البائع أسوة الغرماء)[٥].

وهذا شيء رواه أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام عن النبي ـ عليه السلام ـ مرسلًا[٦]، وهو أيضًا في الموت مفلسًا[٧] لا على العموم.

---

(١) كذا في المخطوط بتكرار (بعينها).

(٢) رواه مسلم في صحيحه: ٢٢٣/١٠ مع النووي، باب من أدرك ما باعه، والبيهقي في سننه: ٤٦/٦، باب المشتري يفلس بالثمن.

(٣) ينظر: صحيح البخاري: ٦٥/٥ مع الفتح، باب إذا وجد ماله عند مفلس...
وصحيح مسلم: ٢٢٣/١٠، مع النووي، باب من أدرك ما باعه عند المشتري...

(٤) وممن ذكر هذه التأويلات الطحاوي في شرح معاني الآثار: ١٦٥/٤.

(٥) رواه الإمام مالك في الموطأ: ٨١/٥ مع المنتقى، باب ما جاء في إفلاس الغريم مرسلًا.
وأبو داود في سننه: ٧٩١/٣، ٧٩٢ مع المعالم مرسلًا من طريق الإمام مالك وقال (وهو أصح).
وعبد الرزاق في مصنفه: ٢٦٤/٨ رقم ١٥١٥٨.

(٦) قال الخطابي في المعالم (مرسل غير متصل) المعالم ٧٩٢/٣.
وقال الدارقطني في سننه: «ولا يثبت هذا عن الزهري مسندًا، وإنما هو مرسل...» ٣٠/٣.

(٧) لقوله: «وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء».

وروى الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد... الخبر الذي رويناه ثم قال الليث: بلغنا أن ابن شهاب قال: أما مَنْ مات ممن أفلس ثم وَجَدَ رجل سلعته بعينها فإنه أسوة الغرماء، وحدّث به عن أبي بكر بن عبد الرحمن.

ومثل هذا لا يعارض ما روينا.

ونحتج من جهة المعنى مع وقوع الغُنية بالنص فنقول:

البائع لم يسلم له مطلوبه من العوض فله أن يرجع إلى مبذوله من العوض.

دليله: المشتري إذا لم يسلم له المبيع بأن يأبق قبل القبض أو يهلك أو يجد به عيبًا فيرده فإنه يرجع بالثمن المبذول، وكذلك المسلم فيه إذا انقطع من أيدي الناس أو أفلس المسلم إليه يرجع رب السَّلم في رأس المال.

وأعلم أن الوصف الذي قلناه في نهاية الإخالة؛ لأن المبيع معوّض وملك المعوّض بملك العوض وسلامته بسلامته، فإن البيع عقد مراضاة وثبوت موجبه يبتني على الرضا والبائع لم يرض بأن يملك عليه المبيع إلّا بثمنٍ يملكه، وكذلك لم يرض بأن يسلم المبيع للمشتري إلّا بثمنٍ يسلم له وهذا معلوم قطعًا.

والدليل عليه: جانب المشتري فإنه إذا لم يسلم له المبيع رجع بالثمن للمعنى الذي قلنا، كذلك في جانب البائع؛ لأنهما ينزلان من العقد منزلة واحدةً ويقومان مقامًا واحدًا.

وإذا ثبت هذا فنقول: إذا لم يسلم الثمن للبائع فات الرضا في سلامة

المبيع للمشتري ففاتت السلامة فثبت له الرجوع وذلك بفسخ العقد ويمكن أن يُعبّر عن هذا فيقال: سلامة المبيع للمشتري مشروطة بسلامة الثمن للبائع، فإذا لم يسلم الثمن للبائع فات شرط سلامة المبيع للمشتري، وإذا فات الشرط فات المشروط؛ وهذا لأن العقود في الحقيقة مشارطات شرعية فينظر: إلى الشروط الثابتة فيها وتبنى الأحكام عليها على مَواجِبَها وخفاياها.

وأما الإشارة إلى حقيقة المسألة هو أن تسليم الثمن واجب على المشتري بإزاء تسليم المبيع إليه فإذا لم يسلم إليه وعجز عنه رجع البائع فيما سلّمه.

والدليل على أن تسليم الثمن واجب إنه عوض مملوك بالبيع فيستحق تسليمه كالمبيع؛ وهذا لأن الشيء يقصد بالملك لمقصود الوصول إليه والوصول بالتسليم، فإذا لم يتحقق منه الوصول بالتسليم لم يتحقق فيه الملك، وقد أجمعنا على أن الثمن مملوك فلابد من تحقق القبض والتسليم فيه.

يدل عليه: أن هلاك الثمن بمنزلة هلاك المبيع في بطلان البيع.

أما عندنا: فمعلوم.

وعندهم: إذا اشترى شيئًا بفلوس رائجة فكسدت بطل العقد لهلاك الثمن، إذا كان هلاك الثمن كهلاك المبيع ففوات سلامته بالعجز يكون كفوات سلامة المبيع.

فهذه وجوه واضحة على نهايته وغايته.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: فسخ العقد لو ثبت ثبت بالعجز عن تسليم الثمن فنقول: القدرة

على تسليم الثمن لا يشترط وجودها في ابتداء العقد لجوازه ففواتها من بعد العقد لا يوجب ثبوت حق الفسخ.

دليله: نفس الملك.

ودليله: القدرة على إحضار الثمن في مجلس العقد؛ وهذا لأن أمر البقاء أهون من أمر الابتداء على ما عرف [١٢٦/ب] فإذا لم يعمل فوات القدرة في ابتداء العقد فلأن لا يعمل في البقاء أولى.

قالوا: والدليل على أن القدرة على تسليم الثمن ليست بشرطٍ في الابتداء لجواز العقد: أن القدرة على تسليم الثمن إنما يكون لوجود المثمن في ملكه كما أن القدرة على تسليم المبيع بوجود المبيع في ملكه، ولا يشترط وجود الثمن في ملك المشتري لجواز شرائه بالإجماع، فدل أن وجود قدرته على تسليم الثمن ليس بشرطٍ.

ثم حقيقة الكلام لهم أن تسليم الثمن غير واجب، إنما الواجب تسليم بدله؛ وهذا لأن الثمن دين في الذمة وتسليم الدَّين لا يتصور وما لا يتصور لا يمكن إيجابه.

يبينه: أن الدَّين غير العين، والتسليم لو وقع وقع في عين فصار التسليم حاصلًا في غير ما هو عوض العقد إلّا أنا نجعل العين الذي يتناوله التسليم عوضًا عن الدَّين الذي وجب في ذمته وثبتت مبادلة شرعية بينهما أو نجعل المقبوض مضمونًا على القابض، ثم يثبت الاستيفاء بطريق المقاصّة على ما سبق في كتاب الرهن.

قالوا: وهذا أولى مما تقولون أنا نجعل العين المقبوضة كأنها الدَّين، لأنه قلب للحقيقة، والحقائق لا يجوز تعكيسها وتقليبها إلّا لضرورة، ولا ضرورة في مسألتنا لما بيَّنا أنه يمكن تقرير الدَّين على حقيقته وجعل العين المقبوضة عوضًا منه وهذا في البيع.

وأما في السَّلم فلا يمكن اعتبار هذا المعنى، فإن الاستبدال بالمسلم فيه لا يجوز، فقلنا عن العين المقبوضة هي الدَّين حكمًا وقلبنا الحقيقة بالضرورة، وإذا ثبت هذا فنقول:

العجز عن تسليم الثمن لم يوجد، وإنما يوجد العجز عن تسليم ما هو عوض عن الثمن، والفسخ الذي يثبتونه إنما يكون بسبب العجز عن تسليم ما هو عوض في العقد لا عن تسليم ما هو عوض العوض.

قالوا: ولا يلزم على ما قلنا إذا عجز المكاتب عن أداء النجوم حيث يثبت للمولى حق الفسخ مع لزومه من قبله؛ لأن العوض المذكور ليس بعوض حقيقة؛ لأنه لا يجوز أن يجب للسيد على مملوكه شيء، وإنما هو عوض من طريق المجاز، وإذا لم يكن عوضًا حقيقة صار العتق مبذولًا بإزاء دراهم يؤديها العبد فيملكها السيد فصار العتق بإزاء ملك الدراهم عينًا فإذا لم توجد يثبت حق الفسخ، وفي مسألتنا عوض حقيقة ولو ثبت فسخ العقد لثبت بالعجز عن تسليمه، وقد بيَّنا أنه لا يوجد.

قالوا: وأما مسألة كساد الفلوس فإنما بطل العقد في تلك الصورة لفوات الثمن أصلًا، والعقد قيامه بمبيعٍ وثمنٍ فإذا فات الثمن لم يتصور بقاء العقد،

وفي مسألتنا الثمن باقٍ[1] والموجب للفسخ ما بيّناه ولم يوجد.

وقد سَلَكَ بعضهم طريقة أخرى وقال: العجز عن تسليم الثمن لم يوجد بإفلاس المشتري حيًّا ولا بموته مفلسًا؛ لأن سبب القدرة وجود المال في العالم وأهلية تملّكه لا بوجود ملكه له بدليل الابتداء، وهذا المعنى بعد الفلس موجود، ولأنه إذا كان حيًّا فأفلس فيجوز أن ترتفع قيمة المتاع التي في يده فيفي الثمن بجميع الدَّين، ويجوز أن يبرئ بعض الغرماء فيقضي بالثمن دين البقية، ويجوز أن يختص المفلسُ بعض الغرماء بقضاء الثمن، وأما إذا كان ميتًا فيجوز أن ترتفع قيمة السلعة، ويجوز أن يبرئ سائرُ الغرماء الميتَ عن الدين فيسلم ماله للبائع فيقضى ما هو واجب له، فثبت أن العجز لا يتحقق بالفلس فلا يثبت فسخ العقد، وعلى هذه الطريقة منعوا إذا أفلس المسلم إليه وإنما يُسلّمون إذا أسلم في رطبٍ فانقطع، وفي هذه الصورة قد تحقق العجز.

قالوا: وفي مسألتنا لو كان الثمن شيئًا انقطع عن أيدي الناس نقول يثبت فسخ العقد، والأول طريقة أبى زيد، والثاني لبعض المتأخرين، وقد اعتمدوا عليه أيضًا.

وأما مشايخهم:

قالوا: حق البائع وسائر الغرماء تعلق بالمال تعلقًا واحدًا بسببٍ واحدٍ في وقتٍ واحدٍ فلا يقدم البعض على البعض وإنما قلنا ذلك؛ لأن سبب التعلق موته مفلسًا، وهذا المعنى واحد في حق البائع وجميع الغرماء؛ وهذا لأنه بالبيع أزال ملكه وبالتسليم أزال يده فلم يبق له حق فاستوى هو وجميع

(١) في المخطوط: باقي.

الغرماء في ذلك، كذلك ههنا.

قالوا: ولأن فسخ العقد باعتبار العجز عن تسليم الثمن باطل بدليل السلعة الهالكة؛ وهذا لأن الثمن معقود به، والمبيع معقود عليه والمعقود به تبع للمعقود عليه فالفسخ بالعجز عن تسليم الأصل لا يدل على ثبوت الفسخ بالعجز عن تسليم التبع وخرجوا عن هذا السَّلم.

وقالوا: هلاك رأس المال لا يمنع الفسخ بالعجز عن تسليم المسلم فيه وكذلك إذا تبايعا عوضًا بعوضٍ فهلاك أحد العوضين لا يمنع فسخ [١٢٧/أ] العقد وجود العيب بالعوض الثاني.

واستدلوا: بما لو كان المشتري رهن المبيع من إنسان ثم أفلس المشتري لا يثبت حق الفسخ.

فإن قلتم: لأجل حق المرتهن لا يثبت الفسخ فهاهنا أيضًا وُجِدَ حق الغرماء فلأجل حقهم وَجَبَ أن لا يفسخ العقد.

يدل عليه: أن حق البائع مقدم على حق المرتهن؛ لأن سببه أسبق فاجعلوا حقه مقدمًا على حق المرتهن فافسخوا العقد إن كان قد وُجِدَ سببه.

❁ **الجواب:**

أما الطريقة الأولى قولهم: «إن القدرة على تسليم الثمن ليس بشرط لجواز العقد».

قلنا: بل هو شرط، إلّا أن القدرة تعرف بظاهر أمرٍ لا بحقيقة، وذلك الظاهر هو أن الرجل لما أقدم على الشراء مع علمه أن الثمن يتوجه عليه

فالظاهر أنه قادر على تسليمه فثبتت القدرة على تسليم الثمن تمسكًا بهذا الظاهر إلّا أنه لم يعتبر وجود الثمن في ملكه؛ لأنا لو اعتبرنا ذلك أدى إلى حرجٍ ظاهرٍ يلحق الناس، والحرج مدفوع بنص الكتاب، فسقط اعتبار وجوده في ملكه لهذا المعنى.

وأما أصل القدرة لسهولة التسليم يعتبر وقد وجد دليل القدرة بسهولة التسليم عليه وهو إقدامه على الشراء مع علمه بوجوب الثمن عليه وتوجه المطالبة به.

والجملة أن إسقاط تأثير العجز عن تسليم الثمن باطل؛ لأن العجز مفوت للوصول إلى الثمن المستحق بالعقد، ويستحيل أن لا يكون لفوات الوصول إلى الثمن المستحق بالعقد تأثير في العقد؛ لأنه عقد استحقاق، والمطلوب به الوصول إلى المستحق، وعلى أن عندنا لا فرق بين الابتداء والبقاء فإن العجز بالفلس إذا قارن العقد لم يلزم العقد، وكذلك إذا باع من مفلس شيئًا ولم يعلم تفليسه وإذا طرأ فات اللزوم أيضًا، وينتقض ما قالوه بالسلامة عن العيب فإنها ليست بشرط لجواز العقد في الابتداء ثم إذا فات في البقاء يثبت حق الفسخ.

وأما قولهم: «إن تسليم الثمن غير متصور».

قلنا: ليس كذلك؛ لأن التسليم يجب بقدرة الإمكان في كل موضع وقدر الممكن في تسليم الديون إيجاب تسليم أمثالها من الأعيان.

وقولهم: «إن الدين لا يكون عينًا بحال».

قلنا: وجوب الدين في الذمة في الابتداء إنما صح ليصير عينًا بالتسليم

ولولا اعتبار هذا لم يجب ؛ لأن إيجاب الشيء بلا وصولٍ إليه لا يكون مفيدًا والشرع لا يأتي بما لا يفيد.

وقولهم: «إن هذا خلاف الحقيقة».

قلنا: وملك الدين في الذمة خلاف الحقيقة، وإذا ثبت ملك الدين في الذمة بخلاف الحقيقة يثبت تسليم الدين أيضًا بخلاف الحقيقة.

فإن قالوا: الملك أمر حكمي والتسليم أمر حسّي.

قلنا: ثبوت الملك المحكوم كان لفائدة هذا المحسوس ولولاه لم يثبت فإذا ثبت ذلك الملك فلابد من بناء تصور التسليم عليه.

وقولهم: «إن العين المقبوضة بدل عن الثمن الواجب».

قلنا: العوض الذي يجري فيه التسليم لا يجوز أن يكون عوضًا إلّا عما يجري فيه التسليم فلولا أن الثمن مال يستحق تسليمه لم يتصور أن يكون عنه عوض يستحق تسليمه، وعلى أن ما قالوه يبطل بالسَّلم فإنه لا شك فيه أن المقبوض نفس المسلم فيه.

وقولهم: «إن هناك ضرورة».

قلنا: «وههنا ضرورة».

فإن قالوا: وما تلك الضرورة؟

قلنا: هي أن يكون العوض الواجب بعقد الاستحقاق مقصود الوصول إليه ؛ لأنه لو لم يكن كذلك لم يستحق بالعقد على ما سبق.

وأما طريقتهم الثانية:

فليست بشيء؛ لأن المسألة مصوّرة فيما إذا وقع العجز عن التسليم، فإذا قالوا: لَا عَجْزَ فلا تكون المسألة، وقد أجمع الفقهاء على تصوّر المسألة، ولأنه إذا كان له ألف وعليه دين عشرة آلاف[1] والغرماء كلهم يطالبون وقد ضيقوا الأمر عليه فقد تحقق العجز قطعًا، والذي قالوا من التوهمات، فكلها من الأماني الباطلة وهي لا تغني عن نقيرٍ ولا قطميرٍ؛ وهذا لأنه قد تحقق العجز في وقت استحقاق التسليم فكيف يبطل عمله بتوهمٍ وأمنيةٍ؟، وهذا كالعبد يأبق قبل القبض يثبت للمشتري فسخ البيع ولم يعتبر توهم عود العبد.

وأما طريقة مشايخهم:

فهي طريقة مَنْ لم يعرف المعنى الذي نشأ منه الخلاف؛ لأن عندنا لا يثبت فسخ العقد لبقاء حق له في المبيع وإنما ثبت فسخ العقد لمعنى يعود إلى الثمن وهو عجزه عن تسليمه، وهذا كما لو باع عوضًا بعوض وَسَلّم أحد العوضين ثم عجز بائع العوض الآخر عن تسليمه ثبت له فسخ العقد والرجوع في العوض الذي سلّمه وإن كان قد أسقط حقه بالبيع والتسليم ولكن كان المعنى فوات التسليم في العوض الآخر.

أما تعلقهم بما لو هَلَكَ المبيع عند المشتري فنقول: إنما لا يفسخ بعد الهلاك لعدم الفائدة [١٢٧/ب] فإنه قبل الفسخ يضارب بالثمن وبعد الفسخ يضارب بالقيمة، والمضاربة واحدة في الحالتين.

فإن قالوا: اجعلوه أولى بقدر القيمة.

---

(١) في المخطوط: ألف.

قلنا: لا يمكن؛ لأنه لا يكون أكثر من مال الغير مغصوب فهلك في يده، ولو كان كذلك كان أسوة الغرماء ولم يكن أحق بشيءٍ من بينهم.

فإن قالوا: ما قولكم إذا كانت قيمة المبيع أكثر من الثمن، وفي هذا الموضع يفيد الفسخ ليضارب بقدر القيمة.

قلنا: يفسخ ههنا.

ونقول في المسألة التي صوّروا من وجود العيب إذا كان صاحبه مفلسًا، وإذا ردّ لا يزيد المضاربة على قدر الثمن لا يرد أيضًا[1].

وأما المسألة الثانية وهي إذا رهن المشترى المبيع من إنسان.

قلنا: إنما لم يفسخ العقد في هذه المسألة لتعلق حق المرتهن بالعين المبيعة وهو حق مقدم على حق الغرماء بالإجماع بدليل سائر المواضع، ولهذا نقول في بيع العوض بالعوض إذا سَلّم أحدهما ورهن المشتري ثم وجد الآخر بما اشتراه عيبًا لا يسترده من المرتهن.

وقولهم: «إن حق البائع أسبق»، قلنا: سبب حقه سابق، أما حق المرتهن متقدم على حق البائع وسبب الحق لا يُقدّم على نفس الحق.

وأما الذي قالوا: إن الثمن لا يكون معقودًا عليه وإنما هو معقود به والمبيع معقود عليه.

قلنا: عندنا كل واحد منهما معقود عليه، وقد سبق في مسألة تعيين

---

(١) هكذا العبارة في المخطوط.

الدراهم، وعلى أنا إن سلمنا أنه معقود به لكنه مقصود وفي العجز عنه فوات المقصود، وقد عمل الشرع أبدع من هذا فإنه لو شَرَطَ البائعُ رهنًا بالثمن ثم عجز المشتري عن تسليمه فَللبائع فسخ العقد فإذا كان العجز عن تسليم الوثيقة بالثمن يُثبت حق الفسخ ففي تسليم المعقود به وهو الثمن أولى. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة الحجر):

الحجر[1] على السفيه المبذّر مستحق عندنا وهو قول أكثر أهل العلم[2].

وعند أبي حنيفة: لا يحجر على الحر البالغ بحال، ووافقه زفر[3].

وأما صاحباه أبو يوسف، ومحمد قالا: بقول أكثر أهل العلم[4]، فقد قال أبو حنيفة في موضع: لا يحجر على الحر إلّا على ثلاثة نفر: المفتي

---

(١) الحجر لغة: المنع وشرعًا: المنع من التصرفات المالية. ينظر: مغنى المحتاج ٢/١٦٥.

(٢) الأم: ٣/١٩٥، المهذب: ١/٤٣٦، الحاوي: ٦/٣٥٤ الروضة: ٤/١٧٨، المغني: ٦/٥٩٥، قال ابن قدامة: «قال ابن المنذر: أكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والعراق والشام، ومصر يرون الحجر على كل مضيع لماله صغيرًا كان أو كبيرًا وهذا قول القاسم بن محمد ابن أبي بكر الصديق، وبه قال: مالك والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد...» ا. هـ.

(٣) المبسوط: ٢٤/١٥٧، أحكام القرآن للجصاص: ١/٤٨٩، بدائع الصنائع: ٩/٤٤٦٣، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٢/٦٠٤، مختصر القدوري: ١/٣١١، رؤوس المسائل: ٣١٠، الدر المختار: ٦/١٤٨، مع حاشية ابن عابدين، مختلف الرواية: ورقة: ١٩٨/ب، إيثار الإنصاف: ٣٨١.

(٤) مختصر القدوري: ١/٣١٢، أحكام القرآن للجصاص: ١/٤٨٩.

الجاهل، والطبيب الجاهل، والمكاري المفلس[١]، وهذا عندهم ليس بحجرٍ على الحقيقة إنما هو مجرد زجر ومنع لئلا يضروا بالناس في أديانهم وأجسامهم وأموالهم[٢].

وأما منع المال من السفيه:

فعندنا: لا إشكال في ثبوته[٣].

وعند أبي حنيفة: يمنع منه المال حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة فإذا بلغ هذا السّن أطلق عن ماله ويسلم إليه يعمل فيه ما يشاء[٤].

❁ لنا:

أن الشرع ناظر، والسَّفه معنى مخيل في إيجاب النظر، والحجر نظر، فوجب الحجر نظرًا.

دليله: الحجر في حق الصغير.

وإنما قلنا: «إن السَّفه معنى مخيل في إيجاب النظر»، لأنه تارك للنظر لنفسه والشرع ناظر لِمنْ لا ينظر: لنفسه كما هو ناظر لِمَنْ ليس بأهل النظر، وهذا لأن المعتبر فوات النظر ولا فرق في فوات النظر بين أن يكون لفقد الأهلية وبين أن يكون بتركه النظر لنفسه مع وجود الأهلية فنقول مَنْ فاته النظر

---

(١) المبسوط: ١٥٧/٢٤، بدائع الصنائع: ٤٤٦٣/٩.
(٢) المبسوط: ١٥٧/٢٤، بدائع الصنائع: ٤٤٦٤/٩.
(٣) النكت: ورقة: ١٥٥/ب.
(٤) مختصر القدوري: ٣١٢/١، أحكام القرآن للجصاص: ٤٨٩/١، المبسوط: ١٦١/٢٤، بدائع الصنائع: ٤٤٦٧/٩، الدر المختار: ١٥٠/٦ مع حاشية ابن عابدين.

نَظَرَ له الشرع.

دليله: الصغير.

وأمّا قولنا: «إن في الحجر نظرًا»، لأنه بالحجر يبقى ماله محفوظًا عليه، والسَّفه سبب مضيّع للمال ففي ترك الحجر عليه وتخليته وسفهه ترك النظر له، وفي الحجر عليه ومنعه من التصرفات نظر له، ثم الدليل على هذا الأصل الذي قلناه فصل منع المال، فإن السَّفيه يمنع منه المال نظرًا له فيُحجر عن التصرف نظرًا له أيضًا.

يبينه: أن النظر لا يكمل بمنع المال مع إطلاق التصرف فإنه إن لم تصل يده إلى هذا المال ليهب ويتبرع فيتصرف بالمحاباة والبياعات المغابنة، ويقر بماله لمن يهواه ويحبه، فثبت أن النظر لا يكمل إلّا بالحجر فوجب الحجر لكمال النظر.

وعلى أنهم قد قالوا إنه يمنع منه المال حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة فإذا بلغ هذا القدر من السِّن يُسلّم إليه المال، فإن كان يمنع منه المال قبل بلوغه هذه المدة لسفهه فليمنع من بعد، لأن السَّفه موجود، وإن كان يُسلّم إليه بعد بلوغه هذه المدة بعقله فَلْيُسلم إليه من قبل، لأن العقل موجود، فهذه مناقضة فاحشة لا يلتزمها مَنْ له أدنى شمة من الفقه.

ويمكن أن يقال: إن منع المال أحد الحَجْرَينِ، لأنه بملكه المال يستحق اليد كما يستحق التصرف، وكما أن دفع المال أحد الإطلاقين ثم السَّفه لما أوجب أحد نوعي الحَجْر فليوجب الآخر.

يدل عليه: أن منع المال حجر من التصرف محسوسًا لأنه لا يمكنه التصرف في ماله إلّا [١٢٨/أ] بالتسليم فإذا أوجب السَّفهُ حجرًا حسًّا فليوجب حجرًا شرعيًا بل هذا أولى، لأن الحجر محسوسًا أبلغ من الحجر مشروعًا، فإذا ثبت أبلغ نوعي الحجر بالسفه فلئن يثبت الثاني أولى.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: حر عاقل بالغ فلا يحجر عليه في التصرفات كالرشيد، وربما قالوا: مكلف فلا يمنع من التصرف بحقه كالرشيد، وهذا لأن العقل يفيد أهلية التصرف والملك يفيد محلية التصرف فإذا اجتمعت الأهلية والمحلية صح التصرف ولم يُمنع منه بحال.

يبينه: أن التصرف حقه ولو مُنِعَ منه لمنع بحقه وحقه لا يمنع حقه.

ومعتمدهم في فقه المسألة: أن البالغ إنما يطلق عنه الحجر لعقله، والعقل قائم بعد السَّفه فبقي له إطلاق الحجر، والدليل على بقاء عقله على ما كان الحسّ والعيان، ولأن خطاب الشرع عليه مستمر حسب ما كان من قبل.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه ناقص العقل، لأنه لو كان ناقص العقل لأثّر في خطاب الشرع، وهذا لأن السَّفه ليس بمنقصٍ للعقل ولا معدم إياه، إنما غاية ما في الباب إنه يكابر عقله ولا يجري على سَنَنِ العقلاء فاستحق التأديب والزجر.

وعندنا: يُزجر ويُؤدب، فأما الحجر مع وجود كمال العقل فمحال.

ثم قالوا: نقصان العقل وكماله أمر في الباطن لا يوقف عليه فلو **اعتبرناه**

لإدارة أحكام الشرع عليه أدّى إلى الحرج فنقل الشرع ذلك إلى بلوغه، لأنه زمان اعتدال العقل في الغالب وأدار الحكم عليه وجودًا وعدمًا، فإن وُجِدَ نقصان عقلٍ أو ترك طريقة العقلاء لم ينظر: الشرع إليه، واعتبر السبب الظاهر وهو بلوغه.

قالوا: وأما قولكم: «إن السَّفه مخيل في إيجاب النظر».

قال: ليس كذلك، لأن السَّفه جناية، والجناية لا توجب النظر لكن يجوز أن تكون موجبة للعقوبة والتأديب، ونحن نزجره ونؤدبه ليترك السَّفه ويأخذ طريق أهل الرشد.

وأما الصبي فلم يبلغ زمان اعتدال العقل، فلهذا استمر عليه الحجر بخلاف السفيه على ما سبق.

والدليل على الفرق خطاب الشرع فإن السفيه يخاطب بخلاف الصبي.

ويدل عليه: أن إقرار الصبي بالحدود والقصاص باطل، وإقرار السفيه جائز وطلاقه باطل، وطلاق السفيه واقع، وكذلك نفس الصغر يوجب الحجر ونفس السَّفه لا يوجب الحجر ما لم يوجد الحجر من الحاكم، وليس المفرق بين الصورتين في هذه المواضع إلا ما قلنا من وجود العقل المعتبر من البالغ وعدمه في الصغير.

وقد اعتمد بعضهم في التعلق بالحكم على فصل الإقرار بالحدود والقصاص وقال: السَّفه لما لم يوجب الحجر في التصرفات الواردة على النفس والدم فلا يوجب الحجر في التصرفات الواردة على المال، وهذا أولى

لأن النفس أعز من المال، والنظر لها أولى فإذا اعتبرنا أصل العقل في التصرفات الواردة على النفس ولم ينظر: إلى السَّفه العارض فكذلك في تصرفات المال يكون كذلك.

قالوا: وأما منع المال عنه فهو نوع تأديب فإن السَّفه في الغالب يظهر في التبرعات والهبات، فإذا منعنا منه المال لم تصل يده إلى أمواله ليبذّرها بالهبات والتبرعات فيتأدب ويتهذب إلّا أن هذا التأديب والتهذيب إنما يستعمل فيه مادام يُرجى منه الرشد، فأمّا إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة وصار بحيث يصلح أن يكون جَدًّا يقع اليأس في الغالب أن يهذبه ويؤدبه، وقال به[1] فيُخلَّى وعقله، وإنما قلنا يصلح أن يكون جَدًّا، لأن أقل مدة تحبل المرأة من الإنسان وتلد عنه إنما هو اثنتا عشرة سنة، وهذا على أصلهم.

وربما يقولون يمنع منه المال لسفهه ولا يحجر عليه لوجود أصل العقل فيه، فلو قلنا: يحجر عليه في التصرفات كما منع منه ماله أدّى إلى تعطيل أصل عقله والإعراض عنه، وهذا لا يجوز، والأولى من أعذارهم أن يُحيلوا في منع المال على النص وهو قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾[2]، ثم يقولوا: لا يقاس الحجر على منع المال، لأن الحجر عن التصرفات أعظم من منع المال، فإن يمنع المال عنه يلتحق بفقير معدم، وبِمَنْعِه من التصرفات يلتحق ببهيمة، وليس إذا أُلحق بفقيرٍ ما يدل على أنه يلحق ببهيمة.

وأمّا إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة فيقلّ سفهه بمضي هذه المدة عليه بلا

---

(١) كذا في الخطوط، ولا أعرف ماذا يقصد بذلك.

(٢) سورة النساء، من جزء من الآية (٦).

إشكال، فإن منتهى زمان البلوغ عندي ثمانَي عَشْرَةَ سنةً وبعد سبع سنين إلى خمسة وعشرين سنة، وهذه مدة حدوث كياسة طبيعته [١٢٨/ب] معتبرة في الشرع، حتى إن الصبي إذا بلغ سبع سنين يؤمر بالصوم والصلاة، كذلك ههنا إذا مضت هذه المدة بعد البلوغ حدث عقل تجربة على العقل الطبيعي فينقص السَّفه الذي هو ترك لطريقة العقلاء أو مكابرة العقل فمنع المال من قبل لا يدل على منع المال عند بلوغه هذه المدة.

وربما ينقلون عن الفراء أبي زكريا(١) يحيى بن زياد(٢) أنه قال في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾(٣) قال: إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة(٤).

واستدلوا أيضًا: بالولاية في النكاح فإنها غير ثابتة على السَّفيه.

قالوا: فكذلك الولاية في سائر التصرفات وكما يوجد بتدبر المال بالبياعات يوجد بكثرة الأنكحة وربما يكون التدبير بهذه الجهة أكثر.

۞ الجواب:

قولهم: «حر عاقل بالغ».

---

(١) في المخطوط (أبي بكر) والتصويب من العبر في أخبار مَنْ غبر: ٢٧٨/١.

(٢) الفراء: أبو زكريا يحيى بن زياد الديلمي كان أعلم الكوفيين بعد الكسائي، له معاني القرآن، والمذكر والمؤنث، توفي سنة ٢٠٧هـ.
طبقات النحويين: ١٣١ ـ ١٣٣، بغية الوعاة: ٣٣٣/٢، العبر: ٢٧٨/١، البداية والنهاية: ٢٧٢/٩.

(٣) سورة النساء، جزء من آية (٦).

(٤) لم أجد من نسبه إليه فيما اطلعت عليه.

هذا تمسك بمجرد صورة.

وكذلك قولهم: «مخاطب مكلف» وهذا لأنه وإن كان حرًا عاقلًا بالغًا لكنه سفيهٌ، فَلِمَ قلتم إن البلوغ والعقل ينافيان الحجر عند معارضة السَّفه إياهما؟، وهذا لأن تبذير المال وتضييعه حرام، وقد ذم الله تعالى المبذرين بنهاية المذمة قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓاْ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾(١).

فوجب المنع من التبذير، والحجر منع من التبذير.

وأمّا قولهم: «إنه وجدت أهلية التصرف ومحلية التصرف».

قلنا: قد بيّنا أن السَّفه قد عارض العقل فمنعه من العمل، وعلى أنا نقول: إن العقل مع الرشد سبب إطلاق الحجر فأما بدون الرشد فلا، وإذا تحاكمنا إلى المعاني فالرشد أولى بالاعتبار من البلوغ، لأن الرشد يحمله على الإصلاح في المال واعتبار البلوغ مجرد صورة وليس فيه دليل على امتناع من تضيعٍ أو اكتسابٍ لإصلاح في مال إنما هو مجرد بلوغ مدة ومضي زمان فنقول إذا اعتبر البلوغ فلأن يعتبر الرشد أولى.

فإن قالوا: نحن لا نعتبر البلوغ وإنما نعتبر العقل، والبلوغ عَلَمٌ على العقل.

قلنا: ينبغي أن لا نعتبر عقله قبل البلوغ، وبالإجماع هو معتبر.

ثم يقال لهم: هل تعتبرون الرشد مع العقل؟ إن قالوا: لا نعتبر.

(١) سورة الإسراء، جزء من الآية (٢٧).

قلنا: إذا اعتبر العقل فالرشد أولى، لأن الرشد استعمال العقل، والعقل لا يُراد لعينه إنما يُراد لاستعماله فإذا اعتبر أصل العقل فلئن يعتبر استعماله أولى.

ويقال أيضًا نقصان العقل بالصغر إنما يؤثر لتوهم السَّفه فإذا كان توهم السَّفه يؤثر فحقيقة السَّفه أولى.

وأمّا قولهم: «إن السَّفه جناية، والجناية لا توجب النظر».

قلنا: بل يوجب، لأن جميع الزواجر المشروعة بالجنايات نظر للعباد، وهذا لأن الشرع ناظر للعباد على الدوام، والسَّفه ترك النظر من العبد لنفسه، وترك النظر من العبد لا يوجب ترك النظر من الرَّب له.

ويمكن أن يقال إن الحجر عقوبة ونظر جميعًا مثل منع المال سواء.

وأمّا قولهم: «إنه ليس بناقص العقل».

قلنا: يكفيه تركه طريقة العقلاء ومكابرة عقله على ما سبق شرحه، وأمّا فصل منع المال:

فهي في نهاية الإشكال عليهم.

وقولهم: «إنه للتأديب».

قلنا: فاجعلوا كذلك في مسألتنا، ثم هو نظر وتأديب جميعًا. وكذلك نقول في الحجر ثم ينتقض بما إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة.

وقولهم: إنه وقع اليأس عن رشده وارعوائه.

هذيان، لا بل لا يقع اليأس مادام في الأحياء كما لا يقع اليأس عن توبته عن الفواحش، بل الرجاءُ كلما طَعَنَ في السِّن أكثر، وعلى أن هذا يقتضي أن كل مَنْ يُزْجَرُ عن جنايةٍ ومعصيةٍ قبل بلوغه هذا السِّن فإذا بلغ هذا السِّن يُخلّى حتى يفعل ما يشاء ويقال قد وقع اليأس عنه وهذا لا يقول به أحد.

وقولهم: «في الحجر تعطيل أصل عقله».

قلنا: لا، لأن الخطاب عليه متوجهة وطلاقه واقع، وإقراره بالحدود والقصاص جائزة لعقله.

وقولهم: «إن المنع بالنص غير معقول المعنى».

قلنا: لا يجوز ترك طلب المعاني بمثل هذا القول خصوصًا إذا كانت المعاني مخيلة مؤثرة.

وأمّا قولهم: «إنه إذا بلغ هذا السِّن انتقص سفهه».

قلنا: الكلام فيمن يستمر عليه السّفه.

والذي قال إنه حدث عقل تجربة.

قلنا: وُجِدَ سفه تجربة أيضًا فإن ركوب الهوى يدعو إلى أمثاله والسَّفه يجلب السَّفه فليس فيما قالوه طائل.

وأمّا تعلقهم بالإقرار بالحدود والقصاص: فنقول سبب المنع هو السَّفه فيمنع في محل السّفه ومحل السّفه هو المال دون النفس فإن شفقته على نفسه تمنعه من إهلاك نفسه، وهواه وشهوته يحملانه على إهلاك المال، ولهذا

المعنى يُخلّى ونفسه ولا يُخلّى وماله بل يمنع على ما سبق.

وهذا معتمد في هذا الفصل.

وأمّا فصل الطلاق فليس بتصرفٍ في المال، فلهذا لا يمنع منه [١٢٩/أ] السَّفه.

والحرف: أن الطلاق ليس بتصرفٍ في محل السَّفه بخلاف التصرفات التي اختلفنا فيها.

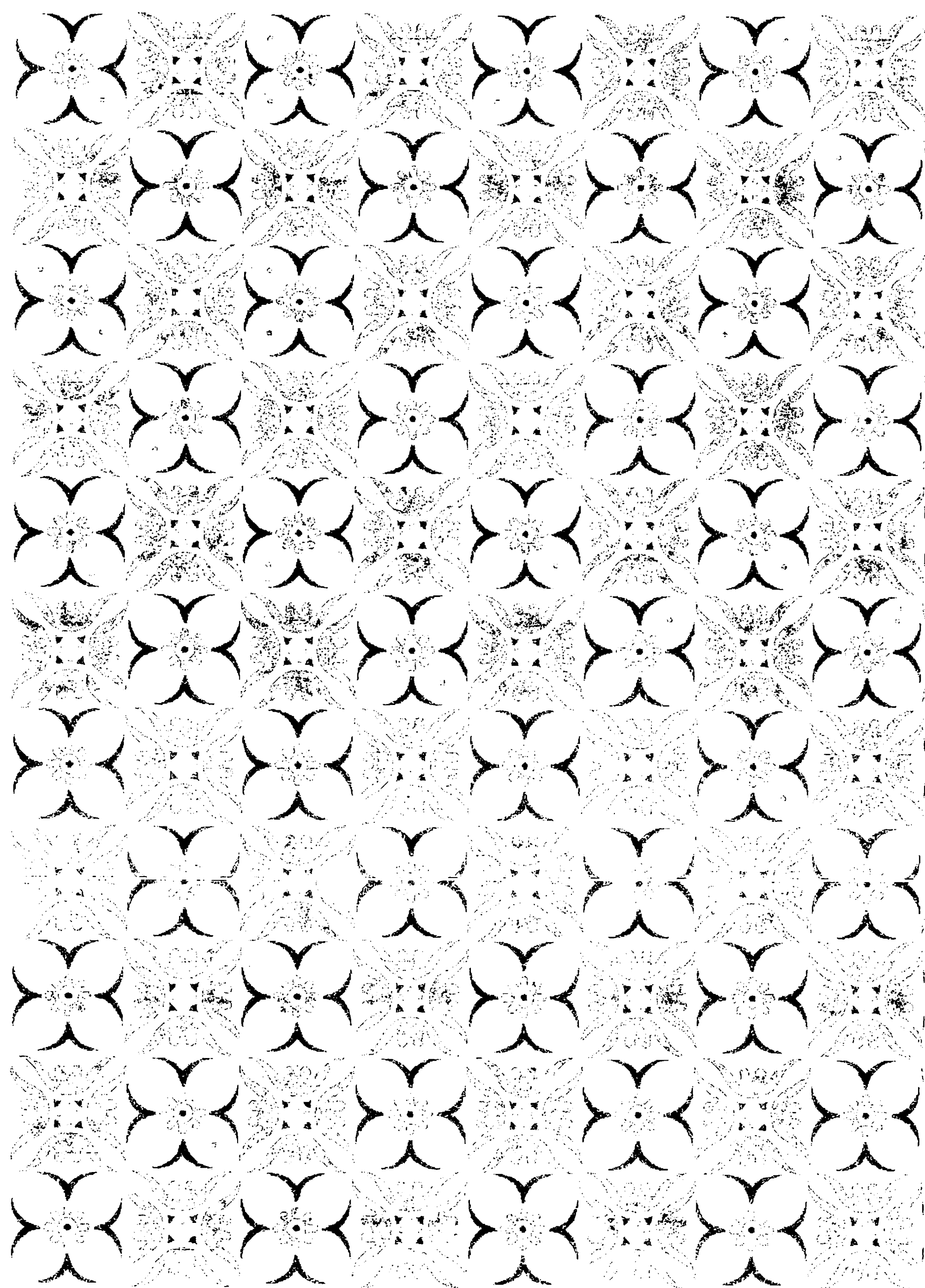
وكذلك الجواب عن النكاح إلا أن النكاح لما كان لا ينفك عن المال لَحِقَه نوع حجرٍ لاتصاله بالمال حتى لا يجوز أن ينكح بنفسه ولا يجوز أن يتصرف عليه الولي أيضًا لما بيّنا أنه ليس بتصرف مالٍ حتى إن الولي لو عيّن له المرأة والمهر يجوز أن يتزوج ولو رضي السّفيه يجوز أن يزوجه الولي أيضًا.

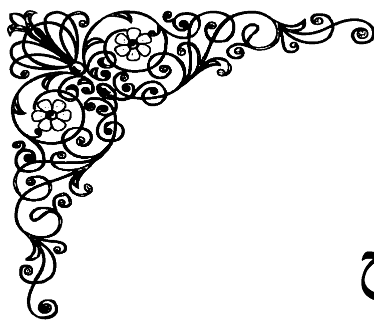
وأمّا قولهم: «إنه لا يصير محجورًا عليه بنفسه».

قلنا: قد مُنِعَ على أحد الوجهين، وإن سُلّم على ظاهر المذهب فلأن السَّفه والرشد يوقف عليهما بالاجتهاد فلم يكن بد من نظر الإمام حتى يجتهد فإذا وَقَفَ عليه حجر عليه بخلاف الجنون فإنه بمنزلة النص المغني عن الاجتهاد.

والله أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين.








كتاب الصلح

※ (مَسْأَلَة):

الصلح[١] على الإنكار باطل عندنا[٢].

وعندهم: هو صحيح[٣].

❖ لنا:

أن الصلح معاوضة، ولا عوض في الصلح على الإنكار فبطل الصلح.

وإنما قلنا: «لا عوض فيه»، لأن مال الصلح لابد له من عوض في الجانب الثاني يستحقه مَنْ يستحق عليه مال الصلح، ومال الصلح مستحق على المدعى عليه ولا عوض يستحقه في مقابلته، لأن عوضه لو كان لكان هو العين المدّعاة والعين المدّعاة ليست بملك للمدّعي حتى يستحقها المدعى عليه بإزاء ما يبذله ويعطيه من مال الصلح، بل هي ملك المدعى عليه بحجة

---

(١) الصلح: لغة: من المصالحة وشرعًا عقد يرفع النزاع. ينظر: التعريفات صـ١٣٤.

(٢) صورة الإنكار: أن يدعى رجل على رجل دينًا أو عينًا والمدّعى عليه ينكر ثم يقول: صالحني على دعواك الكاذبة أو عن دعواك... إيثار الإنصاف: ٣٧٢.
الأم: ١٩٧/٣، المهذب: ٤٣٩/١، معالم السنن: ٢٠/٤، النكت: ورقة: ١٥٦/أ، روضة الطالبين: ١٩٨/٤، الحاوي: ٣٦٩/٦.

(٣) مختصر الطحاوي: ٩٨، مختصر القدوري مع الجوهرة: ٤١١/١، الأسرار: ١٨٧/٢/ب، رؤوس المسائل: ٣١٥، البدائع: ٣٤٩٢/٧، كنز الحقائق مع شرحه البحر الرائق: ٢٥٦/٧، إيثار الإنصاف: ٣٧٢، وهو قول المالكية والحنابلة. ينظر: الإشراف ١٧/٢، المغني ٩/٧.

يده، فثبت أنه لا عوض يقابل مال الصلح، وإذا فُقِدَ العوض فقدت المعاوضة، وقد بيّنا أن الصلح معاوضة فإذا فقدت المعاوضة لابد من بطلان الصلح.

وقد قالوا: إن المدّعِي معتاض عما لا يملكه فصار كما لو باع ملك الغير ليكون العوض له، والمدعى عليه باذلٌ للعوض من غير شيء يقابله فبطل أيضًا فلم يبق لتصحيح الصلح وجهٌ ما.

ثم الدليل على أنه لم يثبت للمدعي حق بدعواه إنه لا يخلو:

إمّا أن يثبت بنفس قوله أو بوجود حجةٍ على قوله ولا يجوز أن يثبت بنفس قوله؛ لأنه خبر يحتمل الصدق والكذب والمحتمل لا يكون حجة.

وإنما لا يكون حجة؛ لأن أحد وجهي الاحتمال يعارضه الآخر فسقط موجبه، ولا يجوز أن يكون بوجود حجةٍ، لأن الحجة هي البينة ولو[1] توجد، ولأن قول المدعي في الإثبات عارضه قول المدعى عليه في النفي فسقط قول المدّعِي بالمعارضة.

يبينه: أن الشرع جعل القول قول المدعى عليه لوجود يده في العين إن كانت الدعوى في العين ولتمسكه بأصل براءة ذمته إن كانت الدعوى في الدَّين إذ الأصل أن لا شيء عليه.

وإذا صار القول قول المدعى عليه بحجةٍ شرعيةٍ سقط قول المدعي.

وقد دل على هذا الأصل الذي ادّعيناه قوله ـ ﷺ ـ: (لو أُعطي الناس

---

(١) كذا في المخطوط، ولعله: «ولم».

ودعواهم لأدعى قوم دماء قوم وأموالهم)[1] فأخبر أن الدعوى لا يجب بها شيء.

والحرف الوجيز في المسألة: أن نقول: أخذ المال بالصلح على الإنكار أكل مال بالباطل، لأنه لا جهة لصحته في الشرع فهو كرشوةٍ يعطيها إنسانًا ليكف عن إيذائه أو لئلا يقصده في ماله ونفسه ولا يسعى به إلى السلطان وهو حرام بالإجماع كذلك ههنا.

والذي نريده تقريرًا إن حقيقة الرشوة بذل مال الإنسان ليكف عن ما يجب الكفّ عنه أو ليفعل ما يجب عليه فعله بأصل الشرع.

والحال في مسألتنا من هذا القبيل، لأن المدعى عليه يبذل مالًا للمدعي ليكف عن منازعته وخصومته وعليه ذلك إن لم يكن عنده حجة وإن كان عنده حجة فيقيمها أو يحلف المدعى عليه.

فأمّا مخاصمته وإيذاؤه ليأخذ مالًا عنه فحرام بالإجماع.

۞ وأما حجتهم:

تعلقوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلصُّلۡحُ خَيۡرٌ﴾[2].

ونقل آثار عن جماعة من الصحابة ادّعوها توافق مذهبهم.

وقالوا: الحق ثبت للمدعي بدعواه في حقه، لأن قول الإنسان محمول على الصدق ما أمكن، ولأن جانب الصدق أرجح من جانب الكذب، لأنه

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ١٢/٢ مع النووى كتاب الأقضية.

(٢) سورة النساء، جزء من آية رقم (١٢٨).

مدعو إليه لعينه، ولأن عقل الإنسان ودينه يحملانه عليه، وأمّا الكذب فإنما يرتكبه الإنسان لغرضٍ يحمله عليه.

ويدل عليه من جهة الحكم: [١٢٩/ب] أن المدَّعي لو أبرأ المدعى عليه عمّا ما ادّعاه صح إبراؤه وهذا لثبوته في حقه، ولهذا لو أراد أن يدعي بعد ذلك لم يكن له، فإذا كان الحق الذي ادّعاه محل الإبراء كان محل الصلح، ولأنه لو ادّعى عينًا في يد إنسان أنها ملكه فقال ذو اليد: ليست العين لي ولا أدري لمن هي؟ فإنه يجوز للمدعي أخذها ويمكّن من ذلك ولا يمنعه الإمام عنها ولولا أن بنفس الدعوى تثبت الشيء له في حقه وإلا لم يجز له الأخذ.

قالوا: وأما قول المدعى عليه في النفي فهو قول مسموع شرعًا من المدعى عليه لدفع المدعي عن نفسه على معنى أنه لا يثبت ما ادّعاه في حقه، ونحن إنما ادّعينا ثبوته في حق المدعي.

فإن قلتم على مَنْ يثبت؟

قلنا: يثبت على المدعى عليه في حق المدعي أيضًا، وهذا لأن في هذا حمل قول المدعي على الصدق من غير ضرر يمس المدعى عليه فلا يترك إثبات هذا القدر بحرمة الصدق وترجيح جانبه.

قالوا: وإذا ثبت أن الحق ثابت في حقه فنقول: وجد لهذا الصلح جهة الجواز والصحة، لأن المدعى عليه يبذل المال لدفع أذاه وشره على زعمه، والمال مُعَدّ للمصالح، وهذا من أصلح المصالح وهو أن يبذله لدفع شر المدَّعي عن نفسه وأذاه وليفتدي به عن اليمين التي اتجهت عليه، فإنه إذا حلّفه ربما يظن به الكذب، ويقع في القال والقيل من الناس، أو يوافق يمينه

قضاء ينزل به من بلاءٍ؛ فيقال إنه نزل به البلاء لكذبه في يمينه، والعاقل يحترز من مثل هذا، ويعد ماله ليدفع عن نفسه أمثال هذا، ويصرفه في مثل هذه المصالح، وقد نُقِلَ عن عثمان وحذيفة ـ رضي الله عنهما ـ الافتداء من اليمين، هذا في جانب المدعى عليه.

وأما من جانب المدعي فيأخذ بدل الصلح عوضًا عن حقه الثابت له في زعمه، وهذا جائز طلق لا حظر من الشارع ولا حجر فقد استقام صحة هذا الصلح من الجانبين فلم يترك تصحيحه، لأن الصلح شرع لقطع المنازعات والخصومات.

ألا ترى أن الله تعالى لم يذكر الصلح في القرآن إلا عند وقوع التنازع كقوله تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا﴾[1] الآية.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ٱقۡتَتَلُواْ فَأَصۡلِحُواْ بَيۡنَهُمَا﴾[2]، وغير هذا من الآي.

وإذا كان لقطع المنازعة والخصومة، والخصومات والمنازعات إنما تكثر حال التناكر والتجاحد، فكانت هذه الحالة أولى أن يكون حالة الصلح من حال الإقرار.

قالوا: ولهذا قال أبو حنيفة: أجوز ما يكون الصلح هو الصلح على الإنكار[3].

---

(١) سورة النساء، جزء من آية رقم (١٢٨).

(٢) سورة الحجرات، جزء من آية رقم (٩).

(٣) بدائع الصنائع: ٣٤٩٣/٧.

وإذا ثبت هذا الذي قلناه، فمتى وجدنا طريقًا في الشرع لتصحيح الصلح لا يترك لتنقطع المنازعة والخصومة بينهما.

قالوا: وبهذا وقع الفصل بين مسألتنا وبين سائر ما استشهدتم من ضروب الرُّشى، لأن في تلك المسائل بذل الباذل صحيح، ولكن الآخذ لا يجوز له الأخذ، لأنه لا جهة لجواز أخذه.

وفي مسألتنا قد بيّنا جهة صحيحة لجواز أخذ العوض فاعتبر ذلك.

قالوا: يصح هذا الصلح بطريق آخر: وهو طريق الإسقاط لا طريق المعاوضة، والصلح تارة يصح بجهة المعاوضة، وتارة يصح بجهة الإسقاط، بدليل ما لو صالح من ألفٍ على خمسمائة.

وبدليل صلح المتوسط فإنه يصح بجهة الإسقاط، ومعنى صلح الإسقاط: أن المدعي أسقط الحق الثابت له على زعمه بمالٍ بَذَلَه المدعى عليه فيصح ذلك، كما إذا بذله المتوسط فإنه يجوز.

وفائدة الصلح على هذا الوجه: سقوط خصومة المدعي، وسقوط اليمين على المدعى عليه، وبراءة ذمة المدعى عليه عن حقٍ ثابتٍ في زعم المدعي وينتفع به، فإنه قبل هذا لو أراد المدعي إقامة البينة تمكن من ذلك وبعده لا يتمكن.

والمعتمد على هذه الطريقة صلح الأجنبي المتوسط، وهو في نهاية الإشكال، وهو مسلم إذا كانت الدعوى في الدَّين وقد نص عليه الشافعي مطلقًا من غير فرق بين العين والدَّين إلّا أن على زعم الأصحاب المسألة

مسلمة في دعوى الدَّين.

وحرف الإشكال في صلح الأجنبي أنه صلح في الحقيقة عن المدعى عليه؛ لأن المقصود والغرض يجعل له وهو منكر، وقول الأجنبي للمدعي: إنك محق في دعواك، قول باطل غير مقبول على المدعى عليه، وكذا قوله: «إنه قد أقر في السّر ووكلني»، قول باطل غير مقبول لأن القول قول المدعى عليه إنه ليس عليه شيء فإنه لم يوكله في شيء ومع ذلك صح صلح الأجنبي عن المدعى عليه مع إنكاره فوجب أن يصح صلحه بنفسه مع إنكاره بل هذا أولى، لأن الحاجة إلى الصلح ماسّة للمدعى عليه لا للمتوسط فإذا جاز من المتوسط لقطع المنازعة بين المتخاصمين فلئن يجوز من الإنسان نفسه لقطع المنازعة [١٣٠/أ] بينه وبين غيره أولى.

وقد قال بعض مشايخهم:

إن العقد بُني على قول مَنْ يدعي جوازه بدليل ما شهد[١] إنسان بحرية عبد لإنسان وَرُدّتْ شهادته ثم اشتراه فإنه يجوز ويبنى العقد على قول مَنْ يدعي جوازه وهو صاحب العبد، وربما يقولون إذا صح هذا العقد عند موافقة صاحبه إياه على ما يزعمه فمخالفته لا تبطل.

دليله: هذه المسألة وقد قال أبو زيد في الأسرار في ابتداء الطريقة في هذه المسألة[٢]: إن المدعي أحد متداعي الملك فيجوز له أخذ العوض ببذل ما يدعيه لنفسه.

(١) لعل صحة العبارة (ما لو شهد).

(٢) ينظر: الأسرار: ٢/١٨٨/أ، ب.

دليله: ذو اليد، ولا فرق بين الجانبين، لأن كل واحد يدّعي الملك لنفسه وينكره صاحبه، والمعتمد لهم ما سبق.

۞ **الجواب:**

أمّا الأول: قولهم: «إن الحق ثابت للمدعي في حقه»؟

قلنا: لا نسلم ذلك، لأن الشرع لم يصدقه في زعمه ولو ثبت ما قالوه لثبت شرعًا، فإذا لم يصدقه الشرع وجعل القول قول المدعى عليه فكيف يتصور ثبوت الشيء في حقه؟

وقولهم: «إن الشرع جعل القول قوله فيما يرجع إليه».

قلنا: الوجوب في حق المدعي راجع إليه.

وقوله: «لا ضرر عليه».

قلنا: الضرر ثاني الأمر، وإنما الكلام في ثبوت الوجوب أو نفيه والمدعى عليه ينفي الوجوب وقد جعل الشرع القول قوله، وهذا الجواب معتمد.

وأمّا قولهم: «إن قول الإنسان يحمل على الصدق ما أمكن».

قلنا: إذا لم يصدقه الشرع وصدق خصمه سقط هذا الكلام، ويقال لهم: العوض لابد من ثبوته في الجانبين والذي ادّعاه المدعي إن كان ثابتًا على المدعى عليه في حق المدعي، فهو غير ثابت للمدعي في حق المدعى عليه، فثبوته في الجانبين في حق المدعي عارضه انتفاؤه في الجانبين في حق المدعى عليه فسقط الثبوت أصلًا.

أو يقال ثابت من وجهٍ لا من وجه، والعوض الذي سبيله هذا لا ينعقد به عقد المعاوضات، وهذا حرف في نهاية الحسن فليتمسك به.

وأمّا فصل الإبراء، قلنا: لا نسلم صحة الإبراء ولئن سلّم فهو لا يشبه الصلح، لأن الإبراء عقد ينفرد به صاحب الدَّين، والصلح عقد من الجانبين فيجوز أن يعتبر في العقد الذي ينفرد به صاحب الدَّين بزعمه، وفي العقد الذي يعقد من الجانبين يعتبر زعمهما، وإذا اعتبر زعمهما فلو كان زعم أحدهما يصححه فزعم الآخر يبطله فلا يصح.

وأمّا قولهم: «إن وجه صحة هذا الصلح أن المال المبذول من هذا الجانب على كذا ومن الجانب الآخر على كذا».

قلنا: لو كان كما قالوه في جانب المدعى عليه وجب أن لا يلزمه العوض بنفس الصلح بل يعتبر وجود التسليم، لأن مَنْ بذل مالاً لدفع شر إنسان لابد فيه من تسليمه إليه ليلزمه، والذي قال في الجانب الآخر هو عوض في حقه عما ادّعاه فهو بناء على ثبوت المدَّعَى في حقه، وقد أبطلنا، وعلى أنا بيّنا أن العقد عقد معاوضة فلا يستقل بأحد الجانبين وعند اعتبار الجانبين لا يتصور صحة هذا الصلح على ما سبق بيانه.

وأمّا قولهم: «إنه يصح هذا الصلح على جهة الإسقاط».

قلنا: هذا لا يصح، لأنه لو كان يصح على هذه الجهة وجب أن يختص جواز الصلح على الإنكار بالديون، ولا يجوز في الأعيان، لأن الإسقاط إنما يصح في الديون، فأمّا في الأعيان فلا، وعلى أن الإسقاط إنما يصح في شيءٍ

ثابتٍ ولا ثبوت في مسألتنا أصلًا.

وأمّا صلح المتوسط فقد خبط فيه الأصحابُ خبطًا ظاهرًا وربما منعوا أيضًا مع نص الشافعي[1]، ولا وجه له، لكن الجواب عنه: أن صلح المتوسط إنما يصح على جهة الإسقاط لا على جهة المعاوضة، ولهذا يختص بالدين ويبطل في العين ونقول: لا تجب الشفعة إذا صالح على شقصٍ، ولا يثبت فيه خيار الشرط ولا يفسخ بحال.

وأمّا عندهم: لو صح الصلح على الإنكار لصح بجهة المعاوضة[2] وقد قالوا يصح فيه...[3] ولو صالح على شقصٍ تجب فيه الشفعة[4] وثبت فيه خيار الشرط[5]، وشرط صحة صلح المتوسط أن يعترف المتوسط بصدق المدعي.

فإن قالوا: هلا جوّزتم أنتم صلح المدعى عليه على هذه الجهة!.

قلنا: لا يمكن، لأن المتوسط يزعم أن الحق واجب للمدعي فيصح التماسه الإسقاط بمال يبذله بخلاف المدعى عليه فإنه يزعم أن المدَّعي كاذب فكيف يلتمس الإسقاط منه بما يبذله؟

قالوا: لِمَ جوّزتم من الأجنبي؟

قلنا: لأنا وجدنا له مثالًا وله فائدة، أما المثال فهو الخلع مع الأجنبي،

---

(١) الأم: ٣/١٩٨.

(٢) مختصر القدوري: ١/٤١١ مع الجوهرة.

(٣) بياض في المخطوط.

(٤) مختصر القدوري: ١/٤١١ مع الجوهرة.

(٥) الجوهرة على مختصر القدوري: ١/٤١٠.

وأما الفائدة وصول عوض إلى المدعي وسقوط منازعة عن المدعى عليه مثل الفائدة في خلع الأجنبي.

قالوا: لِمَ أعرضتم عن إنكار المدعى عليه في هذه الصورة وبنيتم العقد على اعتراف الأجنبي مع كونه أجنبيًا [١٣٠/ب] عن هذا الدعوى؟

قلنا: إنما صححنا على جهة الإسقاط، والإسقاط لا يتم لصاحب الحق وحده فإذا استغنى صحته عن مَنْ عليه الحق بنينا صحته على دعوى المدعي واعتراف مَنْ يعقد معه ويلتزم المال في مقابلة الإسقاط إذ لا حاجة إلى أكثر من هذا، فإنه لما تَمّ الإسقاط لصاحب الحق صححنا الإسقاط بناء على زعمه، واعتبرنا أيضًا اعتراف المتوسط ليصح التزامه المال، وهذا العقد لم يمس جانب المدعى عليه إلا في عود فائدة إليه إن كان المال واجبًا عليه وهو السقوط عنه وفي مثل هذا يعرض عن جانبه زعمًا كما يعرض عن جانبه رضًا بدليل خلع الأجنبي.

وأمّا في مسألتنا لو صح هذا الصلح صح معاوضة ولا سبيل إلى تصحيحه بوجهٍ على ما بيّنا.

وقولهم: «يصالح عنه».

قلنا: قد بيّنا أنه إسقاط بالتزام مالٍ، وعلى هذا لا نقول إن هذا العقد صلح حقيقة، لأن عندنا الصلح لا يكون إلا معاوضة إنما هو ما ذكرناه سمي صلحًا مجازًا، والأجنبي هو المصَالِح وهو العاقد إلا أن فائدة هذا العقد ترجع إلى المدعى عليه، وهذا جواب ظاهر بحمد الله ومنّه.

وقد اتضح ما أشكل على كثيرٍ ممن يَدّعي التبحر والفحولية في معاني الفقه.

وأمّا الذي قال مشايخهم: إن العقد يبنى على قول مَنْ يدعي الجواز.

قلنا: يبطل ببيع متروك التسمية، وبيع الخمر من الذمي وبيع المدبر من حنفي المذهب[1].

وأمّا مسألة الشهادة لعتق العبد، فليس جوازه لما قالوه بدليل أن رجلين لو كان لكل واحد منهما عبد فشهد كل واحد منهما على صاحبه بالعتق ثم تبايعًا يجوز، ولا يمكن بناء العقد في هذه الصورة على قول واحدٍ منهما ومع ذلك جاز، ولكن إنما جاز، لأنه أمكن تصحيحه معاوضة، فإنه إذا رد شهادة هذا الشاهد بقي العبد على الرق كما كان في حق جميع الناس، فقد باع عبدًا منه بمالٍ معلومٍ ثم إذا دخل في ملكه عومل بما كان يزعمه وظهر الآن نفاذه، وهذا هو المعنى في صحة البيع في تلك المسألة على المذهبين، فإن الذي قالوه من أن بناء المعنى بناء جواز العقد على قول مَنْ يدعي جوازه فقد أبطلناه، ولأن الأولى أن يبنى العقد على قول مَنْ يوافقه الشرع لا على قول مَنْ يخالفه الشرع وإن ادّعى جوازه.

والشرع إنما وافق المدعى عليه لا المدعي.

وفي المسألة التي استشهدوا بها اعتبرنا قول مَنْ يوافقه الشرع في ذلك العقد إلا أن الشرع إنما وافق منكر العتق لا مدعي العتق حيث جعل القول قوله.

وفي مسألتنا وافق قول المدعى عليه.

(١) لأن البيع فاسد عندهم. ينظر: مختصر القدوري: ٢٥٨/١ مع الجوهرة.

وقد أجاب بعض أصحابنا عن هذه المسألة: وزعم أن بيع المشهود بعتقه من الشاهد ليس ببيعٍ حقيقة لكنه افتداء وتخليص.

وهذا ليس بشيء، لأنه لو كان كذلك لم يجب العوض بنفس العقد ما لم يتصل به التسليم، فالجواب هو الأول.

والله أعلم بالصواب.



※ **(مَسْأَلَةُ الحَوالَةِ):**

المحال عليه إذا مات مفلسًا لم يرجع المحتال بالدَّين على المحيل عندنا[1].

وعندهم: يرجع، قالوا: وكذلك إذا أفلس في حال الحياة وَجَحَدَ وَحَلَفَ[2].

لنا:

أن المحيل برئ عن الدَّين براءة مطلقة فلا يثبت الرجوع عليه بالدَّين أبدًا.

---

(١) المهذب: ١/٤٤٥، الأم: ٣/٢٠٣، مختصر المزني مع الأم: ٢/٢٢٦، روضة الطالبين: ٤/٢٣٢، النكت: ورقة ١٥٧/ب، الحاوي: ٦/٤٢١، معالم السنن للخطابي: ٣/٦٤١.
قال الخطابي: «وهو قول مالك والشافعي، وأحمد، وأبو عبيد، وأبو ثور» اهـ.
ينظر: المغني: ٧/٦١، الإشراف للبغدادي: ٢/١٩.

(٢) وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع في هذه المواضع الثلاثة كلها، مختصر الطحاوي: ١٠٣، مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٤٠٩، البدائع: ٧/٣٤٤٢، رؤوس المسائل: ٣١٨، بدائع الصنائع: ٦/٣٤٤٢.

دليله: إذا أبرأ صريحًا، والدليل على وجود أصل البراءة أن المطالبة سقطت عنه لا إلى غاية، وهذا علامة سقوط الدَّين، وهذا لأن عقد الحوالة يقتضي النقل والتحويل، ولا منقول ولا محوّل إلّا الدَّين فإذا تحول الدَّين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلابد من فراغ ذمة المحيل بدليل الحسيّات فإن الشيء إذا انتقل من محلٍ إلى محلٍ فلابد من فراغ المحل الأول عنه، وإذا فرغت الذمة الأولى من الدَّين حصلت براءتُها، لأن البراءة ليس معناها إلّا فراغ الذمة، ومن هذا حوالة الباذنجان، لأنه ينقل من موضعٍ إلى موضعٍ، وإذا نقل فيفرغ الموضع الأول عنه ويشتغل به الموضع الثاني، كذلك تفرغ الذمة الأولى عن هذا الدَّين وتشتغل به الذمة الثانية.

وإذا ثبتت البراءة فنقول:

البراءة حصلت مطلقة غير مقيدة بشرط، لأن التقييد لا يثبت إلا بدليلٍ ولا دليل على التقييد، لأنه لم توجد إلّا الحوالة المطلقة، فأمّا التقييد فلم يوجد، ولا يجوز إثبات تقييدٍ ولا شرطٍ من غير دليل عليه فبقيت البراءة مطلقة عن الشروط والتقييدات فلم يثبت الرجوع بوجهٍ ما، وهذا الذي ذكرناه في غاية الاعتماد، وسيظهر وجه تقريره وتخريج كلامهم عليه في الجواب.

وقد قال بعض أصحابنا: إن الحوالة تتضمن قبض الدَّين حكمًا ثم إقراضه من المحال عليه.

وقال بعضهم: هي [١٣١/أ] إسقاط حق بإيجاب حقٍ، وليس في واحد من هاتين الدّعوَيين دليل من لفظ عقد الحوالة، فلا يجوز إثبات ذلك إلا بشرع يرد به يجب علينا قبوله، ولم يوجد ذلك، فبقيت الحوالة مجرد النقل




وتحويل الدَّين من ذمةٍ إلى ذمةٍ على ما يقتضيه اللفظ، فإن قال قائل: كيف يتصور نقل الدَّين وتحويله من ذمةٍ إلى ذمةٍ؟

قلنا: جاز ذلك بعقد الحوالة، لأنه عقد وَرَدَ به الشرع وقضيته هذا والعقود الشرعية يوفر عليها قضاياها ولا يعرض على سائر العقود بل يكون هو أصلًا بنفسه يعمل به سواء وافق الأصول أو لم يوافقها.

۞ وأما حجتهم:

تعلقوا بما روي عن عثمان رضي الله عنه «إنه قال في هذه المسألة بعينها يرجع على المحيل لا تَوَى[١] على مال امرئ مسلم»[٢].

ولم يرو عن غيره خلافه[٣].

ولأن ذمة المحيل برئت براءة نقلٍ وتحويلٍ لا براءة إسقاط وإبطال فيكون سلامة المنتقل إليه شرطًا في تمام البراءة.

دليله: إذا باع بالدَّين ثوبًا من صاحب الدَّين فإن سلامة الثوب شرط في تمام البراءة، حتى إذا هلك الثوب قبل القبض عاد الدَّين إلى ذمته.

وربما يقولون: فإذا لم نسلم المنتقِل إليه عاد إلى المنتقل عنه، وإنما قلنا إن الذمة برئت براءة نقلٍ وتحويلٍ، لأن عقد الحوالة يدل على النقل والتحويل ولا يدل على الإسقاط والإبطال وإنما يثبت ما يدل عليه.

---

(١) ينظر: صـ٢٤٦.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٦/٧١، باب من أحيل على ملئ فليتبع...

(٣) ينظر: بدائع الصنائع: ٦/٣٤٤٢.

ثم قالوا: إذا ثبت أنه براءة نقلٍ وتحويلٍ فصاحب الدَّين إنما رضي ببراءة ذمة المحيل بشرط سلامة حقه له من المحال عليه فصار كما لو شرط سلامته من قبل المحال عليه، لأن المقصود في العادات بمنزلة المشروط.

قالوا: ولا يجوز أن يقال في الأصل معاوضة، وفي الفرع لا معاوضة، وذلك لأنهما وإن افترقا في المعاوضة وعدم المو...[1] لكن استويا في أنه دخل في كل واحد من العقدين بقصد السلامة، إلا أن هناك بقصد سلامة البدل من ثوبٍ أو عبدٍ، وههنا بقصد سلامة عين حقه من الذمة الثانية فنزلت الذمة الثانية ههنا منزلة البدل المسمى هناك، وليس في المعاوضة وعدم المعاوضة تأثير، إنما المؤثر ما ذكرنا من إثبات شرط السلامة إمّا بقصدٍ أو دلالةٍ.

وعلى أن القاضي أبا زيد قد قال:

إن الذمة الثانية عوض عن الذمة الأولى، وهذا لأن الدَّين مال مستحق من ذمة فنزلت الذمة منزلة المستحق وهو بمنزلة ثوبٍ أو عبدٍ فإنه لما استحقت مالية من هذا المحل صارت عينه مستحقة فإذا بادلها بعين أخرى ثبت فيها حكم المعاوضة كذلك ههنا.

قالوا: وليس يدخل على ما ادّعيناه من أن البراءة براءة نقلٍ وتحويلٍ لا براءة مطلقة وسقوط حق حبس البائع بعقد الحوالة، وجواز استرداد المرهون من المرتهن للراهن، وعتق المكاتب إذا أحال السيد بالدَّين الذي عليه على غريمٍ له؛ لأن في هذه المسائل إنما تثبت هذه الأحكام لوجود البراءة في الحال ثم لما كان ثبوتها بشرط سلامة حقه من ذمة المحال عليه يثبت الرجوع

(١) كذا في المخطوط، ولعلها «المعاوضة».

في ذمة المحيل عند فقد السلامة.

ألا ترى أنه لو صالح من الدَّين على عبدٍ أو ثوبٍ تثبت هذه الأحكام أيضًا. وإن لم تبرأ ذمته براءة مطلقة بل هي براءة مشروطة بشرط السلامة كذلك هاهنا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المحتال يصير قابضًا حقه من المحيل حكمًا ومقرضًا من المحال عليه؛ لأن في هذا إثبات عقد قرض لا دليل عليه، وما لا دليل عليه فلا سبيل إليه، ولأنه لو كان كذلك وجب إذا قبل الحوالة في رأس مال السَّلم وبدل الصرف ثم تفرقا قبل أن يقبض محسوسًا أن لا يبطل العقد؛ لأنه قد وجد القبض على زعمكم.

فإن قلتم: إنه وجد القبض حكمًا لا حقيقة.

قلنا: القبض حكمًا يحصل به قبض رأس المال في السَّلم بدليل أنه لو أسلم عبدًا في ثوب ثم إن المسلم إليه أعتق العبد يصير قابضًا له حكمًا فيصح السَّلم.

ويدل عليه: أنه لو قبل الحوالة في دينٍ مؤجلٍ لا يبطل الأجل ولو صار قابضًا حكمًا وجب أن يبطل الأجل، ولأن قبض الدَّين وهو دين محالٌ ولو صار قابضًا صار قابضًا وهو دين بدليل بقاء الأجل كما بيّنا. وما لا يتصور حقيقة لا يقدر حكمًا.

قالوا: وأما قولكم: إنه إسقاط دين باستحقاق دين، فليس عليه دليل، ولأن الاعتبار عن إسقاط الدَّين لا يجوز، فكيف يجوز إسقاط الدَّين عن ذمة المحيل ببدل يستحقه في ذمة المحال عليه؟، ولأنه إذا قبل الحوالة ببدل

الصرف يجوز، ولو كان إسقاطًا في مقابلة استحقاق لم يجز، لأن الإسقاط في بدل الصرف ورأس المال في السَّلم قبل القبض يبطل العقدين.

قالوا: وأما إذا أفلس في حال الحياة فإنما لم يرجع، لأن عندنا لا يتحقق الفلس [١٣١/ب] في حال الحياة، فالفوات لم يوجد حتى نقول لو جَحَدَ وَحَلَفَ تحقق الفوات في هذه الصورة فحينئذ يرجع.

الجواب:

أما خبر عثمان:

قلنا: رواه خليد[١] بن جعفر.

قال الشافعي: هو مجهول عن معاوية[٢] بن قرة عن عثمان[٣].

ومعاوية بن قرة لا تصح له رواية عن عثمان[٤].

وقد نقل الأصحاب عن علي مثل مذهبنا[٥] في قصة الحزن[٦] جد سعيد

---

(١) خليد بن جعفر بن طريف الحنفي أبو سليمان البصري صدوق، لم يثبت أن ابن معين ضعفه، من السادسة.
روى له مسلم والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب: ٩٣.

(٢) معاوية بن قرة بن إياس بن هلال المزني أبو إياس البصري. ثقة عالم من الثالثة، مات سنة ١١٣هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٣٤٢.

(٣) ينظر: فتح الباري: ٤/٤٦٤، سنن البيهقي: ٦/٧١.

(٤) قال ابن حجر في تهذيب التهذيب: قال الشافعي: روايته عن عثمان منقطعة. ا. هـ. ينظر: تهذيب التهذيب: ١٠/٢١٧.

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه: ٨/٢٧١، رقم ١٥١٨٣.

(٦) حزن بن أبي وهب بن عمير بن عائذ بن عمران بن مخزوم، صحابي استشهد باليمامة وهو جد سعيد بن المسيب. روى له البخاري، وأبو داود.

بن المسيب[1].

وأما المعنى:

قولهم: «برئت ذمته براءة نقلٍ وتحويلٍ».

قلنا: أيش تعنون بهذا؟ إن عنيتم برئت بالنقل والتحويل فهو مسلم، وإن قلتم بنقلٍ مشروطٍ بسلامة المنقول إليه فلا نسلم.

وأما قولهم: «إنه إنما رضي ببراءة ذمة المحيل بشرط سلامة دينه من ذمة المحال عليه».

لا نسلم، ولا دليل لهم على هذا.

وقولهم: «قصد السلامة».

قلنا: لا ننكر أنه قصد السلامة، ولكن ليس كل ما يقصد يصير مشروعًا بل كم من شيءٍ يقصده المرء ولا يصل إليه.

وحقيقة هذا الحرف:

أن بعقد الحوالة خرج المحيل من الوسط وصار الدين على المحال عليه للمحتال ويصير كأنه الأصل، فإن سَلَّم فالنفع له، وإن لم يُسلّم فالضرر عليه، فله نفع هذا الدين وضرره وحلوه ومُرّه وغُرمه وغُنمه وهذا كالأصل في سائر الديون، وأما في الأصل الذي قاسوا عليه، لا نقول صار مشروطًا بقصد السلامة لكنه عقد معاوضة ومبادلة فهو بدل ببدلٍ وملك بملكٍ، فأما نقل

ينظر: التقريب: ٦٧.

(١) ذكر القصة ابن قدامة في المغني: ٦١/٧.

الملك في هذا العوض بذلك العوض فإذا نقله به كيف ينتقل بدونه فصار شرط سلامة العوض مأخوذًا من قضية لفظه.

وأما ههنا فهو نقل وتحويل مطلق لا بشيء حتى تعتبر سلامة ذلك الشيء له حتى يصح النقل والتحويل.

وأما قولهم: «إن ههنا مبادلة ذمةٍ بذمةٍ».

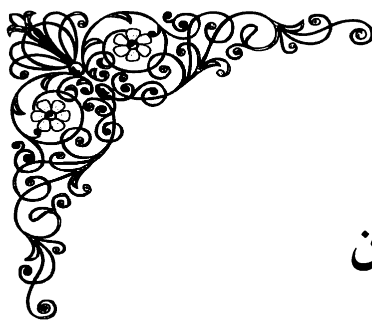
قلنا: كلّا، ولمّا، لأن المبادلة إنما تجري في الحقوق المستحقة والذمة محل الحق وليس بحقٍ مستحق، وهذا لأن الذمة محل الالتزام، والإلزام محل الالتزام كيف يصير لازمًا بنفسه ولأن المستحق هو المستوفي، والمستوفي هو المستحق، والمستوفى هو مال من الذمة لا الذمة، كذلك المستحق هو حق من الذمة لا نفس الذمة.

وأما مسألة الثوب والعبد، فذلك عين مال يقبل الاستحقاق.

وفي مسألتنا الذمة ليست بمالٍ حتى تستحق، إنما هي عبارة عن العهد في اللغة وعن محل الخطاب في الشرع وواحد منهما ليس يُتصوّر استحقاقه.

وأما إذا أفلس في حال الحياة، فهو لازم، لأن العجز عن الوصول قد وُجِدَ وتوهم الوصول إليه لا يعتبر بعد أن تحقق في الحال عدم الوصول، كما لو أبق العبدُ قبل القبض يثبت له الرجوع في الثمن، وإن كان يتوهم الوصول إليه بالعود، ولكن لم يعتبر ذلك بعد تحقق العجز في الحال، كذلك ههنا. والله أعلم بالصواب.






كتاب الضمان

※ (مَسْأَلَة):

إذا ضمن[1] الدَّين عن ميتٍ مفلسٍ صح عندنا[2].

وعند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ: لا يصح[3].

لنا:

حديث سلمة بن الأكوع أن رسول الله ﷺ «أُتى بجنازة فقال: (هل عليه دَين؟) قالوا: نعم، قال: (هل ترك شيئاً؟)، قالوا: لا، قال: (صلوا على صاحبكم)، فقال أبو قتادة: هو عليّ يا رسول الله فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه».

رواه البخاري في صحيحه على هذا الوجه برواية سلمة[4].

---

(١) الضمان: لغة الالتزام وشرعًا: التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار مَنْ هو عليه أو عين مضمونه. ينظر: مغنى المحتاج ٢/١٩٨.

(٢) المهذب: ١/٤٤٧، الأم: ٣/٢٠٤، النكت: ورقة: ١٥٨/أ، فتح الباري: ٤/٤٦٤، شرح السنة للبغوي: ٨/٢١٢.

وهو قول الصاحبين. ينظر: مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٤٠٧، بدائع الصنائع: ٦/٣٤١٢.

(٣) مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٤٠٧، الهداية مع فتح القدير: ٦/٢٠٤، بدائع الصنائع: ٦/٣٤١٢، الدر المختار: ٥/٣١٢ مع حاشية ابن عابدين، رؤوس المسائل: ٣٢٣.

(٤) ينظر: صحيح البخاري مع الفتح: ٤/٤٦٧، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، كما رواه النسائي في سننه: ٤/٥٣، باب الصلاة على مَنْ عليه دين. والإمام أحمد في مسنده: ٤/٤٧، ٥/٣٠٤.

وروى جابر أتم من هذا وفيه: «إن الدَّين كان دينارين».

واللفظ: «فتحملها أبو قتادة وقال النبي ﷺ (هما عليك حق الغريم وبرئ منهما الميت) قال: نعم، فصلى عليه»(١).

والخبر نص في موضع الخلاف، وهم حملوا على العِدَة، واللفظ يأباه فبطل التأويل.

وأما المعنى فهو بناء على أن الدَّين قائم بعد الموت، لأنه كان عليه قبل الموت والموت ليس لإسقاط الحقوق بل هو سلوك سبيل يصل به إلى الآخرة فيجازَى على الحقوق، فإذا كان الموت موصلًا له إلى دار المجازاة على الحقوق له وعليه، فكيف يكون مسقطًا للحقوق؟، ولأن الدَّين من حقوق المعاملات فيعتبر بالاعتقاد الذي هو حق الديانات ثم الاعتقاد الذي هو حق الديانات لا يسقط بالموت من الكفر والإيمان، كذلك ما هو من حق المعاملات.

ويدل من حيث الأحكام على بقاء الدَّين بجواز الإبراء وتبرع [١٣٢/أ] الأجنبي به وبقاء الكفالة به إذا كان به كفيل وبقائه في نفسه إذا مات مليًا.

وهذه مسائل مشكلة عليهم جدًا، لأن الدَّين لو سقط عن الأصيل بالموت لم يستقم الإبراء عنه ولا تبرع الأجنبي به. وهو يبطل عقد الكفالة، لأن الدَّين إذا سقط عن الأصيل سقط عن الكفيل كما لو أبرأ، وينبغي أن يسقط أيضًا

(١) هذه الرواية رواها الإمام أحمد في مسنده: ٣/٣٣٠ (عن جابر).
والدارقطني في سننه: ٣/٧٩.
والبيهقي في سننه: ٦/٧٥، باب الضمان عن الميت.

وإن مات مليًا وخلّف تركة، لأن الدَّين يتعلق بالذمم لا بالأعيان من الأموال، فلولا أن الدَّين باقٍ[1] في ذمة الميت وإلّا لم يستحق قضاءه من التركة.

فالمسائل في نهاية الإشكال.

وما ذكرناه من قبل على طريق المعنى لو اقتصرنا عليه ففيه كفاية، فثبت أن الدَّين قائم بعد الموت على ما كان قبل الموت فصحت الكفالة به في الحالين.

۞ وأما حجتهم:

قالوا: الدَّين قد سقط، لأن الذمة قد فاتت بهلاك الرجل ولابد للدين من محلٍ فإذا فات محله فات الدَّين، ثم الدليل على فوات الذمة أن الرجل قد هلك والذمة وصف له فإذا هلك الموصوف لابد من فوات الوصف.

يدل عليه: أن الذمة في اللغة: عبارة عن العهد.

وفي الشرع: عبارة عن محل الإلزام والالتزام، ولا عهد للميت ولا إلزام عليه ولا التزام له فدل أنه لا ذمة له.

والحرف المختصر: أن الحياة من ضرورة الذمة، ولابد من آدمي حيّ لتكون له ذمة.

قالوا: وأما الإثم، فنحن إنما ندّعي السقوط في أحكام الدنيا؛ لأنه هلاك عن الدنيا، فأما في أحكام الآخرة فالدَّين قائم لأنه هَلَكَ عن الدنيا

(١) في المخطوط: باقي.

ليحيى في الآخرة، ولأنه أُفني عن الدنيا ليبقى في الآخرة، والإثم من أحكام الآخرة فيجعل بمنزلة الشخص الحي في كثير من الأحكام، لأنه موضوع في الرَّحم لحياة الدنيا كذلك الميت موضوع في قبره لحياة الآخرة فبقي في حقه ما يعود إلى الآخرة.

قالوا: وأما إذا مات مليًا فإنما بقي الدَّين من ضرورةٍ بقاء الأتركة التي هي محل الاستيفاء، وفيما إذا كان به كفيل بقي لضرورة وجود الكفيل به.

فأما ههنا فلا ضرورة في بقاء الدَّين في أحكام الدنيا، لأن الرجل هَلَكَ وفاتت ذمته ولا مال يُقضى منه الدَّين ولا كفيل يطالب منه الدَّين.

وإذا سقط عند الموت فبعد ذلك إذا كفل به إنسان فلم تصادف كفالته دَينًا قائمًا، ولا يجوز أن يعود بعد سقوطه لصحة الكفالة، لأن الدَّين الساقط لا يعاد، ولأن الميت لا يجب عليه دين ابتداءً فإذا سقط وأُعيد فهو يشبه ابتداءً إيجاب دَين عليه والموت ينافيه فلم يجز.

والجملة أنا إذا أبقينا دَينًا على الميت لعلةٍ وتركنا الحقيقة بها يعتبر وجود العلة عند الموت فإذا لم توجد رجعنا إلى الحقيقة وأسقطنا إلا في الإثم الذي هو من أحكام الآخرة لا من أحكام الدنيا.

وكذلك إذا تبرع متبرع أو أبرأه مَنْ له الدَّين إنما جوّزنا لسقوط الإثم الذي عليه وليس لهما حكم سوى هذا، وأما الكفالة فيظهر أحكامها في الدنيا بدليل الحبس والمطالبة وقد سقط الدَّين في أحكام الدنيا بدليل ما قلنا فبطل هذا الحكم عنه.

وقد قال بعضهم: إن الكفالة التزام مطالبة ولا مطالبة بهذا الدَّين بحالٍ فلم تصح الكفالة، وإنما قلنا إنها التزام مطالبة، لأن الدَّين الثابت في محل لا يتصور نقله إلى محل آخر.

يبينه: أنه لو انتقل إلى ذمة الكفيل لبرئت ذمة الأصيل كما في الحوالة.

والحرف: أن الحق الواحد لا يشغل محلين كما في الحسيّات لا يتصور جوهر واحد في محلين، فثبت أن الكفالة ليست إلّا التزام مطالبة فإذا سقطت المطالبة أبدًا لابد من فساد الكفالة، وليس كالمعسر لأن المطالبة سقطت هناك إلى حالة اليسار، وليس كالعبد إذا أقر بدينٍ، لأن المطالبة سقطت إلى حالة العتق أو إلى موافقة السيد في ثبوته.

وفي مسألتنا سقطت أبدا، ولا يقال يجوز أن يظهر له مال، لأنه حينئذ لا يكون مفلسًا، والكلام فيمن مات مفلسًا.

وربما يعبّرون عن هذا فيقولون: الدَّين لا يعرف إلّا بإيجاب تسليم عين وإلّا فهو عدم حقيقة، فإذا لم يجب تسليم عين بقي على العدم، وخرّجوا إذا مات مليًّا، لأن المطالبة قائمة، وخرّجوا إذا كان به كفيل، لأن المطالبة متوجهة أيضًا.

۞ **الجواب:**

قد ذكرنا الدليل على بقاء الدَّين.

وأما قولهم: «إن الذمة فاتت بالموت».

قلنا: الذمة باقية حكمًا، بدليل ما ذكرنا، وإذا جاز أن تبقى له وعليه




معتقده من الدَّين جاز أن تبقى له وعليه ملتزمة من المال، ولأن بالإجماع الوجوب قائم بدليل الإثم.

وقولهم: «في أحكام الآخرة».

قلنا: حكم [١٣٢/ب] الآخرة تبع لحكم الدنيا فإذا سقط في أحكام الدنيا سقط في أحكام الآخرة ثم نحقق فنقول:

السقوط إنما يكون بإبراء صاحب الحق، أو بوصول الحق إليه، أو بإياس عن الوصول، فيصير في حكم الساقط في الدنيا، ولا يأس عن الوصول في مسألتنا بتبرع الأجنبي أو بكفالته فلا يسقط، وهذا لأن الدين يجب حفظه لحرمة صاحبه فإذا وجدنا جهة يمكن إبقاؤه باعتبارها لم نحكم بسقوطه حفظًا لحق صاحب الدَّين؛ بدليل ما لو مات مليًّا أو كان به كفيل، وقد وجدنا جهة يمكن إبقاء الدَّين باعتبارها وهو وجود كفالةٍ أو تبرعٍ.

فإن قالوا: بالتبرع يستغنى عن الكفالة.

قلنا: لا يستغنى، لأن المتبرع ربما يرجع عنه قبل التسليم وبالكفالة يلزم حتى لا يمكنه الرجوع.

وقولهم: «هَلَكَ عن الدنيا».

قلنا: بلى، ولكن أمكن إبقاء الدَّين بالوجه الذي قلنا فلا يسقط وعلى أنه إن هَلَكَ عن الدنيا فلم يجئ الآخرة بعدُ، فإذا جاز بقاء الدَّين بعد موته لآخرةٍ لم تأت بعدُ حتى إذا أتت يُجازى به، جاز بقاؤه في دنيا قد ذهبت عنه وذهب هو عنها حتى يصح تبرع وكفالة من الأجنبي فيصل صاحب الحق إلى

حقه، ويتخلص الميت عن إثمه، فإنه لا فرق بين دارٍ ذهب عنها وبين دارٍ لم يصل إليها بعدُ فإن في الحال لم يوجد واحد منهما، والدين يتوجه باعتبار أحدهما لتطهير إثمه فلم يكن متوجهًا في الدار الأخرى لتطهير إثمه.

والذي اعتذروا عن المسألتين بالضرورة.

قلنا: هاهنا أيضًا ضرورة وهو جواز الكفالة، وعلى أنا نلزم إذا كفل ابتداءً بعد أن مات مليًّا أو بالدَّين كفيل، وإن كان وجد ضرورة في بقاء الدَّين ليطالب به، لم يوجد ضرورة في جواز الكفالة ابتداءً ومع ذلك جازت.

وأما الطريقة الثانية:

قلنا: لا يجوز أن يقال إن الكفالة مجرد التزام مطالبة بل هي التزام دين والمطالبة مبنية عليه ولا يتصور وجوب مطالبة بدين بدون وجوب الدَّين، وإنما لم يبرأ الأصيل بخلاف الحوالة لأن الكفالة ضَمُّ ذمة إلى ذمة فلا يقتضي براءة الأصيل، وأما الحوالة نقل وتحويل فيقتضي براءة المحيل على ما سبق في المسألة الأولى.

فإن قيل: فصل المطالبة عن الوجوب ممكن بدليل أن الصبي والمجنون إذا أتلفا مال إنسان وجب الغُرم على الصبي والمجنون والمطالبة متوجهة إلى الولي.

وكذلك الوكيل يطالب بتسليم الثمن وهو على المشتري.

قلنا: في المسألتين المطالبة متوجهة على مَنْ عليه الحق لكن الولي عن

الصبي والمجنون نائب عنهما، وكذلك الوكيل نائب ولا يمكن مثل هذا القول في مسألتنا، لأن الكفيل ليس بنائبٍ لأن الاستنابة من الأصيل لم توجد والولاية الشرعية لم توجد.

والدليل عليه: أن الكفالة تصح من غير أمر مَنْ عليه الدَّين.

فإن قيل: إذا أبرأ الأصيل يسقط الدَّين عن الكفيل، ولو وجب الدَّين لى الكفيل لم يسقط كالرجل يكون له غريمان يبرئ أحدهما.

قلنا: إنما سقط، لأنه كفيل ولا يتصور كفيل بلا أصيل، ولأن الكفيل تبع فإذا سقط الدَّين عن الأصيل سقط عن التبع، وعلى أن هذه الطريقة تبطل بما إذا كَفَلَ عن المعسر يجوز ولا مطالبة، وكذلك العبد.

وقولهم: «إنه يتوهم مطالبة».

قلنا: التزام المطالبة لا يتصور إلّا إذا كانت المطالبة في الحال ثابتة كما لا تتصور إلّا في دين ثابت.

فإن قالوا: «عندنا يجوز في دين يجب».

قلنا: على طريق التعليق، والكفالة في المسألتين غير معلقة بل مُنجّزة.

وأما الذي قالوا: إن الواجب في الدَّين فعل تسليم العين.

قلنا: لا، بل حقيقة الدَّين واجبة وفعل التسليم مبتنى وجوبه على وجوب حقيقة الدَّين.

والله أعلم بالصواب

❋ (مَسْأَلة):

الكفالة[1] بالأعيان المضمونة[2] غير جائزة عندنا[3].

وعندهم: جائزة[4].

وكذلك الخلاف في الكفالة بالنفس، وللشافعي قول آخر في جواز الكفالة بالنفس[5].

❋ لنا:

أن عقد الكفالة أخطأ محله وحقيقته فيكون باطلًا.

---

(١) الكفالة: التزام إحضار المكفول له. ينظر: مغنى المحتاج ٢/٢٠٣.

(٢) مثل: المغصوب، والمقبوض بالبيع الفاسد، والمقبوض على سوم الشراء.
ينظر: فتح القدير: ٦/١٦٤، فهذه يجب تسليمها وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو الإقرار.

(٣) الأم: ٣/٢٠٣، مختصر المزني مع الأم: ٢/٢٢٩، المهذب: ١/٤٥١، النكت: ورقة: ١٥٨/ب، روضة الطالبين: ٤/٢٥٥.

(٤) مختصر القدوري: ١/٤٠٠ مع الجوهرة، الهداية: ٦/١٦٤ مع فتح القدير، رؤوس المسائل: ٣٢٢.

(٥) المهذب: ١/٤٥١، وهو الأظهر عندهم، شرح السنة للبغوي: ٨/٢١٤.
قال النووي في المنهاج: «والمذهب صحة كفالة البدن...» ١/٢٠٣ مع مغني المحتاج، روضة الطالبين ٤/٢٥٣.
والقول المقابل للأظهر هو عدم الجواز لقول الشافعي: «الكفالة بالبدن ضعيفة».
وينظر: الأم: ٣/٢٠٣، وقال أصحابه: «المراد بذلك أنها ضعيفة بالقياس» ا. هـ.
قال ابن قدامة في المغني: «الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة...» ا. هـ.
المغني: ٧/٩٧، المبسوط: ٩/١٦٢.

دليله: سائر العقود إذا كان بهذا الوصف.

ودليل الوصف: أن عقد الكفالة عقد مشروع لالتزام الحق في الذمة ووجوب التسليم بناء عليه على ما سبق في المسألة الأولى، والتزام الأعيان على ما في الذمة لا يجوز بل لا يتصور أصلًا، ولأن عقد الكفالة ليجب على الكفيل من الضمان ما وجب على الأصيل والعين مضمونة على الأصيل ولا تصير مضمونة على الكفيل بدليل أنها لو هلكت لا شيء عليه.

يبينه: أنه كيف يجب عليه ضمانها؟ والعين تضمن بقبض العين على جهة مخصوصة من تعدٍ[1] أو سومٍ أو عاريةٍ أو بإيراد [١٣٤/أ] عقد المعاوضة عليه ولم يوجد من الكفيل شيء من ذلك فلم يتصور وجوب ضمان العين عليه.

وأما التسليم بناء على ضمان الأصل فإذا لم يدخل الأصل في ضمانه لم يجب عليه التسليم.

ونقول في الكفالة بالنفس: كَفَلَ بما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز.

ودليل أنه لا يقدر على تسليمه، لأن تسليم الإنسان إلى غيره إنما يكون بقوةٍ أو ولايةٍ وليس له قوة التسليم، لأنه رجل، ورجل لا ينقاد له ويقاومه، ولا يقال إنه يستعين بالقاضي، لأن القاضي لا يجب عليه أن يعاونه بل يقول له: «أنت أدخلت نفسك في هذا الأمر فعليك وَبالَه وأنت أبصر به»، ولا يجوز أن يكون التسليم بالولاية، لأنه لا ولاية له عليه.

---

(١) في المخطوط: تعدى.

يبينه: أن نهاية ما في الباب أن يأذن له بالكفالة بنفسه وبإذنه إياه في الكفالة بنفسه لا تثبت له ولاية عليه.

❁ **وأما حجتهم:**

قالوا: كَفَلَ بمضمونٍ يمكن تسليمه فيجوز، كما لو كَفَلَ بالدَّين.

أما قولنا: «مضمون» فلا إشكال في الأعيان المضمونة.

وأمّا في الكفالة بالنفس فنعني بالضمان: «وجوب الحقوق على المدعى عليه» وقد وجب الحضور على المدعى عليه بنفس الدعوى، ولهذا المعنى يُحْضِرُه القاضي ويستعدي عليه ويقطعه عن أشغاله وهو لحق المدعي، لأن منفعته راجعة إليه.

وأمّا إمكان التسليم ففي الأعيان المضمونة هو أن يأخذ العين ويسلمها إلى المكفول له وهذا ممكن. وفي النفس إمكان التسليم بأن يُخْلَى بينه وبين المدَّعي في موضع يمكنه إحضاره من ذلك الموضع إلى مجلس الحكم، وهذا لأن التسليم في النفس ينصرف إلى المعتاد وهو بهذا يُعدّ مُسَلّمًا، ألا ترى أنه إذا خلّى بينه وبينه في مثل هذا الموضع يقال له سُلّم إليه.

وحقيقة المسألة راجعة إلى أن الكفالة ليست إلا التزام التسليم في الدَّين فكذلك في العين، وفي كل موضع وجب ضمان التسليم صحت الكفالة بالتسليم، وتسليمه الأعيان المضمونة في ضمان المكفول عنه وتسليم المدعى عليه نفسه في ضمانه، كما أن في الدَّين تسليم الدَّين في ضمان مَنْ عليه إلّا أن تسليم العين بتسليم نفسها، وتسليم الدَّين بتسليم مثله. ألا ترى إلى

الأصيل فإن تسليمه العين بتسليم ذاتها وتسليمه الدَّين بتسليم مثله، كذلك في حق الكفيل.

قالوا: وقد دللنا في المسألة الأولى أن الكفالة ليست إلّا التزام الحق، لأن التزام نفس الدَّين غير متصور، فإن الواجب على شخصٍ لا يجب على شخصٍ آخر والدَّين في محلٍ لا يشغل محلًا آخر.

أمّا وجوب تسليم شيء واحد يتصور على أشخاص كثيرة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أنا نجعل الدَّين بمنزلة الدَّينين أو نجعل الذّمتين كذمةٍ واحدةٍ، لأن هذا قلب الحقيقة فلا يصار إليه إلّا بدليل قاطع.

واحتجوا في الكفالة بالنفس بفعل ابن مسعود(١)، وبقول جماعة من الصحابة(٢)، وباتفاق المسلمين على فعلها في سائر الأعصار والأزمنة(٣).

❁ **الجواب:**

إن جميع ما قالوه بناء على أن عقد الكفالة لا يلاقي إلّا المطالبة.

ولا نسلم، بل يلاقي نفس الحق بالوجوب والمطالبة تأبى الوجوب وقد سبق بيانه فلا نعيد.

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ٦/٧٧.
وذكرها البخاري في الترجمة بدون إسناد. ينظر: صحيح البخاري: ٤/٤٦٩ مع الفتح.

(٢) منهم جرير بن عبد الله البجلي. ينظر: صحيح البخاري: ٤/٤٦٩ مع الفتح.

(٣) نقل الإجماع على ذلك ابن قدامة في المغني: ٧/٩٧، فقال: «وإنما أردوا أنها ضعيفة بالقياس وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر» اهـ.




وأمّا الذي ذكروه من الاستبعاد.

قلنا: نحن نجعل الدَّين كالدَّينين حكمًا، وقد رأينا القتل الواحد في الشرع كقتلينِ، والولاية الواحدة كولايتين فلا نستبعد ههنا هذا المثال.

والدليل على وجوب أصل الدَّين على الكفيل جواز التصرف معه فيه بالهبة والشراء والاستبدال، ولأنه أضاف الكفالة إليه لا إلى المطالبة والمعقود عليه هو المضاف إليه ولو صرّح بالتزام المطالبة لم يصح.

يبينه: أن الأصل هو الكفالة بالمال، وهذا لا يماثلها لأن الكفيل بالمال يضمن من عند نفسه، وهذا لا يكون في الكفالة بالنفس.

والإمكان غير مسلم أيضًا على ما سبق.

وأما أخبار الصحابة.

فليس إلّا عن ابن مسعود وإنما هو في قوم ارتدوا واستتابهم وكفّلهم عشائرهم»[1].

وفي هذا الموضع لا تجوز الكفالة بالإجماع[2].

والله أعلم بالصواب



(١) سبق تخريجه عند البيهقي في سننه: ٦/٧٧.

(٢) أي في الحدود، ينظر: المغني ٧/٩٨.

❊ (مَسْأَلة: من كتاب الشركة[1]):

عندنا: عقد الشركة محله المال والعمل تبع والمطلوب هو الربح[2].

وعندهم: محل العقد هو العمل والمطلوب هو الربح، والمال محل العمل[3].

فعلى ما قلنا لا ينعقد العقد إلّا بمال ولا شركة إلّا بالاختلاط في المال، والربح بينهما على [١٣٤/ب] قدر المال[4].

وعندهم: تنعقد الشركة على العمل دون المال، ولا يشترط الاختلاط في المال ويجوز شرط التفاضل في الربح[5].

❊ لنا:

أن العقد لا ينعقد إلّا على محلٍ موجودٍ معلوم، والمال هو الموجود وهو المعلوم، وأما العمل غير موجودٍ ولا معلومٍ فلا يكون محلًّا للعقد.

ويدل عليه من حيث الحكم: أن إحضار المال واجب وإنما وجب

---

(١) الشركة: لغة: الاختلاط. وشرعًا: ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهه الشيوع. ينظر: مغنى المحتاج ٢٢١/٢.

(٢) المهذب: ٤٥٤/١، المنهاج: ٢١٣/٢، روضة الطالبين: ٧٣/٤ ـ ٧٥، شرح السنة للبغوي: ٢١٧/٨.

(٣) الأسرار: ١٥٠/٢/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٠٧، مختصر القدوري المبسوط: ١٥٢/١١، رؤوس المسائل: ٣٢٥.

(٤) روضة الطالبين: ٧٣/٤ ـ ٧٥، المنهاج: ٢١٣/٢، شرح السنة للبغوي: ٢١٧/٨.

(٥) المبسوط: ١٥٢/١١، رؤوس المسائل: ٣٢٩.

إحضاره، لأنه محل العقد، وإلّا ما كان ينبغي أن يعتبر إحضار المال.

وإذا ثبت أن محل العقد هو المال فلم ينعقد بدون المال فعلى هذا بطلت الشركة على الأعمال وعلى الوجوه، ولم ينعقد أيضًا إلّا بخلط المالين، لأن الشركة على المال لا تكون إلّا لوجود الشركة في المال ولا شركة في المال إلّا بخلط المالين، فأمّا إذا كان أحدهما متميزًا عن صاحبه فلا شركة، ولم يجز شرط التفاضل في الربح، لأن الربح فرع المال فيكون بقدر المال إذ الفروع على مقادير الأصول، والفوائد بقدر رؤوس الأموال.

۞ أما حجتهم:

قالوا: العقد منعقد على العمل، لأن عقد الشركة ما يوجب الشركة كعقد البيع ما يوجب الملك، وعقد النكاح ما يوجب الازدواج.

فإذا جعلنا محل العقد هو المال فالشركة في المال لا تكون موجب العقد.

ألا ترى أنها تحصل بغير عقد وذلك خلط المالين بغير عقد وموجب العقد لا يتصور أن يسبق العقد فصار موجب العقد هو الشركة في العمل، لأنه لا يحصل إلّا بالعقد.

والدليل على أن العقد على العمل جائز عقد الإجارة وعقد القراض، وهو معتمدهم فإنه ينعقد على العمل وبهذه المسألة يبطل قولكم «إن العمل مجهول فلا يكون محل العقد» فإن في عقد القراض قد وجدت جهالة العمل ومع ذلك انعقد العقد، وهذا لأن العمل وإن كان مجهولًا ولكن الربح معلوم فعفى عن جهالة العمل لوجود العمل بالربح، وإنما كان كذلك لأنه المطلوب

بالعمل فاعتبر إعلامه وأعرض عن جهالة العمل، وإذا ثبت أن المعقود عليه العمل بنينا عليه المسائل فنقول:

يجوز عقد الشركة على الأعمال، وعلى الوجوه لوجود العمل وإن فقد المال، ويجوز من غير خلط المالين، لأن الشركة لما كانت في العمل لا في المال لم يعتبر خلط المال بالمال، ولأن العمل لما كان لهما جميعًا فقد وجد الاختلاط في العملين حكمًا وإن لم يوجد حسًّا، ويجوز أيضًا شرط التفاضل في الربح لأن العقد لما وردت على العمل كان الربح في مقابلة العمل، فيكون الزيادة المشروطة بإزاء عمله في ماله، ويجوز مثل هذا، كما في القراض.

يدل عليه: أن كل واحد منهما يعمل في نصيب نفسه ونصيب صاحبه فيكون نصف عمله له، ونصف عمله لصاحبه، وإذا صار نصف عمله لصاحبه يصح شرط الربح في مقابلته كما في القراض، وهذا لأن عقد الشركة لما اشتمل على معنى القراض صح أن يشترط فيه ما يشترط في القراض.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المشروط في القراض عمالة وجعالة، لأن عندنا الجعالات كلها باطلة، وهذا لأنها تعليق الملك بالحظر وتعليق الإملاك بالأحظار لا يجوز.

قالوا: ولا نقول: إن العامل في الصدقات يستحق ما يستحقه بطريق الجعالة بدليل أنه لو كان هاشميًا لا يستحق.

وشرط الجعالة للهاشمي جائز مثل ما يجوز لغير الهاشمي وإنما يستحقه

على أنه سهم من الصدقات مشروط استحقاقه بالعمل مثل سائر السِّهام اشترط لاستحقاقها إما بِيُتمٍ أو مَسكنةٍ أو فقرٍ أو غير ذلك، فأما أن يستحق على طريق الجعالة فلا نقول ذلك أصلًا.

قالوا: ومما يبين ما ذكرناه أن عقد القراض جاز لحاجة الناس إليه.

وبيانها: أن الإنسان قد يكون له مال وليس له هداية في العمل، فيحتاج إلى أن يلتمس من غيره ليعمل له، ولا يعمل ذلك الغير إلا بمالٍ فيشترط له فيه قدرًا من الربح ليرغب في العمل، ويكون ذلك أنفع من استئجاره زمانًا معلومًا للعمل بأجرة من ماله، لأنه يعمل لطلب الربح لأجل ما سَمّى له منه ما لا يعمل بتسمية الأجرة فجوّز عقد القراض رفقًا للعباد، وكذلك عقد الشركة وجب أن يجوز على شرط التفاضل في الربح لهذا النوع من الحاجة، وذلك لأنه قد يكون لأحد الشريكين من الهداية في العمل والتصرف ما لا يكون للشريك الآخر، فلا يرضى من الربح بما يرضى به صاحبه، فيحتاج إلى أن يُسمّى له زيادة ليرغب في العمل فليجز رفقًا بالعباد وتيسيرًا عليهم.

وهذا معنى قولنا الذي قدمناه إن الشركة اشتملت على معنى القراض فليجز فيه ما يجوز [١٣٥/أ] في القراض.

وليس كما لو سَمّى له زيادة معلومة من مائة أو مائتي درهم؛ لأن تجويزها يؤدّي إلى قطع الشركة في الأصل، لأنه ربما لا يوجد ربح إلّا بذلك القدر فتنقطع الشركة أصلًا.

وأمّا في مسألتنا لا يؤدّي شرط الزيادة إلى هذا فجاز كما سبق، وليس




كما لو شرط الوضيعة على التفاضل، لأن في ذلك شرط الضمان على أمين وهو باطل، ألا ترى أنه لا يجوز شرط الوضيعة على العامل في القراض.

وأما في مسألتنا فهذا شرط الربح لعاملٍ فيجوز كما يجوز في القراض أيضًا.

قالوا: وقد روي عن علي بن أبي طالب ﵁ أنه قال الوضيعة على رأس المال والربح على ما شرط(١).

الجواب:

إنا قد بيّنا أن العقد غير وارد على العمل، لأنه مجهول.

وأمّا قولهم: «إن عقد الشركة ما يوجب الشركة».

قلنا: عندنا قد أوجب الشركة في الربح، فأمّا المال فلابد فيه من الشركة، لأن العقد عقد شركة على المال ولا شركة في المال إلّا بخلط المال بالمال، ثم إذا صح العقد جاز لكل منهما أن يعمل في نصيب نفسه ونصيب صاحبه بإذنه، لأنه لا يظهر الربح إلا بالعمل والربح مطلوب مقصود، فصار عقد الشركة في الحقيقة عقدًا على المال لمقصود الربح وظهوره بالعمل والمُظْهِرُ للمقصود ينزل منزلة الشروط فلا يكون معقودًا عليه.

وأما كلامهم على جهالة العمل بقولهم: «إن المطلوب هو الربح وهو معلوم».

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية: «غريب جدًا ويوجد في بعض كتب الأصحاب عن علي» اهـ: ٣/٤٧٥.

وقال ابن حجر في الدراية: «لم أجده» اهـ: ٢/١٤٤.

قلنا: المعتبر هو العلم بالمعقود عليه، وما ليس بمعقود عليه فالعلم به لا يقوم مقام العلم بالمعقود عليه.

وأمّا الإجارة فالعلم بالمعقود عليه قد حصل بضرب المدة، وأعلم أنه لا تعلق لهم في هذه المسألة إلّا بعقد القراض، ولا نسلم أن عقد القراض عقد شركة على عمل، ولا نقول: إن الربح ثبت على الشركة مثل ما ثبت ههنا، والعامل لا يستحق الربح، لأنه شريكه في الربح، بل إنما يستحق على جهة الجعالة.

ولهذا قلنا: إن بمجرد ظهور الربح لا يملك العامل شيئًا من الربح وإنما يستحق بعد أن يتم العمل ويقتسما ويعطيه المسمى من الربح جعالة فيملك بالقبض مثل الجعل في سائر الجعالات.

وأمّا قولهم: «إن هذا تعليق الملك بالحظر»، قلنا: إنما جاز ذلك لحاجة الناس إليه، وهذا كما نقول في السبق والرمي، فإنه يجوز شرط المال لأحدهما وإن كان فيه تعليق الملك بالحظر وإنما جاز لحاجة الناس إليه، كذلك ههنا.

وأما في مسألتنا فلا يتصور جعالة، بل هو في الحقيقة عقد شركة على المال لمقصود الربح على ما سبق.

وأمّا فصل زيادة دراهم معلومة على المسمى ففصل لازم.

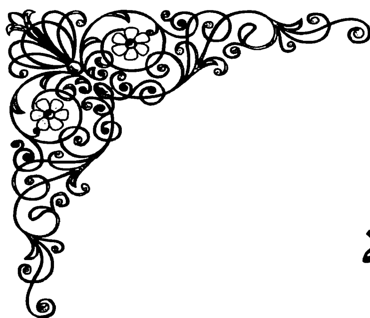
وقولهم: «إنه يؤدّي جوازه إلى قطع أصل الشركة».

قلنا: إذا سَمّى زيادة معلومة على النصف من الربح لا يجوز أيضًا.




وفي هذه الصورة لا يؤدّي إلى قطع الشركة ومع ذلك لم يجز فبطل ما قالوه، والله أعلم بالصواب.






كتاب الوكالة

※ (مَسْألة):

التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم يجوز عندنا[(١)].

وعند أبي حنيفة لا يجوز[(٢)].

❖ **لنا:**

إن التوكيل بالخصومة جائز بالإجماع، بدليل أنه إذا رضي به الخصم يجوز فإذا لم يرض فلا يبطل، لأنه بترك الرضا متعنت، والتعنت مردود في الشرع.

وإنما قلنا «إنه متعنت»، لأن التعنت طلب ما ليس له طلبه أو طلب زيادة بعد حصول مقصوده، وإنما قلنا «إنه متعنت بترك الرضا»، لأن مقصوده بجوابه ليس هو عين الجواب، وإنما المقصود معرفة إقراره وإنكاره حتى لو كان مقرًا يؤمن بإيصال حقه إليه، وإن كان منكرًا يتمكن من إظهار حقه عليه

---

(١) ينظر: المهذب: ٤٥٨/١، النكت: ورقة ١٦٣/أ، روضة الطالبين: ٢٩٣/٤، مغني المحتاج: ٢٢٠/٢، وبهذا قال الإمام أحمد ومالك، قال ابن قدامة: «وبه قال: مالك، وابن أبي ليلى، وأبو يوسف، ومحمد، والشافعي». ا. هـ. المغني: ١٩٩/٧، الإشراف للبغدادي: ٢٦/٢، الأسرار: ١٦٢/٢/أ (مراد ملا) دوري: ٣٨٤/١ مع الجوهرة.

(٢) مختصر الطحاوي: ١٠٨، مختصر القدوري: ٣٨٤/١ مع الجوهرة، المبسوط: ٨/١٩، البدائع: ٣٤٥٠/٧، الأسرار: ١٦٢/٢/أ ـ ب (مراد ملا)، رؤوس المسائل: ٣٣٠.

بالبينة ولسانه ولسان وكيله في هذا المعنى واحد لا يختلف بحال.

فدل أن المقصود بجوابه يحصل بجواب الوكيل كما يحصل بجوابه فهو إذا طلب جواب الموكل بلسانه يكون متعنتًا مُتَجَنِّيًا فلم يقبل منه ذلك، وهذا كالتوكيل بقضاء الدين من غير رضا مَنْ لَه الدين يجوز، لأن مقصوده وصوله إلى حقه، ويده ويد وكيله في هذا المعنى واحد لا يختلف بحال، فصار بترك الرضا بيد وكيله وطلب يده متعنتًا فلم يقبل منه ذلك، كذلك ههنا.

❁ **وأما حجتهم:** [١٣٤/ب]

المدعي قد استحق على المدَّعَى عليه جواب دعواه حقًا له فلا يملك نقل حقه المستحق عليه بغير رضاه إلى غيره.

دليله: إذا أحال بدينه على غيره بغير رضاه فإنه لا يجوز، كذلك هاهنا، وهذا لأنه إذا كان الجواب حق المدَّعي وقد نقله إلى غيره فقد تصرف في حقه فلم يصح منه إلا برضاه كالدين سواء بسواء.

وإنما قلنا إنه استحق عليه الجواب حقًا للمدعي: أما استحقاق الجواب فلا إشكال فيه، ألا ترى أن القاضي يحضره ويطلب منه الجواب.

وأمّا الدليل على أنه حق المدَّعِي أن القاضي يطلب الجواب من المدَّعَى عليه عند طلب المدَّعِي، وما يقف على طلب الآدمي يكون حقًا له، ولأنه هو الذي ينتفع به.

ألا ترى أنه يتمكن من إثبات حقه فدل أنه حقه، وهذا لأنه يجوز أن يكون صادقًا في دعواه فلاحتمال جهة الصدق وجب عليه الجواب حقًا له.

وربما يقولون: إن قوله محمول على الصدق ما أمكن إذ الأصل في الأخبار الصدق فالشرع أثبت لهذا الخبر جهة الصدق بهذا القدر، لأنه ليس فيه كثير ضرر على المدعى عليه، لأنه يمكنه أن يحضر وينكر إن لم يكن عليه حق ويحلف إن طلب منه اليمين، وليس هذا كأصل الحق حيث لا يثبت على المدعى عليه بنفس الدعوى، لأنا لو أثبتنا عليه الحق بنفس دعواه لأدّى إلى ضررٍ عظيمٍ ومفسدةٍ عامةٍ لا نهاية لها، وهذا لا يجوز بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قالوا: وليس كما لو سقى أرضه فدخل الماء أرض جاره أو حفر بئرًا في ملكه فنزت[1] أرض جاره، لأنه متصرف في المسألتين في عين ملكه، وفي مسألتنا متصرف في حق الغير على ما ذكرنا.

قالوا: وأمّا قولكم: إن حقه يصل إليه بالوكيل كما يصل بالموكل فيكون بترك الرضا متعنتًا لا يصح هذا، لأن حقه وإن وصل إليه ولكن هو بالتوكيل متصرف في حق الغير وتصرفه في حق الغير باطل بكل حال.

ثم قالوا: وهو المعتمد، لا نسلم إنه متعنت بترك الرضا، بل له غرض صحيح في تركه الرضا، وَمَنْ له غرض صحيح في طلب شيء لا يكون متعنتًا في طلبه.

وبيان أن له غرضًا صحيحًا[2] في ترك الرضا هو أن الناس يتفاوتون في الجواب تفاوتًا فاحشًا، فمنهم مَن يكون سهل الجواب سهل الخصومة، ومنهم

---

(١) نزت: النز: ما يتحلب من الأرض من الماء. ينظر: القاموس المحيط مادة (النز).

(٢) في المخطوط: غرض صحيح، والتصويب من المحقق.




مَنْ يكون شديد الجواب شديد الخصومة، فإذا كان سهل الخصومة لين الجواب فسهولته ولينه يُطْمِعُ صاحبه في إثبات الحق عليه، وإذا كان شديد الجواب ألد الخِصام فشدته وعسره تقطع طمع خصمه في إثبات حقه عليه، وهذا شيء معلوم إذا رجعنا إلى العادات.

قالوا: فإن قلتم: إن الجواب كيفما كان بوصف السهولة أو بوصف الشدة فالموكل يملكه، قال: بلى، ولكن يملكه بقدر ما يطلقه الشرع، فأما الوكيل فربما يزيد على قدر الجائز له توهمًا منه أنه محق في إنكاره فيستخرج الحيل المبطلة للحقوق ويستعملها فيه.

والحرف الوجيز في هذا لهم: أنهم يقولون الموكل يجيب، ولكن لا يجوز له أن يزيد على قدر الجائز من الجواب، وهو قد يعرف الجائز له، وأمّا إذا وكل فلا يؤمن أن يزيد الوكيل على الجائز ظنًا منه أنه محق في إنكاره فإنه يجوز له دفع المدَّعِي بكل حيلةٍ، فهذا غاية ما يقولونه في هذه المسألة.

قالوا: وخرج على هذا التوكيل بقضاء الدين، لأن الدين حق معلوم محدود لا يمكن الزيادة عليه فصار مَنْ له الدين بترك الرضا متعنتًا فلم يقبل منه.

وأمّا الخصومة فليس لها حد معلوم مقدر في الشرع، وقد جرت عادة الوكلاء على باب الحكام بشدة الخصومة، واستخراج الحيل التي تخفى على كثير من الناس، ويخفى ذلك على القضاة أيضًا، لأنهم يعرفون ظاهرًا من الأمور، ولا يعرفون البواطن، وإذا لم يكن له حد معلوم ولم يؤمن الزيادة فصار المدَّعِي بترك الرضا دافعًا عن نفسه ما عساه يتوجه عليه بخصومة

الوكيل، ولا يتوجه بخصومة الموكل؛ فلم يكن متعنتًا بترك الرضا لوجود الغرض الصحيح.

وربما يقولون: التوكيل بالخصومة إنما يجوز إذا كان المدَّعِي مبطلًا، فأما إذا كان محقًا لا يجوز، لأن الخصومة مدافعة ومنازعة، ودفع المحق عن حقه حرام، ومنازعته فيه محظور، فلا يعرف أن المدَّعِي محق أو مبطل فلا يجوز التوكيل على التوهم.

قالوا: وأمّا جواب الموكل نفسه إنما سمعناه ضرورة، لأنه لا يمكن أن لا نسمع قول المدَّعَى عليه، فأما التوكيل فلا ضرورة في جوازه فلا يجوز مع التوهم، والأول أحسن [١٣٥/أ]، وعبّر أبو زيد(١) عما ما قلناه، وقال: التوكيل وإن كان تصرفًا من الموكل في حقه لكنه يتناول حق صاحبه، وفسّر التناول بما ذكرناه من قبل من إبطال حقٍ ثابتٍ أو إثبات حق لم يعرف له ثبوت، وذلك بتفاوت المتخاصمين على ما سبق شرحه وبيانه.

❁ **الجواب:**

إنا نسلم أن الجواب مُستحَقٌّ على المدعى عليه، لكنه لحق الشرع لا لحق المدعي، لأن بالدعوى لا يجوز أن يستحق شيء ما، ولئن جاز أن يستحق الحضور والجواب بالدعوى جاز أن يستحق نفس الحق.

وقد قالوا واعترفوا في مسألة الصلح على الإنكار أنه لا يثبت شيء في حق المدعى عليه، وإن قالوا: يثبت، قالوا: بذلك في حق المدَّعي.

---

(١) ينظر: الأسرار: ١٦٢/٢ (مراد ملا).

فإن قالوا: وأيّ حق الشرع في حضوره وجوابه؟.

قلنا: دفع الخصومة ورفعها، وهذا يصلح حقًا للشرع، لأن الخصومات مفاسد وشرور، والخير يجلب الخير، والشَّر يجلب الشَّر، والمفاسد يجب دفعها عن دار الإسلام حقًا للشرع فوجب الحضور في مسألتنا.

والجواب لقطع الخصومة بين هذين، ورفع المنازعة بينهما يتضمن ذلك دفع مفسدة عن دار الإسلام، وذلك حق الشرع، وإنما وقف على طلبه، لأنه لا تكون خصومة إلا بالطلب.

وقولهم: «إنه هو الذي ينتفع به، لأنه يتمكن به من إقامة البينة».

قلنا: عندنا يجوز إقامة البينة بكل حال، ألا ترى أنه إذا كان المدعى عليه غائبًا يجوز له إقامة البينة، ولا يعرف أنه منكر أو مقر، وإنما القاضي يطلب إقراره وإنكاره ليعرف جهة القضاء، ويتبين له أطول الطريقين من أقصرهما على ما ذكرنا في مسألة القضاء على الغائب، ثم يقال لهم: النفع الأعظم بالإنكار للمدعى عليه، لأن الدعوى إن كان في دينٍ فإذا أنكر بقيت ذمته على البراءة الأصلية.

وإن كانت الدعوى في عينٍ فإذا أنكر بقي الدين في يده ملكًا له لا سبيل لأحدٍ عليه.

وأمّا الذي زعموا أن خبره محمول على الصدق ما أمكن فقد أجبنا على هذا في مسألة الصلح على الإنكار، وذكرنا أن المحتمل لا يكون حجة في شيءٍ ما، هذا جواب وتمشيته ممكن.

الجواب الثاني: وهو الأولى، وهو أنا إن سلمنا أن الجواب وجب حقًا للمدعي فقد قال بعض أصحابنا: وَجَبَ، ولكن لا عليه لكن بلسانه أو بلسان الوكيل فأينما وجد فقد خرج عمّا عليه.

وهذا ليس بشيء، لأنهم يقولون: الدعوى على المدعى عليه فيكون الجواب به متوجهًا عليه لا على غيره، ولأنه إذا وكّل فالوكيل نائبه، فكيف يقال إنه لم يكن الجواب واجبًا عليه على التعيين؟، لكن الجواب المعتمد أنه وإن وجب عليه لحق المدعي لكن ينظر: إلى حقه، ونحن نعلم قطعًا أن حقه ليس عين الإنكار، وكيف يكون دفعه عن حقه، وإنكاره حقه حقًا له، لكن حقه معرفة جوابه على ما سبق، وهذا بلسانه ولسان وكيله واحد فصار التوكيل توكيلًا بإيصال حقه إليه من معرفة جوابه، فأشبه التوكيل بقضاء الدين سواء.

وأمّا الذي قالوه: إن الناس يتفاوتون في الجواب.

قلنا: هذا محال، لأن الإنكار واحد من كل مَنْ يوجد ولا يتصور التفاوت في الإنكار وهو الجواب.

وأمّا الصِّياح واستخراج الحيل فليس هو الجواب، والكلام في الجواب إذ هو الواجب فحسب ثم يقال لهم: إن ثبت لكم التفاوت فالجواب بأيّ وجهٍ يوجد مملوك للموكّل فملك التوكيل فيه، ألا ترى أنه لو بالغ بنفسه وشدد في الخصومة بنفسه فإنه يمكّن من ذلك.

فأما الذي قالوا إن الوكيل ربما يزيد على مقدار الجائز.

والجواب عن هذا وعن الكلام الذي ذكروه عقيب هذا شيء واحد، وهو أن الوكيل جائز بالإجماع[1]، ألا ترى أن الخصم إذا رضي به جاز، وإنما جاز بناء على زعمه أنه محق في الإنكار، وأنه لا شيء على المدعى عليه، وكذلك في جانب المدعي إنما يجوز توكيله بناء على زعمه أنه محق في دعواه ولو اعتبر ما قالوه من الكلامين لم يجز أصل التوكيل، لأن الزيادة على قدر الجائز لا يجوز وإن رضي الخصم، وكذلك الوكيل على توهم الجواز لا يجوز وإن رضي الخصم فثبت قطعًا إن جواز التوكيل بناء على زعم الموكّل، فإذا كان وكيل المدعي يجوز له أن يثبت الحق بكل حيلةٍ تمكنه من هذا...[2] إذا كان وكيل المدعى عليه يجوز له أن يدفع المدعي بكل حيلة تمكنه.

وهذا جواب لا يبقى للخصم معه متنفس ولا حيلة لهم في الخروج عن هذا الكلام أصلًا.

وأمّا فصل الحوالة.

قلنا: إن نظرنا إلى جانب المحيل فهو إسقاط [١٣٥/ب] الدين الذي للمحتال عن ذمته، وإن نظرنا إلى جانب المحال عليه فهي تمليك المحتال دينًا من ذمته ولا يتصور واحد منهما إلا بوجود الرضا ممن يسقط حقه أو يملك حقًا.

وأمّا في مسألتنا فليس في هذا إلّا إيصال حق المدعي إليه بلسان الوكيل،

(١) ينظر: المغني ١٩٦/٧.
(٢) بياض في المخطوط.

وأمّا[1] سقوط الحق فلا يوجد أصلًا فبطل التعلق بمسألة الحوالة.

واعلم أن كل ما ذكرناه فهو في جانب المدعى عليه وإن تكلمنا في جانب المدعي فيكون الكلام أظهر، لأن دعواه خالص حقه بلا إشكال.

وغاية ما يقولون على هذا إن الناس يتفاوتون في الدعوى فمنهم مَنْ يكون شديدًا في دعواه، ومنهم مَنْ يكون سهلًا في دعواه فهو وإن وكّل في خالص حقه لكن يتناول جانب صاحبه.

والجواب ما سبق.

وربما يقولون: إن المدعي قد ينقلب مدعىً عليه في وسط الدعوى.

قلنا: إذا انقلب ينقلب معه ويستأنف الحكم على قضية الشرع، فأما في الحال فهو مدعٍ بلا إشكال فلا يعتبر فيه التوهم الذي قلتم، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

إقرار الوكيل على موكله باطل ولا فرق بين مجلس الحكم وغيره[2].

وعند أبي حنيفة ومحمد: يجوز في مجلس الحكم ولا يجوز في غير

---

(١) في المخطوط (وأما) مكررة مرتين.

(٢) مختصر المزني مع الأم: ٤/٣، المهذب: ٤٦٢/١، النكت: ورقة: ١٦٣/أ، روضة الطالبين: ٣٢٠/٤، وهو قول الحنابلة والمالكية.
قال ابن قدامة وبه قال: «مالك والشافعي، وابن أبي ليلى»، المغني: ٢١١/٧، الإشراف للبغدادي: ٢٧/٢.

مجلس الحكم[١].

وعند أبي يوسف: يجوز في الحالين[٢].

وقول زفر مثل قولنا[٣]، وزعموا أنه القياس[٤].

❖ **لنا:**

أنه وكيل بالخصومة ولا يملك إلا الخصومة، والإقرار ليس بخصومة، لأن الخصومة عبارة عن المنازعة، والمدافعة، والإقرار مساعدة وموافقة، فيكون ضد الخصومة، ولا يجوز أن يملك بالشيء ضده.

يدل عليه من حيث الحكم: أنه لو أقر في غير مجلس الحكم لا يجوز ولو مَلَكَ الإقرار لَمَلكَ في الحالتين كالموكل، ولأن الإقرار يكون واحدًا في الموضعين.

❖ **أما حجتهم:**

قالوا: الإقرار جواب الدعوى فيملكه الوكيل بالخصومة مطلقًا.

دليله: الإنكار، والدليل على أنه جواب: أن الدعوى خطاب بخبره

(١) مختصر القدوري: ٣٩٩/١ مع الجوهرة، المبسوط: ٤/١٩، بدائع الصنائع: ٣٤٥٦/٧، الأسرار: ١٦١/٢/ب (مراد ملا)، رؤوس المسائل: ٢٣٤.

(٢) مختصر القدوري مع الجوهرة: ٣٩٩/١، بدائع الصنائع: ٣٤٥٦/٧، المبسوط: ٤/١٩، الأسرار: ١٦١/٢/ب (مراد ملا).

(٣) مختصر القدوري: ٣٩٩/١ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ٣٤٥٦/٧، المبسوط: ٤/١٩، الأسرار: ١٦١/٢/ب (مراد ملا).

(٤) المبسوط: ٥/١٩، الجوهرة على مختصر القدوري: ٣٩٩/١.

فجوابه التصديق أو التكذيب، فإذا كان التكذيب جوابًا فيكون التصديق جوابًا، بل التصديق أولى أن يكون جوابًا، لأن التصديق أولى الجوابين.

وأمّا معتمدهم من حيث الفقه:

قالوا: التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة مجازًا، والإقرار جواب فيملكه لاعتبار العموم.

والدليل على أن التوكيل بالخصومة توكيل بجواب الخصومة أن التوكيل إنما يصح من الإنسان لغيره فيما يملكه، فأما الذي لا يملكه فلا يجوز التوكيل فيه، والذي يملكه المدعى عليه بكل حالٍ هو الجواب فإن المدعي إن كان محقًا يجيب بالتصديق وإن كان غير محقٍ يجيب بالإنكار، فأما الجواب بالإنكار بكل حال فلا يملك. وإذا ثبت هذا فنقول: إذا وكّل بالخصومة لا يجوز أن يحمل هذا الأمر على حقيقته، لأن الوكالة عقد صحيح بكل وجهٍ، والخصومة غير مملوكة بكل وجهٍ، فلابد من العدول إلى المجاز ليصح العقد بكل وجهٍ، فجعلنا التوكيل بالخصومة توكيلًا بجواب الدعوى ليصح من كل وجهٍ، وجهة جواز العبارة بالخصومة عن الجواب مجاز، لأن الجواب جواب الخصومة، والشيء سُمّي باسم ما يقابله بدليل قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثۡلُهَا﴾[(١)].

وبدليل قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾[(٢)]، ومعلوم أن الثاني ليس سيئة ولا عدوانًا ولكن سُمِّي باسم ما

(١) سورة الشورى، آية: ٤٠، وقد استدل بهذا الدبوسي في أسراره: ١/١٦١ب (مراد ملا).

(٢) سورة البقرة، آية: ١٩٤.

يقابله على طريق المجاز، كذلك هاهنا.

قالوا: ولا يقال إن هذا استعمال اللفظ الواحد في الحقيقة والمجاز، فإنه قد مَلَكَ الإنكار وهو خصومة حقيقية وملك الإقرار وهو خصومة مجازًا.

وعندكم: لا يجوز أن يكون اللفظ الواحد متناولًا للحقيقة والمجاز جميعًا.

قال: هذا لا يصح، لأنا ما حملنا اللفظ الواحد على الحقيقة والمجاز، لكن قلنا صار اللفظ مجازًا عن الجواب، ثم مُلْكُ الجواب أُجري على عموم الجواب.

ونظير هذا إذا حلف أن لا يضع قدمه في هذه الدار فدخل حافيًا أو منتعلًا أو راكبًا أو ماشيًا يحنث، لأنه قد صرف عن حقيقته إلى جهة المجاز وهو الدخول، ثم اليمين تناولت الكل بعموم المجاز، كذلك ههنا.

قالوا: وليس يلزم إذا استثنى الإقرار حيث لا يجوز إقراره، لأن التوكيل بالخصومة إنما يصرفه إلى ما يملكه من الجواب إذا لم يصرح بما يمنع صرفه إليه، وهناك قد صَرّح بما يمنع صرفه إليه، لأنه لما استثنى الإقرار لم يبق إلا الإنكار فكأنه صَرّح بالتوكيل بالإنكار فلا يمكن صرفه إلى الجواب بل يقال للوكيل إن جاز لك الإنكار فأنكر وإلا فأخرج نفسك عن الوكالة.

وأمّا هاهنا لم يصرح بما يمنع صرف اللفظ إلى المجاز فصرفنا حتى يكون توكيله المطلق [١٣٦/أ] مصادقًا فإما يجوز من كل وجهٍ، وأمّا هناك فهو توكيل مقيد فيجوز أن يحكم بصحته من وجهٍ لا من وجهٍ.

قالوا: ونظير ما قلنا العبد بين شريكين إذا باع أحدهما نصيبه ينصرف

إلى نصيبه ليكون تصرفه فيما يجوز، ولو باع نصفه من النصيبين أو باع نصيب صاحبه لم يجز[1]، لأنه قد صرح بما يمنع صرفه إلى نصيبه خاصة، كذلك ههنا.

قالوا: وليس يلزم إذا أقر في غير مجلس الحكم حيث لا يجوز، لأنا إنما جوّزنا إقراره؛ لأنه جواب الخصومة فيقيد بمجلس الخصومة وهو مجلس القاضي، فأما الموكل فإنما جوزنا إقراره، لأنه جواب الخصم لكن بأصل حريته ومالكيته فلم يتقيد بمكانٍ دون مكانٍ.

قالوا: وليس يلزم الصلح والإبراء، لأنه ليس بجواب الخصم بل هو عقد مبتدأ، ألا ترى أن القاضي يطالب منه الجواب بالتصديق أو التكذيب، ولا يطالب منه الصلح ولا الإبراء.

قالوا: ولا يلزم الأب والوصي إذا أقر على الصبي لأن ذلك جواب الخصم غير أنه لا يملكه، لأن الله تعالى قيّد تصرفهما بشرط الأحسن لليتيم، وليس الأحسن لليتيم أن يقر عليه.

فإن قلتم أنه أحسن له في الآخرة، بلى، ولكن أمر الآخرة قد وضع عنه لصغره إلى أن يبلغ ثوابًا وعقابًا فاعتبر الأحسن في الدنيا خاصة، وقد بينّا أنه ليس من الأحسن في أمر الدنيا أن يقر عليه بما لا يعرف وجوبه[2].

قالوا: وليس يلزم الوكيل بالخصومة في القصاص وحد القذف، لأنه قام دليل على المنع من الإقرار وهو أن الثابت به ما يندرئ بالشبهات، ونحن

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٦١/ب (مراد ملا).

(٢) الأسرار: ٢/١٦٢/أ (مراد ملا).

إنما صرفنا اللفظ إلى الجواب على طريق المجاز، فلا يخلو عن نوع شبهة، هذا كله في جانب المدعى عليه[1].

قالوا: وأمّا المدعي إذا وكّل بالخصومة فهو يملك الإقرار أيضًا بعد الشروع في الدعوى بأن ادّعى المدعى عليه إبراء المدعي أو استيفائه فصدّقه الوكيل صح ذلك.

وأمّا إذا أقر ابتداءً على موكله ببطلانه في دعواه اختلفوا فيه:

- فقال بعضهم[2]: يملك ويصير التوكيل بالخصومة توكيلًا بتبين الحق وإظهاره مجازًا على ما سبق فربما يكون الحق هو قَبلَه[3] الوكيل.

- ومنهم من قال: لا يملك الوكيل أن يعترف على موكله بإبطاله في دعواه ابتداءً، لأنه حينئذ يكون ردًا لأصل الوكالة فلابد من الشروع في الخصومة على ما يقتضيه التوكيل، ثم إن أقر بعد ذلك يجوز[4].

والمسألة في نهاية الإشكال عليهم، وهذا الذي ذكرناه لهم قدر الممكن، وقد تعلق كثير من مشايخهم بسماع البينة، وقالوا: الإقرار معنًى يسقط الخصومة فيملكه الوكيل.

دليله: إقامة البينة وسماعها.

---

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٦١/ب (مراد ملا)، ونقل الإجماع على ذلك.

(٢) وهو قول أبي يوسف، ينظر: مختصر القدوري: ١/٣٩٩.

(٣) كذا في المخطوط ولعل صحة العبارة (هو ما قبله...).

(٤) وهو قول أبي حنيفة ومحمد، ينظر: مختصر القدوري: ١/٣٩٩.

❁ **الجواب:**

قولهم: «إن الإقرار جواب الخصم».

قلنا: بلى، ولكن لا بالخصومة بل بضدها، وهو إنما وكّل بالخصومة فلا يملك بها ضدها.

وأمّا قولهم «إنه توكيل بجواب الخصم على طريق المجاز».

قلنا: لا يجوز العدول إلى المجاز إلا بدليلٍ، فأما دليلهم يقال بطريق المجادلة، وهو وكيل بالخصومة، فإن عرف أن الخصومة جائزة له يفعلها وإلّا يُخرج نفسه عن الوكالة فيترك الموكل جانبًا.

ونظيره إذا استثنى الإقرار، وإذا جعلناه هكذا لا يحتاج إلى صرف اللفظ من الحقيقة إلى المجاز بل هو مقر على الحقيقة.

وقولهم: «إن التوكيل جائز بكل وجهٍ».

قلنا: الوكالة عقد شرعي فيجوز على ما يجوّزه الشرع، والشرع يجوّز الإنكار إذا لم يعرف أن المدعي محق، فأما إذا عرف أن المدعي محق فلا يجوز له الإنكار، فلا يجوز هذا العقد على مكابرة الشرع والعقل، بل يجوز على ما يوافق الشرع وهذه مجادلة حسنة جدًا.

فأما على المفاقهة نقول: عقد الوكالة قد جاز من كل وجهٍ مع تقرير الخصومة على حقيقتها، لأن عقد الوكالة ينبني على زعم الموكل في الشرع.

والدليل عليه: أن المدعي إذا وكّل إنسانًا بالدعوى يجوز له الدعوى من

غير أن يبحث أنه محق أو مبطل بل يدعي بناء على قوله إنه محق في الدعوى، وكذلك إذا وكل المدعى عليه بالإنكار يجوز له الإنكار من غير بحث أنه محق في إنكاره، أو مبطل بل ينكر بناء على قوله «إنه مبطل في دعواه، وإذا ثبت هذا الأصل فقد جاز التوكيل من كل وجه بالخصومة وهي المناكرة ولا تحتاج إلى صرف اللفظ إلى المجاز بوجهٍ ما، بل يترك على حقيقته وأُجرى على ما بينا.

وهذا جواب قطعي لا يأتي عليه اعتراض ثم نقول إن سلمنا لكم على المسامحة أنه وكيل بجواب الخصم فلا يملك الإقرار أيضًا.

ونقول لو [١٣٦/ب] صرّح بالتوكيل بجواب الدعوى لا يملك الإقرار أيضًا، وإنما قلنا ذلك، لأن العرف مُحكّم على المعاملات خصوصًا في الوكالات بدليل إنه لو وكلّ إنسانًا بشراء الفحم في الشتاء ثم جاء الصيف ينعزل. ولو وكل بشراء الجمد في الصيف ثم جاء الشتاء ينعزل، ولا يجوز أن يشتري، وإذا ثبت أن العرف مُحكّم فليس من العرف أن يُوكل ليقر بل العرف أنه يُوكل لينكر، وهذا عُرفٌ عامٌ لا يوجد خلافه بحال، وهذا لأن التوكيل حقيقته استعانة بالغير في تصرف يفعله، وإنما يستعين الإنسان بغيره فيما يعجز عنه، فأما فيما يقدر عليه بنفسه في الحال فلا.

يدل عليه: أنه لو وكّل غيره بالإقرار، وصرّح به يصير مقرًا في الحال، فكيف تصح من الوكيل النيابة في الإقرار، والتوكيل به صريحًا لا يتصور.

وإن قلتم لا يصير مقرًا ما لم يقر الوكيل فمحال، لأن التوكيل بالاعتراف، دليل على الاعتراف، لأنه لا يجوز أن يُوكّل بالاعتراف إلا معترف، وهذا

لأنه ليس بإنشاء تصرفٍ حتى تصح الاستنابة فيه، إنما هو إخبار بواجبٍ عليه، فإذا قال: «أخبر المدعي بوجوب هذا الحق علي» فلابد من الوجوب ليصح الأمر بالإخبار كالرجل يقول: «أخبر فلانًا بأن زيدًا في الدار»، فلابد من كون زيدٍ في الدار حتى يصح الأمر بالإخبار، وإذا ظهر الوجوب بهذا الطريق يصير مقرًا قطعًا، وإذا صار مقرًا لم يصح التوكيل بالإقرار إنما يكون إخبارًا بإقراره لا إقرارًا عليه.

وكذلك نقول في الإنكار، فإنه إذا وكّل بالإنكار يكون منكرًا.

فدل أن الاستنابة في الإقرار والإنكار لا تتحقق أصلًا، وإنما يتحقق التوكيل بالخصومة فحسب إلا أنه مَلَكَ الإنكار، لأنه خصومة، أو لأنه لا تتصور خصومة إلّا معه، والإقرار ليس بخصومةٍ على ما سبق فلا يملكه فجاء مما قلناه كلامان:

أحدهما: أن الإقرار مستثنى عنه عرفًا فصار كالمستثنى صريحًا.

والآخر: أن التوكيل بالإقرار لما لم يتحقق وليس بخصومةٍ لم يملكه الوكيل، والإنكار مَلَكَه، لأنه لا تتصور خصومة إلّا بمناكرة، فَمَلَكَ لهذا، وهذا كلام يصلح الاعتماد عليه ابتداءً.

فإن قالوا: لو أراد أن لا يقر لنهاه صريحًا.

قلنا: قد حصل النهي عنه عُرفًا فاستغنى عن التصريح كمسألة نقد البلد.

والجواب الأول أحسن.

وأمّا تعلقهم بفصل سماع البينة وإقامتها.

قلنا: هو من الخصومة، لأنه إن أقيم عليه البينة فقد حَاجّه صاحبه بحجة مَنْ يخاصم، وإن أقام هو البينة فقد حَاجّ خصمه بحجة مَنْ يخاصم فهذا عين الخصوم، فأما إذا أقر فقد استسلم وانقاد لخصمه فكيف يكون مخاصمًا معه؟ مثل الإنسان يكون مناظرًا مع صاحبه إذا خالفه، فأما إذا وافقه فلا.

وقولهم: «إنه يرفع الخصومة».

قلنا: بل، يُنهي الخصومة، لأنه إذا سمع عليه البينة وأقام هو البينة فقد انتهت الخصومة، والشيء إذا فعله الإنسان إما بنفسه أو نيابة عن غيره فلابد أن يكون له آخِر، وهذا آخِر الخصومة ونهايتها، فأما الإقرار فهو فعل ضد الخصومة بالتوكيل بالخصومة، وهذا لا يجوز بحال. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة):

الوكيل بالبيع لا يملك البيع إلا بثمن المثل وبنقدٍ، ولا يملك بيعه بعَرَضٍ[1].

وعند أبي حنيفة: يملك بما عَزّ وَهَانَ حالًّا وبزمانٍ بأيّ ثمنٍ كان[2].

(١) مختصر المزني: ٩/٣، المهذب: ٤٦٦/١، النكت: ورقة ١٦٥/أ، وبه قال المالكية والحنابلة، قال ابن قدامة: «وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد»، ا. هـ. المغني: ٢٤٧/٧، الإشراف للبغدادي: ٢٨/٢، مختصر القدوري مع الجوهرة: ٣٩٤/١، ٣٩٥، بدائع الصنائع: ٣٤٦٣/٧، المبسوط: ٣٦/١٩.

(٢) مختصر الطحاوي: ١١١، ١١٢، مختصر القدوري مع الجوهرة: ٣٩٤/١، ٣٩٥، المبسوط: ٣٦/١٩، البدائع: ٣٤٦٣/٧، رؤوس المسائل: ٣٣٦.

لنا:

أنه وكيل مخالف، فلا يصح خلافه على موكله.

دليله: إذا وكّل بالبيع فَوَهَبَ.

وإنما قلنا: «إنه مخالف» لأنه وكيل بالبيع وإذا باع بغبنٍ فاحشٍ، فالمفعول بيع من وجهٍ تبرع من وجهٍ فيكون مخالفًا.

وأمّا قولنا: «بيع من وجه» فلا إشكال فيه.

وقولنا: «تبرع من وجه» فالدليل عليه أنه لا يصح البيع بغبن فاحش إلا ممن يملك التبرع، فأما مَنْ لا يملك التبرع وإن مَلَكَ البيع لا يصح بيعه بغبن فاحش، بدليل بيعه بغبن: الأب والوصي والمريض والمكاتب إن سَلّموا، فلما لم يصح البيع بغبن إلا ممن يملك البيع تارة والتبرع أخرى. دل أنه بيع من وجه تبرع من وجهٍ لأن التبرع بذل مال بلا عوض، وهذه الزيادة في البيع بغبن وإن كان بإزاء مال تسمية فليس بإزاء مالٍ حقيقة.

ألا ترى أنه إذا فقدت التسمية وجاء الأمر إلى البدل الشرعي الذي هو مبني على تعديل العوض بالمعوض مالية، فإنه لا تجب هذه الزيادة بحالٍ، فثبت ما قلناه «إنه بيع من وجهٍ تبرع منه» لأنا إن نظرنا إلى التسمية صورة فهو بيع وإن نظرنا إلى الحقيقة فهو بذل مال.

واستدل الأصحاب بفصل العادة وقالوا: العادة محكمة في المعاملات خصوصًا في الوكالات.

أما في المعاملات بدليل أنه لو باع بألف درهم ينصرف إلى نقد البلد

رجوعًا [١٣٧/أ] إلى العُرف والعادة.

وأمّا في الوكالات فقد قالوا: لو وكّل بشراء الطعام ينصرف إلى الحنطة ودقيقها لأجل نحاة العراق.

وقالوا: إن ببغداد يسمى سوق الحنطة سوق الطعام.

ويدل عليه مسألة الفحم والجمد على ما عرف.

وكذلك قالوا: لو دفع دراهم يسيرة إليه ليشتري بها طعامًا ينصرف إلى الخبز فإن دفع دنانير أو دراهم كثيرة ينصرف إلى الحنطة وكان ذلك باعتبار العُرف أيضًا.

وإذا ثبت تحكيم العرف فهو يوجب تقييد الوكالة بثمن المثل فصار كما لو قُيّد لفظًا.

وعندي أن الاعتماد على الطريقة الأولى.

۞ **وأما حجتهم:**

قالوا: وكيل موافق فيجوز فعله على موكله.

دليله: إذا باع بثمن المثل، ودليل الموافقة أنه مأمور بالبيع، والمفعول ههنا بيع، لأنه قال: «بعتُ كذا بكذا».

وإنما يوجد شرعًا ما يفعله بالمعاقدة لفظًا، والذي فعله هو البيع، لأنه تلفظ به فيكون الموجود شرعًا هو البيع أيضًا.

يدل عليه: أن حدّ البيع: مبادلة المال بالمال على ضد وضع التبرع لأنه

بذل مال بلا مال.

وفي مسألتنا وجدت مبادلة المال بالمال بدليل ما ذكرناه من قوله «**بعتُ كذا بكذا**»، وهذا نص في أنه مبادلة مال بمالٍ.

وإذا ثبت هذا فنقول:

تقييد الأمر بثمن المثل وهو مطلق في نفسه تغييره، والتغيير بهذا الوجه، قد بينا أنه نسخ، والنسخ لا يجوز إلا بدليل، وهذا وإن لم يسمّ نسخًا لكنه تغيير الأمر بلا إشكال.

وكما لا يجوز تغيير أمر الله تعالى إلّا بدليل قاطع لا يجوز تغيير أمر العباد أيضًا.

واستدلوا: في أنه بيع من كل وجهٍ بأنه لو حلف أن لا يبيع فباع بهذا الوجه حنث، ولأن البيع له ثلاثة أوصاف يقال: بيع رابح، وخاسر، وعدل، فعلى أيّ وجهٍ كان فهو بيع، ولأن الربح مقصود في التجارة فلا يجوز أن يصار إلى أن الربح المقصود إذا حصل يخرج العقد عن كونه بيعًا ويصير شيئًا آخر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه إذا باع بغبن فاحش يعتبر خروج الزيادة من الثلث دل أنه تبرع، لأنا لم نعتبر خروجها من الثلث لأنه تبرع، لكن لأجل إدخال الضرر على الورثة ببيعه، وهو ممنوع من إدخال الضرر على الورثة سواء كان ذلك الضرر بتبرعٍ أو بيعٍ.

قالوا: وأمّا قولكم: «إنه لا يصح البيع بغبنٍ فاحشٍ إلا ممن يصح منه

التبرع»، ليس كذلك، فإن المكاتب والعبد المأذون والصبي المأذون يصح منهم البيع بغبنٍ فاحش ولا يصح منهم التبرع.

فأما الأب والوصي فإنما لم يجز منهما ذلك لا لأجل أنهما لا يملكان التبرع، بل، لأن تصرفهما مقيد بشرط الأحسن بنص الكتاب، وليس من الأحسن أن يؤمر بالبيع فيبيع بالغبن.

وأمّا المريض لا يملك البيع بالغبن، لا لأنه لا يملك التبرع لكن لأنه تصرف تصرفًا أدخل به الضرر على الورثة، وهو ممنوع من تصرفٍ يضر بالورثة سواء كان بالتبرع أو لا بالتبرع(١).

قالوا: والدليل على أن المريض إذا باع بالغبن فهو بائع وليس بمتبرعٍ أن المشتري يقال له: إما أن يُوفِّر الثمن الذي هو ثمن المثل أو يفسخ البيع، ولو كان تبرعًا لم يكن سبيل إلى الفسخ.

واعترضوا على قولنا: «إنه يقيد الأمر بثمن المثل بالعُرف».

قالوا: لو تقيد به في الوكالة لتقيد به في الثمن، وبالإجماع لو حلف ألا يبيع فباع على هذا الوجه يحنث(٢)، وهذا لأنه إنما لم يتعارف هذا البيع استعمالًا، فأما اسمًا فهو متعارف، لأن كل الناس يسمونه بيعًا ويعرفونه بيعًا، وإذا عُرِفَ بيعًا دخل تحت الأمر وإن لم يعرف استعمالًا.

ألا ترى أنه لو حلف أن لا يأكل لحمًا فأكل لحم الآدمي أو لحم ميت

---

(١) كذا في المخطوط، ولعل صحته: أو لم يكن بالتبرع.

(٢) لم أجده في مظانه.

يحنث، لأنه يسمى لحمًا عرفًا وإن لم يكن كسائر اللحوم في الأكل استعمالًا.

قالوا: وإذا ثبت أنه يسمى بيعًا عرفًا فلابد من دخوله تحت الأمر بالبيع ولا ينظر: إلى فقد الاستعمال، كما لو حلف أن لا يبيع فباع بغبنٍ يحنث، وينظر: إلى دخوله في اسم البيع عرفًا وإن فقد استعمالًا، وهذا لأن في العمومات يعتبر اللفظ وشموله للمسميات، لأن اللفظ هو الذي ينظمها.

فأما تعارف الاستعمال فلا معنى لاعتباره، لأنه سواء يجري التعارف باستعماله أو لم يجر، فإذا استعمل يصح لدخوله تحت اللفظ، كما لو نص.

قالوا: وأمّا مسألة نقد البلد:

فعندنا: إنما انصرف الثمن المطلق إليه لأجل تصحيح العقد غير إنه صار أولى من سائر النقود لأجل غلبة الاستعمال فلم يكن الصرف إلى نقد البلد بمجرد العرف.

قالوا: وكذلك إذا وكلّ بالبيع بألفٍ يتصرف إلى نقد البلد لأجل تصحيح الوكالة.

وأمّا في مسألتنا فالبيع بكل قدرٍ صحيح، والاسم متناول للكل على وجهٍ واحدٍ.

وإنما الخلاف في الاستعمال، والمعتبر عموم [١٣٧/ب] الاسم بدليل مسألة الحلف فإنه ينظر: فيه إلى عموم الاسم ولم ينظر: فيه إلى الاستعمال.

وهذا هو الإشكال على هذه الطريقة.

قالوا: وأمّا مسألة الوكيل يشري الطعام، فإنما انصرف إلى الحنطة ودقيقها لأجل أن الاسم في العرف لا يتناول غيره.

ومسألة الفحم والجمد منعوا على قول أبي حنيفة.

قالوا: وليس كما لو وكّل بالشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل حيث لا يجوز، لأنا إنما نسلم في العبد المطلق الذي يمكن شراؤه لنفسه، وأمّا إذا كان معينًا ولا يمكنه شراؤه لنفسه فإنه يجوز على موكله بكل حال، وفي العبد المطلق إنما لم يجز لا لعدم دخوله تحت الاسم بل لأجل أنه متهم في هذا الشراء، والوكيل أمين وموضع التهمة لا يتناوله عقد الأمانة.

وبيان التهمة: أنه يجوز أن يكون اشتراه لنفسه فلما نظر وارتاب ولم يقع بموافقته أظهر أنه اشتراه لموكله وهذا لا يوجد في البيع فجاز فعله على موكله كيف باع.

وخرجوا على ما قلنا إذا باع من أبيه وأمه حيث لا يجوز عند أبي حنيفة، لأنه متهم في البيع منهما، وقد بيّنا أن الوكالة أمانة فتخرج من موضع الخيانة من عقد الأمانة.

وأمّا في مسألتنا فلا تهمة في البيع من الأجنبي سواء باع بثمن المثل أو أقل أو أكثر، واللفظ قد يتناول الجميع على وجه واحد على ما سبق فوجب أن يجوز بيعه بكل حال.

قالوا: وإذا ثبت هذا الحكم وهو جواز البيع من الوكيل بما عزّ وَهَانَ أيضًا بنقدٍ وبزمانٍ، لأن الكل بيع وهو متعارف أيضًا وهو بيع من كل وجهٍ

أيضًا، وكذا جاز بأيّ ثمن كان، لأن العقد فيما يرجع إلى ما يخرجه عن ملكه بيع، وإنما هو شراء فيما يرجع إلى العوض الذي يقابله.

والمعتبر عموم الاسم فيما أضيف إليه اسم البيع وهو الذي يخرجه عن ملكه، فأما الذي يدخله في ملكه فهو بمنزلة التبع لهذا.

الجواب:

قولهم: «إنه وكيل موافق».

قد دللنا على أنه مخالف في حجتنا، والمعتمد في بيان الخلاف أنه مأمور بالبيع من كل وجهٍ، والمفعول بيع من وجهٍ تبرع من وجهٍ.

فأما قولهم: «إنه قال: بعتُ كذا بكذا، وقولهم: «إن حدّ البيع مبادلة المال بالمال، وقد وجد بقوله: بعتُك كذا بكذا».

قلنا: هذا كله بيان وجود البيع تسمية وصورة، ونحن لا ننكر أنه بيع تسمية، ولكنه تبرع حقيقة بدليل ما بينا، وصورة ما قلنا: إنه إذا باع عبدًا يساوي ألفًا بخمسمائة فهي في نصف العبد متبرع حقيقة، وإن كان بائعًا تسمية، فأما في النصف الآخر بائع حقيقة، وتسمية، وإنما قلنا ذلك، لأن البيع عقد مبادلة بمال فكما ينظر: إلى أصل المال ينظر: إلى قدر المال، لأن الكل مقصود مطلوب.

ولهذا اعتبر إعلام قدره بالإشارة في بيع العين أو الخبر في بيع الوصف.

وإذا عرف هذا فعند النظر إلى أصل المال يكون مبادلة المال بالمال

وعند النظر إلى قدر المال يكون نصف العبد مالًا بمالٍ، فأما النصف الآخر يكون مبذولًا بلا مالٍ فثبت بهذا التقدير ما ادّعيناه قطعًا.

وأمّا قولهم: «إن البيع له ثلاثة أوصاف».

قلنا: البيع من كل وجهٍ له وصف واحد، وقد سبق الدليل عليه، ولا يحصلون في هذا إلا على مجرد الدعوى.

وأمّا قولهم: «إن المقصود من البياعات طلب الربح».

قلنا: بل، المقصود الذي وضع له العقد في الشرع هو تحصيل شيء بشيء، وإن شئت قلت المقصود من الشراء تحصيل الوصول إلى الأعيان، والمقصود من البيع الوصول إلى الأثمان، فأما الربح فإنما يوصل إليه بأسبابٍ وَحِيلٍ على ما يعرف في المعاملات، ولا نقول إن أصل العقد شرع لأجله، لكن شرع لما بينا غير أنه يتوصل إلى الربح بطريق زائد.

وأمّا المسألة التي تعلقوا بها وهي مسألة الحلف على ترك البيع، فهي مسألة مشكلة على طريقة مَنْ يستدل بالعُرف، خارجة على هذه الطريقة التي اعتمدنا عليها، لأنا قلنا بيع من وجهٍ تبرع من وجهٍ فحنث لوجود البيع وإن كان تبرعًا من وجه، ولهذا نقول أيضًا إنه لو حلف أن لا يتبرع على فلانٍ بشيء ثم باع منه بالمحاباة يحنث لوجود التبرع من وجهٍ.

وعلى الجملة نقول: هو بائع متبرع فحنث في كلا اليمينين وحين وصلنا إلى هذا الموضع فقد استمرت الطريقة، وخرّج عليها ما ذكروا من الأَسولة.

وعلى هذا لو باع نسيئاً لا يجوز، لأنه مبادلة مال بمالٍ من وجهٍ وإسقاط

من وجهٍ على ما عرف أن التأخير أخو(١) الإسقاط.

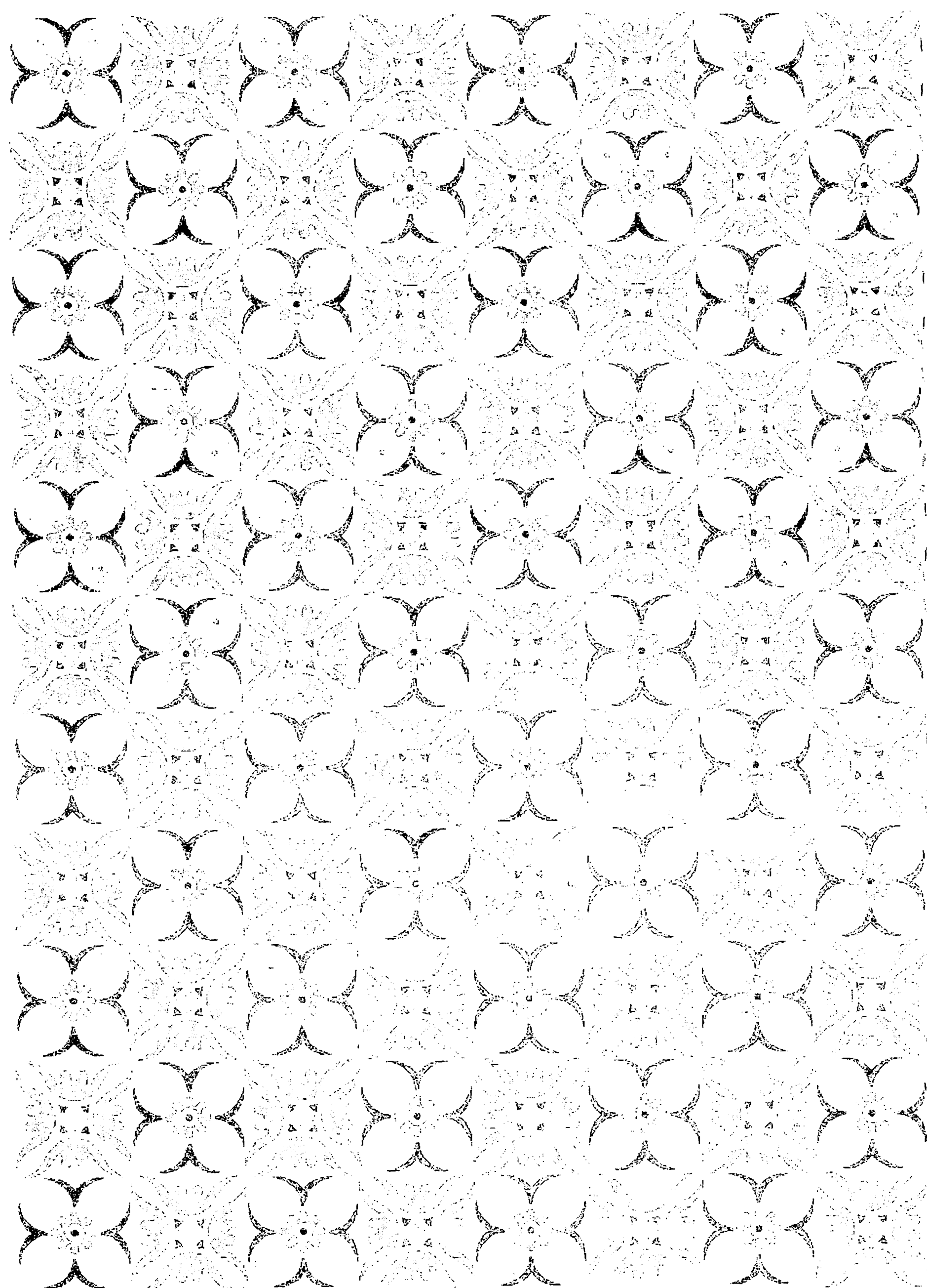
ولهذا لو شهد الشهود بالتأجيل في الدين ثم رجعوا ضمنوا. وعلى هذا فإذا باع بعرضٍ لا يجوز، لأنه أمره ببيعٍ من كل وجه وإذا باع بعرض [١٣٨/أ] فهو بيع من وجهٍ شراء من وجهٍ، فإن البيع مبادلة مال بمال، فإن نظرنا إلى هذا العرض فهو بيع، وإن نظرنا إلى العرض الثاني فهو شراء، فلما اختلف على هذا الوجه لم يجز.

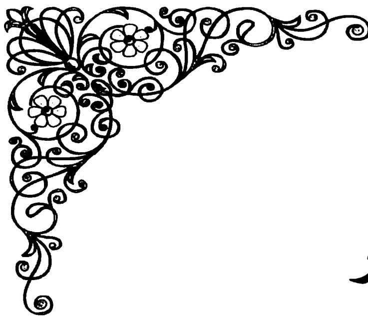
وأمّا الذي اعتذروا عن فصل الشراء من ذكر التهمة، فقد يوجد مثله في البيع من مُواضَعة بإعطاء رشوة أو بيع شيء آخر منه بمحاباة في مقابلته، فينبغي إلّا يجوز أيضًا.

والاعتماد على ما سبق، والله أعلم.



(١) في المخطوط: أخ.






كِتَابُ الإقرار

※ (مَسْألَة):

دين الصحة لا يقدم على دين المرض عندنا(١).

وعندهم: يقدم(٢).

❉ لنا:

أن دين المريض مثل دين الصحة في الوجوب فلا يقدم عليه قياسًا على دين الصحة أو دينًا لمريضٍ فإنه لما لم يكن لأحدهما مزية على الآخر في الوجوب فَلِمَ يقدم عليه؟.

وإنما قلنا: «إنه مثله في الوجوب»؛ لأن الوجوب يظهر بقوله في ذمته،

---

(١) مختصر المزني: ٣/١٣ مع الأم، المهذب: ٢/٤٤٠، النكت: ورقة ٣٠٨/ب، المنهاج مع المغني: ٢/٢٤٠، نهاية المحتاج: ٥/٧٠.
وقال في المهذب: «قُسِمَ بينهما على قدر الدينين...». ا. هـ.
وهو قول مالك وأحمد، قال ابن قدامة في المغني: «وبه قال: مالك، والشافعي، وأبو ثور، وظاهر كلام الخرقي أنهما سواء وهو اختيار التميمي...»، ا. هـ: ٧/٣٣٢، الإشراف للبغدادي: ٢/٣٥.

(٢) الأسرار: ٢/١٩٤/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٨٦، مختصر القدوري: ١/٣٣٠ مع الجوهرة، المبسوط: ١٨/٢٦، رؤوس المسائل: ٣٤٠.
قال أبو الخطاب من الحنابلة: «لا يحاص غرماء الصحة، قال القاضي: وهو قياس المذهب: لنص أحمد في الفلس»، إنه إذا أقر وعليه دين ببينةٍ يبدأ بالدين الذي بالبينة وبهذا قال: النخعي، والثوري، وأصحاب الرأي»، ا. هـ. المغني: ٧/٣٣٢.

وقوله مثل قول الصحيح فيما هو سبب الوجوب فيكون قوله مثل قول الصحيح فيما هو إظهار الوجوب.

وبيان ذلك في المعاملات والمناكحات وأسباب الغرامات أجمع فإن هذه الأشياء يستوي فيها الأصحاء والمرضى، ولا مزية لصحيحٍ فيها على مريضٍ، وكذلك ذمة المريض مثل ذمة الصحيح، لأنها محل الوجوب فإذا استوى الصحيح والمريض في أسباب الوجوب فلابد أن يستويا في محل الوجوب.

يبينه: أن الذمة عبارة في اللغة: عن العهد[1].

وفي الشرع: عبارة عن محل الإلزام، والالتزام.

وعهد المريض مثل عهد الصحيح، وهو في الإلزام الشرعي والتزامه مثل الصحيح أيضًا، فتبين بما قلنا أن الدينين استويا في الوجوب والقضاء يتبع الوجوب فإذا استويا في الوجوب استويا في القضاء، ولم يجز أن يقدم أحدهما على الآخر في القضاء.

۞ وأما حجتهم:

«قالوا: المريض محجور عن الإقرار بالدين لدين الصحة فلا ينفذ في حقه كَمَنْ رهن مالًا أو أجّره ثم أقر به لإنسان فإنه لا ينفذ في حق المرتهن والمستأجر، وإنما قلنا ذلك لأن حق الغريم في الصحة يتعلق بماله من حيث الاستيفاء عنه عند موته مستندًا إلى أول زمان المرض فيصير إقرار المريض

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه: ٣١٨.

مصادفًا حقه، لأنه إذا وجب تعلق بماله كما يتعلق الأول فيصير محجورًا عن الإقرار بحق الأول، كما لو رهن عين ماله ثم أقرّ به لإنسان، وهذا لأن الإقرار خبر وهو يحتمل الصدق والكذب، والكذب لا يكون حجة وهو غير مصدقٍ إلا على نفسه، لأنه لا ولاية له على غيره حتى يصدق عليه، فبقي إقراره كذبًا في حق الأول فلا يصدق عليه إلا أن يصدقه على نفسه كالأصل الذي بينّاه.

ثم الدليل على تعلق حق الغريم بماله عند الموت مستندًا إلى أول مرضه إجماعهم على أنه لو وهب شيئًا من ماله في مرضه ثم مات وعليه دين مستغرق بطلت الهبة مع ملك الموهوب له الموهوب حتى لو كانت جارية يحل له وطؤها، ولولا أن حق الغريم تعلق بماله واستند إلى أول مرضه لم يبطل، لأنه ليس هاهنا حق ثالث حتى يبطل بحقه»[1].

[ألا ترى أن الهبة لو كانت في حال الصحة لم تبطل، وهذا لأن الموت سبب لوجوب المال لغيره على الترتيب:

الدين، ثم الوصية، ثم الميراث، وسبب الموت المرض فإذا وجد الموت ووجب الحق استند الوجوب إلى أول السبب، كالزكاة إذا وجبت عند حَولان الحول يستند إلى أول ملك النصاب، ولهذا صح الإخراج، وكذلك إذا جرح إنسانًا ومات استند وجوب الكفارة إلى أول الجرح، ولهذا صح إخراج الكفارة بعد الجرح.

وكذلك على أصلكم الكفارة في اليمين يستند وجوبها إلى اليمين.

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٩٤/ب (مراد ملا).

والدليل على الاستناد في هذه المواضع أن إخراج الواجب وأداءه لا يتصور إلا بعد الوجوب، فلولا أن الوجوب يستند إلى هذه الأسباب وإلا لم يجز أداء هذه الواجبات عند وجود هذه الأسباب، وكذلك إذا اشترى جارية على أن البائع بالخيار فولدت أو اكتسبت كسبًا ثم أجاز البيع يستند الملك إلى أول البيع حتى يملك الولد والكسب، كذلك في مسألتنا يكون الحكم مثله في هذه المواضع](١).

والحرف: أنه إذا استند حق الغرماء إلى أول المرض ثبت حقهم [١٣٨/ب] في ماله ثبوتًا لازمًا فيمتنع عليه تصرفه المبطل لحقهم مثل الرهن سواء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن هبته إنما لم تجز نظرًا من الشرع له حتى يبقى ماله فيصرفه إلى أولى الحقين وهو قضاء الدين، لأن هذا النظر لو ثبت في حالة المرض لثبت في حالة الصحة، ألا ترى أن في الموضعين هو مأمور من حيث الندب أن يصرف ماله إلى قضاء الدين ويقدمه على التبرعات فلما لم يثبت هذا الحجر نظرًا في حالة الصحة لا يثبت في حال المرض.

ولا يلزمنا مثل هذا لأنا إنما أثبتنا ما ادّعيناه بإسناد الحق إلى سببه والمرض سبب الموت، أما قبل المرض لا سبب لموته حتى يستند إليه.

يدل عليه: أن الحجر الذي قلتم لو ثبت لثبت لأمر من أمور الآخرة حتى يلقى الله تعالى فارغ الذمة، ونحن لا نرى الحجر لمثل هذا الحق مثالًا في الشرع، ونجد الحجر للآدمي مثالًا، بدليل مسألة الرهن والإجارة، وهذا لأن الحجر في الشرع إنما يكون لحق الغير أو لنقصان في العقل مثل الصبي،

---

(١) ينظر: الأسرار: ٢/١٩٤/ب (مراد ملا).

فأما نظرًا ليتوفر عليه ثواب الآخرة فلا يعرف له أصل.

ألا ترى أن البيع وقت النداء لما كان منهيًا عنه لأمر من أمور الآخرة لم يثبت الحجر عنه حتى لو فعله جاز، وكذلك الإسراف في إنفاق المال لما كان منهيًا لأمر من أمور الآخرة لم يثبت الحجر عليه فيه حتى لو فعله نفذ»[(١)].

يدل عليه: أن الشرع قد نظر له بأن جمع له الحرية والعقل والبلوغ ودله على أرشد الأمور وأولاها فإذا ترك النظر لنفسه لا يجب ابتداءً نظر من قبل الشرع بل يؤخر إلى الآخرة.

وأمّا الحجر لحق الغير ثابت بكل حال لما بينّا أنه لا ولاية له على الغير حتى يبطل حقه فبطل تصرفه ولم يبطل حق الغير.

قالوا: ولا يلزم على ما قلنا إذا أقر بدينٍ في المرض ثم أقر بدينٍ حيث يستويان، لأنا ذكرنا أن حق الغريم يثبت عند الموت ثم يستند، والمريض يصير محجورًا لحق الدين من أول مرضه وإن ثبت بعده، فإنه لو وهب ثم أقر بدين مستغرقٍ أو لحقه الدين بسبب معاين ثم مات بطلت الهبة، كما لو أقر بدين ثم وهب، وإذا كان الحجر علة لا يترتب بترتب وجوب الدين بل يستند الجميع إلى أول المرض ثبت الحجر عن الأول بالثاني، كما ثبت عن الثاني بالأول فاستويا حكمًا وصار كأنه أقر بهما جملة، وهذا لأن الإسناد إلى أثناء زمان السبب لا يمكن، وإنما يستند إلى أول السبب وإذا أسندنا إلى ذلك الزمان استوى الدَّينان بخلاف مسألتنا، فإن الحجر عن دين الصحة بدين المرض غير متصورٍ، والحجر عن دين المرض بدين الصحة قد صورناه بتقدمه

(١) ينظر: الأسرار مع بعض التصرف: ٢/١٩٥/أ (مراد ملا).

ووجوده في أول زمان المرض دون دين المرض.

قالوا: ولهذا نقول لو لزمه دين في مرضه بسبب معاين من استقراضٍ أو شركةٍ أو مهرٍ امرأة أو استهلاكٍ يكون هذا أولى من الثابت بالإقرار، وإن سبق عليه زمانًا بعد أن يكون في المرض، لأن الحجر به يثبت من أول مرضه ويساوي هذا الدين ما يثبت في حال الصحة، لأن الحجر لا يثبت في هذه الأسباب.

(فإن الاستقراض والبيع لا يُبطل من حق الغريم شيئًا، لأنه أدخل في ملكه مثل ما أخرجه.

وأمّا الاستهلاك فلا يتصور فيه الحجر، لأنه أمر حسي صحته بوجوده.

وأمّا النكاح فهو من خواص حوائجه، وحقهم أيضًا يثبت فيما يفضل من حوائجه بدليل حوائج المعيشة وحاجة الكفن، فإن قلتم لو تزوج وهو لا يحتاج إليه يقدم المهر الواجب به.

أيضًا نقول لكم: إن النكاح في الموضع لمصالح المعيشة فيعتبر الوضع ولا يعتبر الأحوال)[1].

وهذه الطريقة قد انتهت إلى هذا الموضع وهو معتمدهم، وربما عبّروا عن هذا وقالوا: حق الغريم إنما يتعلق بماله بعد موت المقر لخراب ذمته وسببه المرض فيستند إليه حكم الخراب كما يستند حكم الموت بالجرح إلى ابتداء الجرح.

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/١٩٥/أ (مراد ملا) مع بعض التصرف في العبارة.

طريقة أخرى لهم في هذه المسألة قالوا:

متهم في خبره فلا يحمل خبره على الصدق.

دليله: إذا شهد لنفسه أو لولده، وهذا لأنه إذا لم يثبت الخبر للتهمة نفي إيجابًا ابتداءً فصار عبارة عن الهبة فلا يصح مع الدين.

[وإنما قلنا: «متهم في خبره» لأنه بالمرض صار محجورًا عليه عن الهبة إذا كان عليه دين فاتُّهم أنه لما لم يملك أن يهب له شيئًا وهذه حالة تتقيد إرادته في حياته لقربه من فوات حياته مَالَ إلى الإخبار لينفذ، وإذا صار متهمًا من هذا الوجه لم ينفذ إقراره إلّا بدليل يدل على زوال التهمة وهو أن يكون مالكًا للهبة حتى لا يكون متهمًا بالعدول إليه عن الهبة][1].

يدل عليه: أن الإقرار إخبار وأنه يحتمل الصدق والكذب، ولهذا لا يكون حجة على غيره إلا في موضعٍ معلومٍ بشرائط مخصوصة وإنما [١٣٩/أ] صار الإقرار حجة على المقر مع الاحتمال لملكه ابتداءً الهبة بمثل ما يقرّ به.

وهذا لأن الظاهر من العاقل أنه لا يكذب فيما يجده بالصدق.

ولهذا المعنى قلنا: إن الوكيل بالبيع يملك الإقرار بالبيع قبل العزل؛ لأنه يملك إنشاء مثله فزالت التهمة عن خبره، ولا يملك بعد العزل، لأنه لا يملك إنشاء مثله فصار متهمًا فلم يقبل خبره.

قالوا: وليس يلزم على هذه الطريقة إذا أقر بجميع ماله لأجنبي حيث يجوز، لأنه يجوز أولًا في ثلث ماله، لأنه يملك هبته ثم إذا صح إقراره في

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١٩٥/٢/ب (مراد ملا).

الثلث صار الثابت به كالثابت بالبينة، ولو ثبت بالبينة ملك هبة ثلث ما تبقى، لأنه يظهر أن ملكه ذلك القدر ثم يصح الإقرار في ثلث ما تبقى وزالت التهمة لملك الهبة، وصار بمنزلة الثابت بالبينة وجعل كأن ماله الباقي، ثم يصح إقراره بالثلث هكذا يدور حتى لا يبقى شيء، فإنما جوزنا بهذا الطريق.

فأما إذا كان عليه دين مستغرق لا يملك هبة شيء من ماله بوجهٍ ما.

وكذلك إذا كان غير مستغرق لا يملك الهبة بقدر الدين بوجهٍ فلا يملك الإقرار أيضًا إلا بقدر ما يملك فيه الهبة.

۞ **الجواب:**

أما الطريقة الأولى فدعوى الحجر دعوى باطلة، ولا يصح الحجر عن الإقرار بوجهٍ ما، بعد أن يكون جائز التصرف، لما بينا أنه إظهار الواجب، فإذا لم يحجر عن ابتداء سبب الواجب لا يحجر عن إظهار الواجب.

فأما قولهم: «إن حق الغرماء يتعلق بماله عند موته مستندًا إلى ابتداء المرض» فالجواب عنه من طريقين:

أحدهما: أنا لا نسلم تعلق الدين بالمال بوجهٍ ما، لأنه لو تعلق بالمال في حالة المرض لتعلق في حالة الصحة، وهذا لأن تعلق الديون بأعيان الأموال لا يعقل إلّا على طريق الوثيقة للاستيفاء، والوثيقة لا تثبت إلّا بعقدوثيقة من قبل المالك مثل ما يرهن ماله من صاحب الدين وحكمه معلوم في الشرع، فأما ثبوت الوثيقة بمجرد وجوب الدين من غير عقدٍ فلا يعرف، وأيضًا لو صار الوثيقة لمنع من التصرف في أمواله كما يمنع الراهن من التصرف في الرهن.

وإن قلتم: ليس التعلق تعلق وثيقة لكنه تعلق استيفاء فأثبتوا في حالة الصحة، لأن استيفاء الديون بالأعيان بكل حالٍ فلا معنىً لتخصيص التعلق بحال دون حال.

وعلى هذا نقول: إن حق الغرماء لا يتعلق بأمواله بعد الموت أيضًا، بل هي باقية في ذمة الميت على ما كان.

ونقول إن ذمة الميت مثل ذمة الحي حكمًا وذمة المريض مثل ذمة الصحيح حقيقة وحكمًا.

وقولهم: «إن ذمته تخرب بموته».

لا نسلم ذلك، وخراب الذمة لا يعرف، ولا الإشراف على الخراب، وقد دللنا على ذلك في مسألة الكفالة عن الميت المفلس.

وإن قلنا تتعلق الديون بالتركة بعد الموت فالإسناد لا وجه له، لأنهم سلموا أن التعلق يكون بعد الموت ثم يستند، والثابت في زمان لا يستند إلى زمان قبله إلّا بضرورة مثل ما يستند الملك إلى حالة الحياة إذا نَصَبَ رجلٌ شبكةً ثم مات، ثم تعقل بها صيد، ويستند الضمان إلى حال الحياة إذا حَفَرَ رجلٌ بئرًا ثم مات، ثم وقع فيها إنسان فَهَلَكَ، لأن هاهنا ضرورة، فأما في مسألتنا لا ضرورة في الإسناد، فلأيّ معنى يستند؟.

وقولهم: «إن المرض سبب الموت».

قلنا: بأن كان المرض سبب الموت لم يستند، وهذا لأن تراخي الحكم عن السبب جائز، بل الفرق بين العلة والسبب هذا، وهو أن المعلول لا يتراخى

عن العلة، والمسبَّب يتراخى عن السبب وإذا جاز التراخي فلم يثبت الإسناد.

وأمّا المسائل فلا نقول في شيء من تلك المسائل إن الحكم يستند إلى وقت السبب، وأمّا جواز الإخراج كان بمجرد وجود السبب.

وقولهم: «كيف يجوز الأداء بلا وجوب».

قلنا: قد يجوز الأداء بلا وجوب بالإجماع[1]، فإن عندهم إنما يستند الوجوب إلى هذه الأسباب بعد وجود الموت وحؤول الحول، وقد جاز الأداء من قبل ولم يقترن به وجوب، فإذا جاز على أصلهم أن يؤدي الواجب وإن لم يكن وجوب في الحال وإنما الوجوب والإسناد من بعد جاز عندنا أيضًا أن يؤدي لأجل وجود السبب، وإن كان الوجوب يتراخى من غير إسناد.

ومسألة البيع بشرط الخيار على أصولهم فإن الأصح على المذهب أن الخيار لا يمنع ملك المشتري كيف ما يضرب الخيار.

وأمّا تعلقهم: «بالتبرع».

قلنا: إنما منع من التبرع نظرًا من الشرع ليبقى ماله فيصرفه إلى أولى الوجهين وأنفعهما له، فإذا جاز ثبوت النظر بحق الغير جاز أيضًا في حقه وإلى هذا أشار[2] عليه السلام حين قال لسعد: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من [١٣٩/ب] أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[3].

---

(١) لم أجده في مظانه.

(٢) في المخطوط: أشاره.

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٣٦٣ مع الفتح، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس، ومسلم في صحيحه ١١/٧٧، ٧٦ مع النووى كتاب الوصية بالوصية بالثلث.

وإنما أراد ﷺ بمنعه من التبرع بقاء ماله له ليكون مصروفًا إلى أولى الوجهين وأنفعهما له، وهو نفع أقاربه وورثته، كذلك ههنا.

يبينه: أن في حال الصحة هو مندوب بترك التبرع وإيثار قضاء الدين غير أنه لم يمنع من التبرع، لأنه لم يشرف على فوت قضاء الدين لجواز أن يكتسب فيجمع بين قضاء الدين والتبرع فإذا مرض فيخاف فوات قضاء الدين، لأنه عاجز عن التكسب بمرضه مشرف على الهلاك فيتعذر الجمع بين قضاء الدين والتبرع فجاء الشرع بمنعه من التبرع ليكون ماله مصروفًا إلى أولى الوجهين.

وأمّا قولهم: «إن الشرع قد نظر له بإعطائه الحرية والبلوغ والعقل».

قلنا: مع هذا لا ينسد باب النظر من الشرع، لأن الآدمي غير مستغنٍ[1] بنظر الأول عن نظره الثاني والثالث.

وقولهم: «ليس الحجر لحقه مثال له».

قلنا: الحكم للدليل لا للمثال، وعلى أن مثاله موجود في الصبي بالإجماع[2]، والسفيه على أصلنا هذا جواب.

۞ **الجواب الثاني**: أنا إن سلمنا أن المرض يوجب الحجر بالطريق الذي قالوه، لكنه في التبرع على الخصوص، وأمّا في الإقرار فلا، لأن الواجب بالإقرار دين معاملة، فأنا إنما نقبل إقراره حملًا لإقراره على أنه أخبر بدين واجب عليه من قبل بسبب معاملةٍ أو إتلافٍ أو نكاحٍ، وما أشبهها ولولا

(١) في المخطوط: مستغنى.
(٢) أي الحجر على الصبي والسفيه ليس لحقه. ينظر: المغني ٦/٥٩٣

الحمل على هذا الوجه لم نقبل إقراره، لأن التبرع بالإقرار باطل.

ألا ترى أن المقر له إذا علم أنه لا حق له قِبَل المقر لا يجوز له أن يأخذ شيئًا، وإذا ثبت أنه لا حجر في المعاملة فلا حجر في دين المعاملة.

فإن قالوا: فَلِمَ حُجر عن التبرع في المرض؟.

قلنا: لا يلزمنا بيان المعنى، إنما عليك دليل ثبوت الحجر في الإقرار وبيان المشابهة بين التبرع والإقرار معنىً حتى إذا حجر عن أحدهما حجر عن الآخر، وَلَا مشابهة، وهذا جواب وجيز معتمد.

وأمّا التعلق بدين المرض، فصحيح، والذي قالوا: أن ما يثبت في المرض لا يترتب بعضه على بعض، فهو باطل على أصولهم، بما لو أقر بوديعةٍ ثم بدين تقدم الوديعة على الدين عندهم، ولو أقر بدين ثم بوديعةٍ يستويان.

وكذلك قالوا: إذا حابى في مرض موته ثم أعتق تقدم المحاباة وإذا أعتق ثم حابى يستويان.

فإن قيل: قد بينا أن حق الغريم يثبت عند الموت ثم يستند إلى أول المرض فيما هو مال المريض، ولما أقر بالوديعة من قبل ولا دين صدّق في إقراره، ويتبين أن الوديعة لم تكن ماله فلم يثبت فيه حق الغريم، كما لو استحق عليه ببينةٍ، بخلاف ما لو أقر بدين ثم بدين؛ لأن المال ماله بعد الإقرار فاستند حق الثاني كما استند حق الأول فاستويا بخلاف ما إذا أقر بالدين أولًا، ثم أقر بالوديعة، لأنه أقر بالوديعة، وهناك غريمٌ وحقٌّ ثابتٌ، وهو بعرض أن يثبت في ماله ويستند إلى حال الإقرار بالوديعة فوقف صحة

الإقرار على الخلو عن ذلك الحق.

وأمّا إذا أقر بالوديعة ولا دين فيصح الإقرار بالوديعة غير موقوف لعدم سبب الوقف، فإذا أقر بدين وأراد أن يبطله لم يصح في حق الوديعة.

۞ **والجواب:**

أن هذا ليس بشيء، لأنهم إذا سلموا أنه لا حق له في المال في حال الإقرار بالوديعة فوجب أن يصح الإقرار بها، ولا يقف الإقرار على شيء، وإذا صح الإقرار بالإقرار ظهر ملكه وراء ذلك وأشبه الإقرار بالوديعة قبل الدين، ولا يصح قولهم: «إن الإقرار بالوديعة موقوف»، لأن في الحال لا حَقَّ، وقد أقر وهو من أهل الإقرار فلا معنى للوقف لشيءٍ يظهر من بعد.

والمراد من هذا الإلزام: إبطال عذرهم عن دَيْنَي المرض.

وهو في غاية الإشكال عليهم، لأنه كان ينبغي أن يعتبر الترتيب كما في مسألة الوديعة. ويقولوا: يستند إلى زمان الإقرار فيصير الإقرار الأول أولى لتقدمه في الزمان وأيضًا قد أقر بالدين الأول وهو مالك للتبرع، وبالثاني وهو غير مالك للتبرع.

فإن اعتبروا التبرع بعد إقراره وَجَبَ أن يقدموا الدين الأول، وحين لم يقدموا دل أن عدم التقديم كان لما قلنا.

وأمّا طريقتهم الثانية وقولهم: «إنه متهم في إقراره».

قلنا: لا تهمة، بل المرض يزيل التهمة، فكيف يوجب التهمة؟ وهذا

لأن المرض حال إنابة وتوبةٍ لقربه من القدوم على الله وخوفه من الآثام والمطالبات، والدليل على هذا الأصل قول أبي بكر الصديق حين استخلف عمر بن الخطاب رضي الله عنهما: «هذا ما عهد أبو بكر بن أبي قحافة عند آخر عهده بالدنيا مرتحلًا منها، وأول عهده من الآخرة منتقلًا إليها حين يصدق الكاذب ويؤمن الفاجر»(١).

وإذا ثبت أن المرض حال توبة وإنابة، والإقرار توبة وإنابة، لأنه إخبار عن واجب وترك لكتمان حق، والتوبة في حال [١٤٠/أ] التوبة أولى بالقبول.

يبينه: أن في حال الصحة دليل الصدق، لأنه ليس دليل الصدق إلا إيمانه وعقله.

وأمّا في حال المرض يوجد دليل آخر، وهو دليل الحال، لأن حالته تحمله على الصدق أيضًا فتكون أولى بالقبول.

فإن قيل: هذا الذي قلتم لمن يؤثر دينه على هواه وقد عزّ هذا أو قَلّ في الناس، وأمّا مَنْ يؤثر هواه على دينه فإنما يبادر في المرض إلى تقديم مراداته في حال الصحة التي كان يؤخرها إشفاقًا على ماله وطمعًا في الحياة فحين وَقَعَ وقيذًا على فراش المرض وغلب يأسه على رجائه يبادر إلى تنفيذ مراداته، وما كان بهواه فيصير متهمًا.

۞ الجواب:

أن هذا كله إساءة الظن بالمسلم وإنما ينبغي أن يُظن به أنه يريد بالإقرار

(١) ذكره ابن سعد في طبقاته: ١٩٩/٣، ٢٠٠، وابن شبه في تاريخه: ٦٦٨/٢. والطبري في تاريخه: ٤٢٨/٣، ٤٢٩.

الخروج عن الواجب عليه، وأمّا إذا شهد الإنسان لأبيه أو لابنه لا نقول إنه ترد شهادته لأجل التهمة، إنما ترد لأنه يصير من وجهٍ بمنزلة الشاهد لنفسه.

ونقول أيضًا: إن الواجب بالإقرار دين معاملة، وإنما يقبل إقراره حملًا على أنه كان وُجِدَ منه بسبب من المعاملات فأظهره، ولهذا المعنى قبل إقراره للأجنبي في جميع ماله وإن كان لا يملك التبرع بها وصح الإقرار أيضًا ممن لا يصح منه التبرع كالمكاتب والعبد المأذون(١)، وإذا كان قبول إقراره حملًا لأمره على هذا زالت التهمة فيه، ولم يكن بد من قبوله، كما لو قامت البينة أو عاينا(٢) سببًا من أسباب المعاملات.

وقولهم: «إن ملك الهبة دليل خروج التهمة عن الإقرار».

قلنا: هذا لا يصح، لأنه لا تهمة في ديون المعاملات، كما لا تهمة في نفس المعاملات، وعلى أنه يبطل بإقراره بجميع ماله لأجنبي فإنه يجوز وإن كان لا يملك التبرع بجميع ماله، والعذر الذي قالوه في غاية الضعف، لأنه لو تبرع بثلث ماله على إنسان ثم أقر بثلث ماله فإنه يجوز.

والتقدير الذي قالوه في هذه الصورة باطل، لأنه قد تبرع بثلث ماله، ثم أقر بالباقي.

وأيضًا فإن عندهم المكاتب إذا أقر في حال الصحة، ثم أقر في حال المرض يُقدم دين الصحة على دين المرض وإن كان لا يملك التبرع.

---

(١) المهذب: ٢/٤٣٩.

(٢) كذا في المخطوط. ولعله (عاين).

وكذلك لو أقر بجميع ماله لإنسان يجوز وإن كان لا يملك التبرع بجميع ماله فبطل التعلق بالتبرع، وجعله دليلًا على زوال التهمة، بقي أن الإقرار إنما قبل لما بينا أن الواجب دين معاملة فإذا مَلَكَ المعاملة مَلَكَ إظهار الواجب بالمعاملة، ولم نعتبر التهمة ولا الحجر، لأن ديون المعاملات لا تهمة في الإقرار بها، والإقرار بها مطلق لا يحجر عنها كأعيانها. والله أعلم بالصواب.



※ (**مَسْأَلَة**):

إقرار المريض لوارثه صحيح في أصح قولي الشافعي[١]، وفي القول[٢] الآخر لا يجوز[٣]، وهو قولهم[٤].

لنا:

أنه خروج عن واجب فجاز مع الوارث.

دليله: إيفاء دين ظَهَرَ وجوبه بالبينة.

---

(١) مختصر المزني: ٣/١٤ مع الأم، المهذب: ٢/٤٤٠، وقال في المهذب: «وهو الصحيح»، النكت: ورقة ٣٠٨/أ، روضة الطالبين: ٤/٣٥٣.
وقال الإمام مالك: «يصح إقراره إذا كان لا يتهم به ولا يثبت إذا كان يتهم به». الإشراف للبغدادي: ٢/٣٥، ٣٦.

(٢) في المخطوط (قول).

(٣) المهذب: ٢/٤٤٠، النكت: ورقة ٣٠٨/أ، روضة الطالبين: ٤/٣٥٣.

(٤) الأسرار: ٢/١٩٦/أ (مراد ملا)، مختصر القدوري: ١/٣٣١ مع الجوهرة، المبسوط: ١٨/٢٤.
وهو قول الحنابلة، قال ابن قدامة في المغني: «وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذنيه والنخعي ويحيى الأنصاري وأبو حنيفة وأصحابه...» ٧/٣٣٢.

يبينه: أن الخروج عن الحق قولًا بالإظهار كالخروج عن الحق فعلًا بالإيفاء، فإذا جاز أحدهما وإن كان الذي يوفى حقه هو الوارث جاز الآخر وإن كان الذي يظهر حقه هو الوارث، ولأنا بينا أن المرض لا عمل له في الإقرار فصار الإقرار له في المرض مثل إقراره له في حال الصحة.

۞ **وأما حجتهم:**

تعلقوا بالطريقتين اللتين ذكروا في المسألة الأولى:

* **أولها**: أن حق الورثة تعلق بأعيان التركة في مرض موته على الوجه الذي ذكروا في المسألة الأولى.

وحرفهم: أن حق الورثة في حق ما بينهم ثابت في جميع المال كحق الغريم في حق الأجانب.

ألا ترى أنه لا يملك هبة شيء للوارث كما لا يملك الهبة للأجنبي، وعليه دين مستغرق.

وإذا ثبت أن حق الورثة تعلق بجميع المال لم يصح إقرار المريض لبعضهم بشيء، لأنه يتضمن إبطال حق باقي الورثة.

* **والطريقة الثانية**: قالوا: الشرع حجر على المريض إيثار بعض الورثة، وهذا الإيثار موجود في العادات فإذا أقر صار متهمًا في أنه مَالَ إلى الإقرار للحقوق[1] الحجر إياه عن الإيثار والحال داعية إليه، وإذا صار متهمًا بالإقرار، فإقرار المتهم لا يقبل على ما بينا من قبل.

(١) كذا في المخطوط.




ولا يلزم إذا أقر بوارث، لأن استحقاق الوارث المال بالنَّسب والموت جميعًا فيضاف الاستحقاق إلى آخرهما ثبوتًا، فأضيف إلى الموت إذا كان النسب ثابتًا من قبل، وإذا أضيف إلى الموت يبقى النسب الذي أقر به الوارث غير مبطلٍ لحق الورثة وإنما بَطَلَ حكمًا، وكذلك الإقرار لما كان بالنسب لا بمال انتفت التهمة، لأنه لو كان تهمة كان في المال.

الجواب:

أنا أجبنا عن الطريقتين في المسألة المتقدمة، ونقول على فصل التهمة قد توجد التهمة في حق غير الوارث كما إذا أقر لابن [١٤٠/ب] بنته ووارثه ابن عم ومع ذلك يصح إقراره، وقد تنتفي التهمة في وارثه بأنه يقر لابن عم(١) الكاشح وهو وارثه ومع ذلك عندكم لا يقبل أيضًا.

وأمّا التعلق بالتبرع وقياس الإقرار عليه.

قياس باطل على ما سبق في المسألة الأولى.

يبينه: أن ابتداء التمليك يليق به الحجر بحق ذي حقٍ، فأما الإخبار بواجب عليه لا يليق به الحجر بحال.

وقد قال الأصحاب: إن التبرع على الوارث إنما لم يجز، لأنه يؤدي إلى الجمع بين الناسخ والمنسوخ، لأنا الله تعالى قد كان أوجب الوصية للأقربين ثم نسخ بالميراث، وأيضًا فيه زيادة على وظيفة الشرع، لأن الله تعالى سمى وظائف الأقارب وسِهامهم(٢)، والوصية أخت الميراث على

---

(١) كذا في المخطوطة ولعله (عمه).

(٢) سهام جمع سهم وهو النصيب. ينظر: المصباح المنير مادة (سهم).

ماعرف في أصل الشرع فإذا جوّزنا الوصية للوارث يؤدي إلى الزيادة على وظيفة الله تعالى الموظفة للأقارب وسهامهم المسماة فيكون تغيير الشرع من وجهٍ فلم يجز، ومثل هذا لا يوجد في الإقرار، لأنه ليس إيجاب حق مبتدأ بل هو إخبار عن واجب. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا مات الرجل وخلّف ابنين، فادعى رجل دينًا على الميت، فصدقه أحدهما، وكذبه الآخر؛ فإنه يقضي من نصيب المقر ما يخصه[1] على أحد قولي الشافعي[2].

وعندهم: يقضي من نصيبه جميع الدّين، فإن فضل شيء يكون له[3]، وهو القول الثاني[4]، والمسألة عُدّت من المشكلات.

❁ لنا:

أن بتصديق أحدهما لا يثبت إلا نصف الدِّين فلا يجب عليه قضاء ما

(١) أي لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته من التركة، فإن كانوا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة لزمه الثلث.

(٢) المهذب: ٢/٤٥٣، النكت: ورقة ٣٠٨/أ، وهو القول الجديد، وقال الشيرازي في المهذب وهو الصحيح، روضة الطالبين: ٤/٤١١، وبهذا القول قال الحنابلة، قال ابن قدامة: «وبهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد، وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه...». ا. هـ. المغني: ٧/٣٢٨.

(٣) الأسرار: ٢/١٩٧/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١٨/٤٨، رؤوس المسائل: ٣٤١.

(٤) المهذب: ٢/٤٥٣، النكت: ورقة ٣٠٨/أ.

يزيد عليه، كما لو كان صدقه في النصف وكذبه في النصف، وإنما قلنا أنه لم يثبت بتصديقه إلا نصف الدّين، لأن الرجل لا يدعي عليه حقًا وإنما يدعي على الميت، وَمَنْ يدعي على إنسان فصدقه غيره لم يثبت شيء ولم يلتفت إلى تصديقه.

وإنما قبلنا تصديق الوارث في مسألتنا، لأنه خليفة الميت فقام تصديقه مقام تصديق الميت، والخلافة بالوراثة؛ فَمَنْ له الوراثة على الكمال فله الخلافة على الكمال، وَمَنْ لا وراثة له على الكمال فلا خلافة له على الكمال.

وإذا ثبت هذا ففي مسألتنا نقول:

ولاية الخلافة على الكمال لكلا الوارثين، فأما أحدهما فله بعض الخلافة فقيل تصديقه بقدر ماله من ولاية الخلافة، وذلك في النصف وبطل تصديقه في الباقي، لأن ولاية الخلافة فيه لم توجد.

فإن قالوا: كل واحد منهما خليفة المورث على الكمال، وهذا لأن سبب الخلافة كامل لكل واحدٍ منهما فكملت ولاية الخلافة له ونزّل تصديقه منزلة تصديق الميت، وصار قوله مقبولًا في جميع الدَّين فيما يرجع إليه.

۞ **والجواب:**

أن دعوى ثبوت الخلافة له على الكمال وهناك مزاحم في الخلافة، لا سبيل إليه ولا وجه له.

وقولهم: «إن السبب كامل».

قلنا: وسبب صاحبه كامل، فإن كان النظر إلى سببه يوجب ثبوت

الخلافة له فالنظر إلى سبب صاحبه يوجب ثبوت الخلافة لصاحبه فثبت الخلافة له من وجهٍ دون وجهٍ أو يقال ثبت لكل واحدٍ منهما بعض الخلافة وهذا متصور، لأن سبب الخلافة استحقاق المال وثبوت الخلافة تظهر في المال وهو يقبل التجزئة والتبعيض، وخرّج على هذا ولاية النكاح، لأنه لا يقبل التجزئة والتبعيض، وعلى أنا قد ذكرنا في كتاب النكاح أن كل واحد من الوليين ولي من وجهٍ لا من وجهٍ، لكن مع هذا جاز تزويج كل واحد منهما المرأة من كفءٍ لمعنىً ذكرناه، ثم هذا هو المعتمد وهو غاية الإمكان.

وقد قال بعض أصحابنا(١):

إنه قد اجتمع في هذا الدَّين تصديق معتبر وتكذيب معتبر فيثبت البعض دون البعض.

وليس هذا بشيء، لأن تكذيب صاحبه معتبر في حق نفسه لا في حق المصدق، وأمّا في حق المقر وُجِدَ تصديق بلا تكذيب.

ويستدل بعض أصحابنا بمسألة وهي: أن أحد الوارثين لو شهد مع أجنبي للمدعي بالدَّين المدَّعَى يقبل، ولو كان إقراره يوجب جميع الدين عليه لم يقبل، لأنه يصير بإخراجه كلامه مخرج الشهادة مَنْ يجر إلى نفسه غُنمًا أو يدفع غُرمًا.

وهذا الاستدلال ضعيف أيضًا، لأنهم يقولون صورة التسليم: إذا شهد ابتداءً لا أنه يقر ثم يشهد، وإذا شهد ابتداءً فليس يدفع عن نفسه غرمًا؛ لأن

(١) قاله الشيرازي في نكته: ورقة ٣٠٨/أ.

الغرم إنما يجب عليه إذا أقر ولم يشهد، وهاهنا شهد ولم يقر فلا يجوز إثبات دفع الغرم عليه بتقدير إقرار منه لم يأت به، وهذا كما لو شهد أربعة على رجل بالزنا تقبل شهادتهم، ويثبت الزنا على المشهود عليه، ولا يقال: إنهم بشهادتهم قد دفعوا عقوبة عن أنفسهم؛ لأنهم لو قذفوا بدل الشهادة وجب الحد عليهم، وإذا أخرجوا الكلام مخرج الشهادة فقد دفعوا العقوبة عن أنفسهم على تقدير أن لو قذفوا ولم يشهدوا، ولكن قيل هذا تقدير باطل، والقوم لم[1] توجد منهم إلا الشهادة، كذلك في مسألتنا تقدير [١٤١/أ] الإقرار تقدير باطل، والرجل ما وجد منه إلا الشهادة، وليس للأصحاب عذر عن هذه المسألة يتضح فتركتُ حكايته واعتمدتُ على ما سبق.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: اعترف بجميع الدَّين، والدَّين مقدم على الإرث بإجماع الأمة[2] فقد زعم بإقراره أنه لا حق له فيما في يده إلّا بعد وصول صاحب الدَّين إلى حقه فوجب أن يعامل بما في زعمه.

وربما يقولون أقر أن ما في يده حق الغريم بدينه فيقبل إقراره على نفسه، وهذا لأن الدَّين يتعلق بجميع التركة، وبكل جزء من أجزاء التركة.

ومعنى قولنا: «يتعلق بكل جزء من أجزاء التركة» إنه يجعل كل جزء من أجزاء التركة كأنه جميع التركة في حق الدَّين حتى إنه لو وجد بعض التركة دون البعض يقضي دينه من الموجود ولا يبالي بالمفقود، وذلك مثل أن يغيب

(١) في المخطوط (لو) ولا يستقيم الكلام بها.
(٢) الجامع لأحكام القرآن ٥/٧٣.

بعض التركة ويحضر البعض أو يهلك بعض التركة ويبقى البعض.

قالوا: وليس كالوصية بالثلث إذا ادّعاها إنسان واعترف بها أحد الوارثين، لأن الوصية لا تتعلق بكل جزء من أجزاء التركة حتى إذا وجد بعض التركة يأخذ منه بقدر ما يصيبه من الثلث، وأيضًا فإنها غير مقدمة على الإرث بل الموصى له شريك الوارث ولا يصل إلى الموصى له شيء إلا بعد أن يصل ثلثاه إلى الوارث، هذا عذرهم في الوصية بالثلث، ومنعوا الوصية بالألف المرسلة قالوا: ويلزم المقر أن يعطيه جميع الألف، وَمَنْ سلم اعتذر وقال: الوصية بالألف المرسلة لا تتعلق أيضًا بكل جزء من أجزاء التركة بدليل أنه لو هلكت التركة إلا ألف درهم لا يأخذها الموصى له بخلاف الدَّين، وأيضًا فإن الوصية وإن كانت بالألف لا تقدم على حق الوارث بل يكون الموصَى له شريكًا بهذا القدر.

۞ **الجواب:**

إن هذا الكلام الذي ذكروه كله بناءً على وجوب الدَّين، وما ذَكَرَ من حكم الدَّين وقضيته هو دين واجب على مَنْ عليه، ونحن لا نعلم أن هذا الدين واجب على الميت أو لا، فإنه لم يوجد منه اعتراف ولا قامت عليه بينة به، وقول الوارث عليه غير مقبولٍ، لأنه إذا لم يشهد يكون دعوى، وإنما قلنا قوله في حق نفسه بقدر ماله من الخلافة والثابت له نصف الخلافة فثبت عليه نصف الدَّين المقرّ به.

فإن قالوا: «خلافته كاملة في نصيبه من التركة وإنما قلنا إقراره في نصيبه فصار في نصيبه بمنزلة الوارث الواحد في جميع التركة إذا لم يكن له شريك».

قلنا: تصديقه إنما يلاقي الميت لا يلاقي نفسه، لأنه يقول: «عليه كذا»، والإعراض عن جانب الميت لا سبيل إليه، لأنه هو الأصل، فلابد أن ينظر: أولًا إلى طريق قبول إقراره على الميت ولا طريق له إلا ما ذكرناه، وقد بينا أن ذلك الطريق يوجب ثبوت نصف الدَّين لا جميعه فصار الحرف: أن عدم وصول المقر له إلى جميع دينه لم يكن لمعنىً يرجع إلى نفس الدين فإن حكم الدَّين ما قالوه بلا خلاف، وإنما كان لقصور الحجة وعدم كمالها، وهذا أقصى الإمكان، وتمشيته إذا ضم إليه الجدال ممكن.

وقولهم: «إن في زعمه كذا».

لا يعتبر زعمه إنما يعتبر جانب الشرع، وعلى أنهم قالوا: أن رجلًا لو مات وخلّف ابنين فأقر أحدهما بأخٍ ثالثٍ يعطيه ثلث ما في يده، ولو اعتبر زعمه لأعطاه نصف ما في يده، لأن في زعمه أنه مساوٍ[1] له في الاستحقاق، وأنه أخوه وابنُ أبيه، وأنه لا يجوز أن يصل إليه شيء من التركة إلّا ويصل إليه مثله، والاعتماد على ما سبق، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (**مَسْأَلَة**):

إقرار مَنْ يحوز كل الميراث بنسب ولدٍ على أبيه مقبول، وتبتني عليه المشاركة في الإرث، وإن كان لا يحوز كل الميراث لا يقبل ولا يثبت نسب ولا إرث، ولا ينظر: عندنا إلى عدد الواحد والاثنين، وإنما ينظر: إلى ما قلنا[2]،

(١) في المخطوط: مساوى.

(٢) مختصر المزني: ٢/٢٨ مع الأم، المهذب: ٢/٤٤٩، النكت: ورقة ٣٠٨/ب. مختصر=

وعندهم: إقرار الواحد بالنسب غير مقبول، وإن كان يحوز كل الميراث، فإذا أقر اثنان ثبت النسب، وإن لم يحوزا كل الميراث، والمشاركة عندهم ثابتة في الميراث وإن لم يثبت النسب.

والدليل على ما قلنا في إقرار الواحد بالنسب إذا كان يحوز كل الميراث حديث سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة حيث اختصما في ولد وليدة زمعة، وقد قال عبد بن زمعة: هو ولد أبي وُلِدَ على فراش أبي، فقال النبي صلى الله عليه: «هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر...»[1] وهو نص فيما ادّعيناه.

فإن قالوا: إن عبد بن زمعة لم يكن يحوز كل الميراث؛ لأن سودة بنت زمعة زوجة النبي صلى الله عليه، وكانت أخت عبد بن زمعة ولم يُرْوَ أنها اعترفت بالنسب.

قلنا: هذا غَلَط عظيمٌ، لأن العبرة عندنا بإقرار مَنْ يحوز كل الميراث،

= القدوري: ٣٣٣/١ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ٤٦٠٨/١٠، تنوير الأبصار: ١٨٧/٨ مع حاشية قرة عيون الأخبار، المبسوط: ١٨٦/٢٨.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١٢٧/١٢ مع الفتح، باب للعاهر الحجر، ومسلم في صحيحه: ٣٧/١٠ مع النووي، باب الولد للفراش، وأبو داود في سننه: ٧٠٣/٢ ـ ٧٠٥ مع المعالم، باب الولد للفراش.
والترمذي في سننه: ١٠٢/٥، ١٠٣ مع العارضة، باب ما جاء أن الولد للفراش، والنسائي في سننه: ١٤٨/٦، ١٤٩، باب إلحاق الولد بالفراش، وابن ماجه في سننه: ٦٤٦/١، ٦٤٧، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر، والدارمي في سننه: ١٥٢/٢، باب الولد للفراش، والإمام مالك في الموطأ: ٤/٦ ـ ٥ مع المنتقى، باب القضاء بإلحاق الولد بأمه، والإمام أحمد في المسند: ٣٧/٦، ١٣٩، ٢٠٠، ٢٢٦، ٢٣٧.

وقد كان الوارث لزمعة [١٤١/ب] عبد بن زمعة دون سودة. فإنها كانت مسلمة، وزمعة مات على الكفر ولا ترث المسلمة من الكافر بحال، وأمّا عبد بن زمعة فقد كان كافرًا حين مات زمعة وهو الوارث.

فإن قالوا: إنما قضى بالملك لا بالنسب، لأنه صلى الله عليه قد قال لسودة: «احتجبي منه يا سودة»(١).

قلنا: كيف يقضي بالملك وهو ادّعى النسب، وإنما يجوز أن يقضي بما وقعت عليه الدعوى.

وأمّا قوله لسودة فإنما كان لما رأى من الشَّبه للولد بآل عتبة بن أبي وقاص فاحتاط بالأمر بالاحتجاب هكذا نُقِلَ.

ونقول في الوارث الواحد إذا لم يكن معه غيره إقرار بالنسب صدر ممن يحوز كل الميراث فثبت النسب كما لو كان المقر اثنان ولا ثالث معهما(٢).

ونقول في الاثنين إذا كان معهما ثالث إقرار صدر ممن لا يحوز كل الميراث فصار كما لو كان واحدًا.

❋ وفقه المسألة:

أن الموجود إقرار على الغير فينبغي إلّا يقبل، إلّا أنه قبل من الابن بولاية الخلافة فلا يثبت إلّا عند كمال الولاية فإذا كان يحوز كل الميراث ثبت ولاية الخلافة على الكمال فثبت النسب على طريق إقامة إقراره مقام

---

(١) ينظر: حاشية (٢) ص: ٤٥٩.

(٢) ينظر: المغني: ٣١٦/٧.

إقرار الميت، وأمّا المشاركة في الميراث فبناء على النسب فإذا لم يثبت النسب لم تثبت المشاركة في الميراث.

فإن قالوا: «قد ثبت حق النسب في حق المقر».

قلنا: ثبوته في حقه بناءً على ثبوته في حق الميت، فإذا لم يثبت في حق الميت لا يثبت في حقه، ولأنه لو كان كما قلتم وجب أن يُفتَى المقر فتوى فيقال له: إن عرفت أنه أخوك فأشركه في الميراث، فأما أن يقضي به القاضي فلا.

وعندكم: يقضي به القاضي.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: شهادة على الميت فلا يثبت حكمه بالواحد.

دليله: سائر الشهادات.

وإنما قلنا: «شهادة» لأن الأخوة حكم انخلاقها من ماء رجلٍ واحدٍ، والحكم لا يثبت مقصودًا بدون العلة، بل يثبت فرعًا للعلة، فصار الثابت بكلامه أنه ابن أبي وهو شهادة على الأب.

ويدل عليه: أنه شهادة على الأب أنه حين يثبت النسب يُنسب إلى الأب بعد الموت كما يُنسب في حال الحياة، وإذا ثبت أنه شهادة لم يثبت بالواحد ويثبت بالاثنين.

قالوا: وأمّا المشاركة في الميراث وإن لم يثبت النسب فإنما كان لأنه

أقر بشيئين بالنسب وبالشركة في المال، وهذا أمر يلزمه على الخصوص فكان إقرارًا في حقه فقبل قوله على نفسه في المشاركة في المال وإن لم يقبل في النسب.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه لو كان شهادة لاعتبر لفظ الشهادة، وذلك لأن هذا اللفظ إقرار محض في حق الحكم، شهادة في حق العلة، وإنما قلنا إقرار في حق الحكم وهو المشاركة في المال شهادة في حق المال شهادة في حق العلة على ما مرّ فقرن بينهما، فقيل لا يثبت إلّا بعدد اثنين اعتبارًا بالشهادات، ويثبت بلفظ الخبر اعتبارًا بالإقرار، وصار كاللعان لما أشبهت الأيمان قرنت بكلمة الله تعالى التي هي حرف القسم ولما أشبهت الشهادات قرنت بلفظ أشهد.

قالوا: ولا يجوز أن يقال على قولنا: «إنه تثبت المشاركة في المال ولا يثبت النسب».

فأثبتوا ههنا الأخوة في حقه وإن لم تثبت البنوة في حق أبيه.

قالوا: هذا لا يصح، لأن الأُخوة لا يتصور ثبوتها دون البنوة من أبيه فيقتضي ثبوت الأُخوة ثبوت البنوة.

وأمّا الشركة في المال فتثبت بوجوهٍ شتى غير الأُخوة فلا يقتضي ثبوت الشركة في المال ثبوت النسب وثبوت الأُخوة والبنوة من الأب، وهذا لأنه لما احتمل الفصل ثبت ما هو إقرار دون ما هو شهادة، ولما لم يحتمل في الباب الأول انفصال الأُخوة عن البنوة لأبيه لم يثبت واحد منهما.

وقد استدل كثير من مشايخهم في مسألة المشاركة بمسائل حكمية قالوا: يجوز أن يقر بنسب يبتنى عليه حكم، ثم يحكم بثبوت الحكم وإن لم يثبت النسب، ألا ترى أنه إذا أقر أنه باع هذا الشقص من فلان وأنكر المشتري ثبت للشفيع حق الشفعة وإن لم يثبت البيع، وكذلك لو ادّعى على إنسان مالًا فأنكر المدعى عليه وكفل رجل بالمال صحت الكفالة وإن لم يثبت المال على الأصيل.

قالوا: أيضًا لو قال أحد الوارثين هذه بنت أبينا لا يجوز أن تتزوج بها فقد ثبت حرمة النسب من غير ثبوت النسب، وهذه المسائل لها أخوات أوقعُها هذه المسائل الثلاث فاقتصرنا عليها.

۞ **الجواب:**

أما قولهم: «شهادة».

ليس كذلك، فإن الشهادة أمر شرعي لا يعرف إلا بشرائط لها [١٤٢/أ] مخصوصة وبجهةٍ تقام عليها مخصوصة، فالجهة: جهة الدعوى، والشرائط لفظ الشهادة، والحرية، والعدالة، والعدد، ونقول لا تتصور شهادة إلّا بلفظ الشهادة.

وعندهم: إنما يجب مراعاة العدد خاصة.

فأما ما سوى ذلك فقد أسقطوا اعتبارها.

ونعتمد على لفظ الشهادة، ونقول لا تتصور الشهادة إلا بلفظ الشهادة فإن هذا الاسم أُخذ من هذا اللفظ فإذا لم يقل «أشهد» كيف تكون شهادة؟.

وقولهم: «إنه شهادة في حق العلة إقرار في حق الحكم».

قلنا: هذا تقسيم لا ينقسم، وقوله المسموع منه ليس إلا الاعتراف على أبيه، وما تعرّض للمشاركة في لفظه أصلًا، ونحن في تصحيح لفظه المسموع منه، ثم يبتنى عليه الحكم، واللفظ المسموع منه هو ما قلنا، فإن كان إقرارًا ثبت ما قلنا، وإن كان شهادة فوجب أن يعتبر لفظ الشهادة.

ثم نقول على قولهم: «إنه اعترف بشيئين».

قلنا: ليس كذلك، بل اعترف بشيء واحدٍ وهو النَّسب، وأمّا المشاركة في المال تثبت حكمًا لإقراره.

فإن قالوا: «الاعتراف بالنَّسب اعتراف بحكمه».

قلنا: ليس كذلك، بل الاعتراف بالنَّسب اعتراف بالنَّسب ثم الحكم يثبت شرعًا، ولئن قلنا إنه اعتراف بحكمه فهو اعتراف به ليكون حكمًا لذلك النَّسب فلا يجوز فصله عنه.

وقولهم: «إن المشاركة في المال تنفصل عن النَّسب وتثبت بوجوهٍ شتى».

قلنا: هذه مشاركة في الميراث، والمشاركة في الميراث لا تنفصل عن النَّسب بحال.

فإن تعلقوا بالمسائل التي قالوها.

قلنا: قد مُنِعَ المسألتان الأُوليان فإن جرينا على المنع سقط التعلق بهما، ولئن سلمنا فقد يتصور ثبوت الشفعة مع ارتفاع البيع بأن يتقايلا، فإن الشفعة

لا تسقط في هذه الصورة فإذا جاز بقاء الشفعة مع ارتفاع البيع جاز ثبوتها من غير ثبوت البيع في حق المشتري.

وأمّا مسألتنا فلا يتصور بقاء الميراث مع انتفاء النَّسب، ألا ترى أن في اللعان إذا انتفى النَّسب منه انتفى الإرث، فإذا لم يتصور انتفاء الإرث مع انتفاء النَّسب لم يتصور أيضًا ثبوت الإرث من غير ثبوت النَّسب.

يبينه: أن البيع يجوز أن يثبت في حق شخصٍ دون شخصٍ كما يرتفع في حق شخصٍ دون شخصٍ، وأمّا النَّسب فلا يتصور ثبوته في حق شخصٍ دون شخصٍ، كما لا يتصور ارتفاعه في حق شخصٍ دون شخصٍ.

ونقول على التخريج: إن البائع بالمبيع معترف على نفسه فلهذا جاز أن يقبل إقراره على نفسه في الشفعة.

وأمّا في مسألتنا: فالولد معترف على أبيه بالنسب فلا يقبل إلّا بالطريق الذي ذكرنا فإن وُجِدَ في موضع يُقبل وإلّا فلا يُقبل.

وأمّا مسألة الكفالة فتخرج على ما قلنا أيضًا فإنه تتصور الكفالة مع براءة الأصيل ولا يتصور ميراث بلا نسب، وأيضًا فإنه بالكفالة يلتزم على نفسه مالًا ليكون عليه، فيعتبر زعمه في ثبوته ولزومه، وههنا لم يعترف على نفسه بشيء، وإنما اعترف على أبيه على ما سبق.

وأمّا المسألة الثالثة: فالجواب عنها سهل، لأن الحرمات يُحتاط فيها، وتثبت بالتجوّزات والشبهات فجاز ثبوتها، وإن لم يثبت النَّسب حقيقة، ولهذا في معروفة النَّسب تثبت حرمة النَّسب، وفي مسألتنا لا يثبت الميراث إذا كان الولد معروف النَّسب من الغير. والله تعالى أعلم بالصواب.

※ (مَسألة العارية):

قبض المستعير موجب للضمان عليه عندنا[١].

وعندهم: لا يوجب الضمان[٢].

فالمستعار مضمون في يد المستعير عندنا[٣].

وعندهم: أمانة[٤].

❖ لنا:

ما روى شريك[٥] عن عبد العزيز[٦] بن رفيع عن أمية[٧] بن صفوان بن أمية عن أبيه «أن رسول الله صلى الله عليه استعار منه أدرعًا، فقال: أغصبًا يا

---

(١) ينظر: الأم: ٢١٨/٣، المهذب: ٤٧٨/١، النكت: ورقة ١٧٠/ب، روضة الطالبين: ٤٣١/٤، معالم السنن: ٨٢٥/٣.

(٢) ينظر: مختصر الطحاوي: ١١٦، مختصر القدوري: ٤٥٣/١ مع الجوهرة، الأسرار: ١٨١/١/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١٤٠/١، رؤوس المسائل: ٣٤٣.

(٣) ينظر: الأم: ٢١٧/٣، المهذب: ٤٧٨/١، النكت: ورقة ١٧٠/ب، روضة الطالبين: ٤٣١/٤، معالم السنن: ٨٢٥/٣.

(٤) ينظر: مختصر الطحاوي: ص ١١٦، مختصر القدوري: ٤٥٢/١ مع الجوهرة، الأسرار: ١٨٢/١/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١٣٤/١١، البدائع: ٣٩٠٤/٨، رؤوس المسائل: ٣٤٢، إيثار الإنصاف: ٢٦٦.

(٥) تقدمت ترجمته.

(٦) عبد العزيز بن رفيع بفاء مصغرًا الأسدي، أبو عبد الملك المكي، نزيل الكوفة، ثقة، من الرابعة، مات سنة ١١٣هـ، وقد جاوز السبعين، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص٢١٤.

(٧) أمية بن صفوان بن أمية بن خلف الجمحي المكي مقبول من الرابعة، روى له أبو داود والترمذي والنسائي والبخاري في الأدب المفرد. ينظر: التقريب: ٣٨.

محمد؟ فقال: لا، بل عارية مضمونة (قال)(١): فَضَاعَ بعضُها، وفرض(٢) عليه رسول الله صلى الله عليه أن يضمنها فقال: أنا اليوم في الإسلام أرغب»(٣).

وفي رواية: «لما ضَاعَ بعضها، فقال له النبي صلى الله عليه إن شئت غرمتُها، فقال: ألا أن في قلبي من الإسلام غير ما كان يومئذ»(٤).

فإن قالوا: إن النبي صلى الله عليه كان أخذها من غير رضاه بدليل أن صفوان قال: أغصبًا يا محمد؟.

قلنا: هذا مقال محال مع ورود الرواية بأنه [١٤٢/ب] صلى الله عليه استعار ومع قوله «لا، بل عارية».

وقول صفوان «أغصبًا يا محمد» إنما قال ذلك لأنه ظنّ به صلى الله عليه أنه يفعل كما يفعل الملوك يستعيرون ثم لا يردّون.

فإن قيل نحمله على ضمان الرد، لأن العارية اسم للفعل لا للعين.

يقال: أعار يعير عاريةً وإعارةً.

قالوا: وعندنا الفعل مضمون بالرد.

---

(١) ما بين القوسين زيادة من سنن الدارقطني، ومسند الإمام أحمد.

(٢) في المسند (فعرض).

(٣) هذا الحديث بهذا اللفظ رواه الإمام أحمد في مسنده: ٤٠١/٣ و٤٦٥/٦، ورواه الدارقطني في سننه: ٤٠/٣، وروى أبو داود في سننه إلى قوله (عارية مضمونة). ينظر: سننه: ٨٢٢/٣، ٨٢٣ مع المعالم، باب في تضمين العارية.

(٤) هذه الرواية رواها أبو داود في سننه: ٨٢٣/٣، ٨٢٤ عن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله بن صفوان، فهو مرسل، ورواها الدارقطني في سننه: ٤٠/٣.

قلنا: هذا ليس بشيء، لأن قول صفوان «أغصبًا؟» ينصرف إلى العين فكذلك قوله ـ صلى الله عليه: «لا، بل عارية مضمونة» ينصرف إلى العين.

والدليل عليه: أن بعضها لما هَلَكَ عرض عليه النبي ـ صلى الله عليه ـ ضمان العين، فالتأويل في نهاية الضعف، ولا مزيد في النص على هذا.

وأمّا الذي يرويه الأصحاب مطلقًا «العارية مضمونة مؤداة» فلا يعرف.

إنما المروي كما بيّنا، نعم، قد روى أبو أمامة الباهلي أن النبي ـ صلى الله [عليه وسلم][1] ـ قال: «العارية مؤادة، والزعيم غارم، والدين مقضيّ»[2]. ولم يذكر الضمان.

وأمّا هم يروون بطريق عمرو[3] بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: «ليس على المستعير غير الْمُغِل ضمان ولا على المودّع غير الْمُغِل ضمان»[4]، يعني الخائن.

وهذا خبر رواه عمرو بن عبد الجبار[5] ....

(١) ما بين المعكوفين ليست في المخطوط.

(٢) رواه أبو داود في سننه: ٣/٨٢٤، ٨٢٥ مع المعالم، باب في تضمين العارية، والترمذي في سننه: ٥/٢٦٩ مع العارضة، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وابن ماجه في سننه: ٢/٨٠٢، باب الكفالة، وأحمد في المسند: ٥/٢٦٧، ٢٩٣، والدارقطني في سننه: ٣/٤١، وابن الجارود في المنتقى: ٣٤٠ رقم ١٠٣٣، وعبد الرزاق في مصنفه: ٨/١٨١، باب العارية.

(٣) في المخطوط: عمر.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٤١، كتاب البيوع، والبيهقي في سننه: ٦/٩١، باب مَنْ قال: لا يغرم. وعبد الرزاق في مصنفه: ٨/١٧٨، باب العارية، وقد صحح الدارقطني والبيهقي وقفه على شريح.

(٥) عمرو بن عبد الجبار السنجاري، قال ابن عدي في الكامل: هذه الأحاديث التي أمليتُها مع=

عن عبيدة[(١)] بن حسان، عن عمرو ابن شعيب، وعمرو بن عبد الجبار وعبيدة ضعيفان[(٢)].

وإنما هذا شيء رواه عن شريح القاضي غير مرفوع[(٣)]، رواه عنه محمد بن سيرين، ورواه روح [(٤)] عن عوف[(٥)]، عن ابن سيرين عنه[(٦)].

وعلى أن الأصحاب حملوا الخبر على الأجزاء[(٧)] وهي غير مضمونة بالاستعمال إلا عند الخائن، والخيانة أن يقول له: ألبس هذا الثوب في الجمعات فَلَبِسَ في جميع الأيام، أو يقول: البس بالنهار فَلَبِسَ ليلًا ونهارًا.

وأمّا المعنى:

نقول: العارية تبرع بالمنافع، وإذن بالاستعمال لا غير، لأن معنى قوله:

= التي لم أذكرها لعمرو بن عبد الجبار كلها غير محفوظة. ا. هـ. ينظر: الكامل: ١٧٩٠/٥، ١٧٩١، وله ترجمة في لسان الميزان: ٣٦٨/٤.

(١) عَبيدة بن حسان العنبري السنجاري عن الزهري، قال أبو حاتم: منكر الحديث.
وقال ابن حبان: يروي الموضوعات عن الثقات، روى عن خالد بن حيان الرقي وابن أخيه عمرو بن عبد الجبار بن حسان، وقال الدارقطني: ضعيف، وينظر: لسان الميزان: ١٣٥/٣.

(٢) قاله الدارقطني في سننه: ٤١/٣.

(٣) قاله الدارقطني في سننه: ٤١/٣.

(٤) روح بن عبادة بن العلاء بن حسان القيسي، أبو محمد البصري، ثقة، فاضل، له تصانيف من التاسعة، مات سنة ٢٠٥هـ أو ٢٠٧هـ.
روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: تقريب التهذيب: ١٠٤.

(٥) عوف بن أبي جميلة العبدي البصري، ثقة، رمى بالقدر وبالتشيع: من السادسة توفي سنة ١٤٦ أو ١٤٧، وله ست وثمانون سنة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٢٦٧.

(٦) أخرجه الدارقطني في سننه: ٤١/٣.

(٧) ومنهم الشيرازي في نكته: ورقة ١٧٠/ب.

«أعرتك هذا الثوب» أيْ أبحتُ لك منافعه، وأذنتُ لك في الاستعمال، وإذا ثبت هذا فنقول:

القبض مأذون فيه شرعًا للاستعمال خاصة، لأنه من ضرورته فَسَقَطَ حكمه فيما وراء الاستعمال فسقط الإذن في حقه، وصار كأن القبض حصل بلا إذن فيوجب ضمان العين كالغصب ومثال هذا: صاحب المخمصة إذا أكل طعام الغير هو مأذون من قبل الشرع فيه، ولكن هو مأذون في ذلك لإبقاء الحياة ودفع الهلاك عن نفسه ففي ما وراءه جعل الإذن كالعدم، كذلك ههنا.

ويمكن أن يقال: القبض غير مأذون فيه لعينه بل هو مأذون فيه لغيره، وهو استيفاء المنافع، فعمل عدمُ الإذن فيه لعينه عمل إيجاب ضمان العين، وهذا كالصلاة في الدار المغصوبة، وطلاق الحائض وغير ذلك لما لم يكن منهيًا عنه لعينه بل كان منهيًا عنه لمعنىً وراءه وهو: شغل ملك الغير وتطويل العدة عمل إباحته لعينه عمله من جواز الصلاة ووقوع الطلاق، كذلك ههنا.

وهذا المعنى الذي ذكرناه مستخرج من قول الشافعي: إنه قبضه لنفسه لا عن الاستحقاق.

وعليه الاعتماد.

وقد تعلق عامة الأصحاب في هذه المسألة بضمان الرد وقالوا:

ضمان الرد مشعر بضمان العين من حيث إنه إذا وجب الرد عليه صار القبض مأذونًا فيه بشرط الرد، وإذا فات رد العين بهلاكها بقي في عهدة ضمانه بإقامة بدل العين مقامها لينزل رد القيمة منزلة رد العين، وبهذا الطريق

وجب ضمانُ الغصب.

والحرف فيه: أن الأصل ضمان الرد ووجوب القيمة بعد الهلاك للخروج عن ضمان الرد بقدر الإمكان، وهذا غاية ما يمكن في تقرير ضمان الرد.

وتعلق الأصحاب أيضًا بفصل قرار الضمان وصورته: أن المستعار إذا هَلَكَ في يد المستعير ثم ظهر له مستحق وضمن المستعير استقر عليه الضمان ولم يرجع على المعير، ولو كان الشيء في يده أمانة لكانت يده يد المالك ولصار حافظًا له فوجب أن يرجع بالضمان عليه كالوديعة إذا هلكت في يد المستودَع ثم ظهر لها مستحق وضمنه المستودَع فإنه يرجع بالضمان على المودِع.

ونذكر وجه كلامهم على الفصلين، وقد ذكرنا الطريق المعتمد.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قبض العين صدر عن إذن صحيح من قبل المالك فلم يكن موجبًا للضمان على القابض.

دليله: قبض المستأجر، وقبض الموصَى له بخدمة العبد، والدليل على وجود الإذن من المالك بالقبض أنه يجوز للمستعير أن يقبض العين بالإجماع[1]، وإنما جاز القبض بإذن المالك.

يدل عليه: أنه قد وجد إما صريح الإذن أو دليله.

أما صريح الإذن هو أن يأذن له بالقبض نصًّا، وأمّا دليله أنه وإن لم يأذن

(١) ينظر: المغني ٧/٣٤١ ـ ٣٤٢.

له بالقبض نصًّا، فهو لما أذنت له باستعمال العين ولا يمكن استعمالها إلا بالقبض فقد أذن له بالقبض.

وإذا ثبت وجود [١٤٣/أ] الإذن فنقول الإتلاف في إيجاب الضمان فوق القبض فإذا كان الإذن بالإتلاف يمنع تعلق الضمان بالإتلاف وذلك بأن يقول: «كُلْ طعامي أو أخرق ثوبي»، كذلك الإذن بالقبض يمنع تعلق الضمان بالقبض، وهذا لأن ضمان القبض ضمان جبر لحق المالك، فإنه بالقبض يزيل يده ويده حقه فإذا أزالها بعدوان أوجب الضمان جبرًا لما فات من حقه بالإزالة فإذا كانت الإزالة بإذنه ورضاه لم يكن إيجاب الضمان، لأنه حاصل بتسليطه وَمَنْ سَلَّط غيره على تفويت حقه فقد أسقط حقه وَمَنْ أسقط حقه لم يجب له ضمان حق[١]، هذا حرفهم المعتمد، وهو في غاية القوة.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن القبض مأذون فيه للاستعمال»، نسلم أن القبض مأذون فيه للاستعمال، ولكن بهذا لا يسقط اعتبار الإذن في سقوط الضمان، كما نقول في قبض المستأجر.

قالوا: وفصل الإجارة داخل على قولكم «إن القبض صار مأذونًا له من حيث الضرورة فلا يعتبر فيما وراء الضرورة، فإن هذا المعنى موجود في الإجارة قطعًا، ومع ذلك اعتبر في إسقاط الضمان، وهذا لأن القبض مشروع لفائدةٍ كالعقد مشروع لفائدةٍ؛ ففائدة المشروعية في القبض هو الانتفاع.

وربما يقولون: الإذن بالقبض مطلق ويصور فيما لو نص على القبض وإن لم ينص عليه فهو مطلق أيضًا لوجود دليله على ما سبق بيانه.

---

(١) ذكر هذا الاستدلال الدبوسي في أسراره: ١/١٨٢/ب.

وأمّا اعتراضهم على فصل ضمان الرد قالوا: لِمَ قلتم إذا وجب ضمان الرد يجب ضمان العين، وهذا لأن الرد يكون بمردودٍ فإذا هلك المردود لم يتصور وجوب الرد.

وأمّا إيجاب الضمان هو إيجاب حق مبتدأ بعد فوات الرد بهلاك المردود، فمن أين قلتم إذا وجب الرد وفات بفوات المردود وجب أن يجب ضمان مبتدأ وهو القيمة؟.

وقولكم: «ليقوم مقام الأول».

هذا في نهاية الضعف، لأن الأمر إذا سقط في محلٍ لتعذره لا يجب إقامة شيء آخر مقامه إلا بدليل جديدٍ، وهذا معنى قول الفقهاء: «إن القضاء واجب بأمرٍ ثانٍ»[1]، فأمّا الأمر الأول لا يدل على وجوب القضاء، لأن الأمر الأول تناول فعله في وقتٍ فإذا فات ذلك الوقت لم يجب فعل مثله بالأمر الأول، لأنه لا دليل عليه، كذلك ههنا، وجب الرد عند بقاء العين وهو واجب تعلق بمحلٍ فإذا فات المحل لم يدل الواجب الأول على الواجب الثاني لاختلاف المحلين كما لم يدل في الفعل الأول لاختلاف الوقتين.

قالوا: وكذلك العبد إذا جنى جناية فإن واجب الجناية تعلق بالعبد فلو هلك العبد سقط الحق ولم يتعلق ببدله.

فإن قلتم: «لِمَ وجب ضمان الرد».

لا يلزمنا تعليله، ولكن عليكم بيان وجه وجوب ضمان العين بوجوب

---

(١) في المخطوط: ثاني.

ضمان الرد ثم قالوا: إنما وجب ضمان الرد، لأنه أخذ العين لمنفعة نفسه فإذا تمحضت منفعة القبض له كان أولى الرجلين بوجوب ضمان الرد عليه؛ لقوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»[1] ولما كان القبض حاصلًا بإذن المالك لم يستقم إيجاب ضمان العين عليه.

وهذا لأن ضمان العين لجبر فائت فما لم يكن التفويت بغير تسليط المالك عليه لم يستقم إيجاب الضمان عليه.

وأمّا ضمان الرد ليس بضمان جبر لفائتٍ إنما هو رد ملك الغير على الغير، وهذا الأمر لابد منه، إلا أن ما يلحق من مؤونة الرد يكون المستعير أولى بالتزامها لما ذكرنا من الجبر.

والمراد من الخراج المذكور في الخبر هو المنفعة ففي كل موضعٍ أمكن استعماله نستعمله، وقد أمكن استعماله في مسألتنا بإيجاب الرد ولا يمكن استعماله بإيجاب ضمان العين لما بينا أن السبب لم يوجد.

قالوا: وأمّا فصل استقرار الضمان على المستعير فإنما كان كذلك؛ لأن الأصل أن مَنْ وجب عليه الضمان يستقر عليه وقد وجب الضمان على المستعير في الصورة التي قلتم؛ لأنه تبين أنه مستعير من الغاصب، وأنه قبض

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٧٧٩/٣ مع المعالم، باب في من اشترى عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا.

والنسائي في سننه: ٢٢٣/٧، باب الخراج بالضمان، وابن ماجه في سننه: ٧٥٤/٢، باب الخراج بالضمان، والترمذي في سننه: ٢٨٥/٥، ٢٨٦ مع العارضة، باب ما جاء في من يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبًا، وقال: هذا حديث حسن صحيح، ورواه الإمام أحمد أيضًا في المسند: ٤٩/٦، ٢٠٨، ٢٣٧، وابن الجارود في المنتقى: ٢١٢، رقم ٦٢٦.

العين بغير إذن المالك، فأمّا في الوديعة فإنما يرجع المودِع بالضمان على المودَع بوجود التزامه دِلالة، ودليل الالتزام هو أنه لما استعمله في منفعةٍ تعود إليه، وجعل يده يد نفسه، فإنه ضمن له كل عهدة يلحقه، وهذا لأن المودِع لا يرضى أن يحفظ لغيره ويلتزم بالحفظ له ضمانًا، بل إذا علم ذلك لا يقبل الوديعة والمودِع يرضى بأن يلتزم الضمان ومنفعته عائدة إليه ويده يده فكما ينتفع بيد نفسه فيكون ضمان يده عليه فكذلك ينتفع بيد غيره ليكون ضمان يد غيره عليه.

وكذلك في الإجارة وتقدير الضمان على المستودَعين يؤدّي إلى [١٤٣/ب] تنفير الناس عن قبول الودائع.

فأمّا في مسألتنا فالمستعير يقبض لمنفعة نفسه فيرضى أن يكون الضمان في مقابلته، وأمّا المعير إذا عرف أن المستعير يرجع بالضمان عليه مع أن منفعة قبضه له، لا يرغب في الإعارة أصلًا، لأنه لا ينفع غيره بعهدةٍ تلحقه، فأمّا يجوز أن يرغب في منفعة غيره مع براءته عن العهدة.

وقد تعلق مشايخهم بسقوط ضمان الأجزاء عند الاستعمال.

وقالوا: إذا سقط الضمان في صورة الإتلاف فلئن يسقط الضمان في صورة التلف بلا إتلاف أولى.

قالوا: وليس كما لو أعار المغصوب من الغاصب حين لا يضمن الأجزاء بالإتلاف، ويضمن العين بالتلف، لأن عندنا إنما تصير العين عارية بعد استعمال العين، وإذا استعمل العين فلا ضمان سواء تلف أو أتلف بالاستعمال، فأما قبل الاستعمال فلم تثبت بعدُ يد العارية، وهذا لأن العارية تبرع بالمنافع

فما لم يتسلم المتبرع به بالانتفاع لا تقع البراءة عن يد الغصب.

قالوا: وأمّا المقبوض على سوم البيع، فإنما جعلناه مضمونًا تقليدًا بقول عمر ابن الخطاب ﵁، وهو أثر معروف[1]، ولم يرو عن أحد خلافه، وعلى أن القبض هناك حصل على جهة العقد فيكون ملتزمًا للضمان كما يكون ملتزمًا بحقيقة العقد إلحاقًا لجهة الشيء بحقيقته.

وأمّا ههنا لا التزام ولا عدوان، ولابد للضمان من أحد هذين السببين: إمّا التزام بعقدٍ أو جهة عقدٍ أو تحقيق تَعَدٍّ أو تقديره، وفي المخمصة وجد تقدير تَعَدٍّ، لأن إذن المالك معدوم، وإنما وجد إذن الشرع لضرورة دفع الهلاك.

وأمّا في مسألتنا قد وجد إذنُ المالك حقيقة فلم يتصور تقدير التعدي فقد فُقِدَ كلا سببي الضمان فلم يجب.

۞ الجواب:

أما قولهم: «وجد القبض بإذن صحيح صدر من المالك».

قلنا: إذن مطلق أو إذن ضرورة.

إن قلتم: مطلق، فلا نسلم كما بينا، ولأن الغاية تبرع والتبرع بالقبض لا يتصور.

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه: ١٧٩/٨، ولفظه: «العارية بمنزلة الوديعة ولا ضمان فيها إلا أن يتعدى».
وروي عن علي بن أبي طالب قوله: «ليس على صاحب العارية ضمان». ينظر: المصنف: ١٧٩/٨.

وإن قلتم لضرورة الاستعمال، فهو مسلم، لكن فيما وراء الاستعمال جعل الإذن فيه كالعدم.

يتبين بما قلنا أن العارية إثبات حق فينظر: فيما أثبت فيه حق المستعير وإنما أثبت الحق في المنافع، وأمّا العين فلم يثبت فيها حقٌّ للمستعير لا مُلكًا ولا يدًا، فبقيت اليد حق المالك وقد جعلها المستعير لنفسه، لأنه جعل العين في يده لينتفع بها، فدل أنه قد أثبتها لنفسه، وَمَنْ أثبت حق الغير لنفسه فقد تعدّى، وقد كان سبيله ألا يزيد على الانتفاع الذي جُعِلَ له إلا أنه لما لم يكن إلّا بعد أن تكون العين في يده أعرض عن هذه اليد التي جعلها لنفسه في هذا الحكم الواحد، وبقي معتبرًا فيما وراءه ونظيره المخمصة، والمسائل التي ذكرناها.

وقولهم: «لم يوجد في المخمصة إذن المالك».

قلنا: إذن الشرع وراء إذن المالك، وهذا لأن الحظرية تجعل الشرع لحقه فإذا أسقط حقه بالإباحة فينبغي أن يسقط الضمان، ولكن لم يسقط الضمان للمعنى الذي قلناه، وعلى أن المالك وإن أذِن بوجود الضرورة تكون هكذا أيضًا، وإنما إذنُ المالك يعمل في إسقاط الضمان في موضع وجود الحظرية لحقه، وكذلك إذا أعار من الغاصب اعتبر إذنه في جواز الاستعمال ولم يعتبر إذنه في انقلاب يد الغصب يد عارية، ولو تضمنت الإعارة الإذن في القبض مطلقًا وَجَبَ أن تزول يد الغصب بنفس العقد، كما لو أودع منه، وليس لهم على هذا كلام يُبالى به فتركتُه، وما ذُكِرَ أخيرًا فالكلام عليه ظاهر.

وأمّا تعلقهم بالإتلاف المأذون فيه، فتعلق ضعيف، لأن الإتلاف مأذون

فيه بنفسه، وأمّا القبض غير مأذون فيه بنفسه بل هو مأذون فيه لضرورة الاستعمال، ونظير مسألتنا من تلك المسألة إتلاف الأجزاء بالاستعمال فلا جَرَمَ لم يضمنها.

وأمّا فصل الإجارة وهو المشكل فقال الشافعي: «لا عن استحقاق». وأراد الاحتراز عن هذا، وفي الإجارة قد تعدّى الاستحقاق إلى العين حتى يجب عليه تسليم العين.

وهم يقولون على هذا قد تعدّى الإذن إلى العين أيضًا حتى جاز القبض فلابد من زيادة تقديرٍ ليخرج الجواب فنقول:

الإجارةُ عقدُ استحقاق بمعاوضةٍ، ولابد في الاستحقاق من محلٍ مستحقٍ ليمكن جعل العوض في ما يقابله، والمنافع معدومة فأقمنا محل المنافع مقام نفس المنافع في الاستحقاق وهو العين فكان تعدّي الاستحقاق إلى العين من هذا الوجه وإذا صارت العين [١٤٤/أ] حق المستأجر بهذا التقدير لم يكن إيجاب الضمان على المستأجر فيما هو حقه.

وأمّا في مسألتنا، والعارية محض إباحة وليس في مقابلة المنافع عوض أصلًا فجاز في منافع توجد حتى إذا وجدت استوفاها، وبهذا جاز مطلقًا من غير تقديرٍ بخلاف الإجارة لسهولة باب الإباحة فلم نحتج إلى أن نقيم العين مقام المنافع في الاستحقاق فصار حق المستعير في المنفعة فحسب، ولم يكن له حق في العين أصلًا لا مُلكًا ولا يدًا على ما سبق.

فإن قالوا: إذا جعلتم العقد على ما زعمتم فَلِمَ وَجَبَ التوقيت؟.

قلنا: لتقدير المستوفى من المنفعة، وعلى هذا الذي قلناه خرج مسألة الوصية بالخدمة، لأن الاستحقاق هناك تعدّى إلى العين بدليل وجوب التسليم، وبدليل أن الوارث لو قَتَلَ العبدَ الموصى لخدمته يغرم القيمة، وأمّا اعتراضاتهم على فصل ضمان الرد، وفصل استقرار الضمان على المستعير.

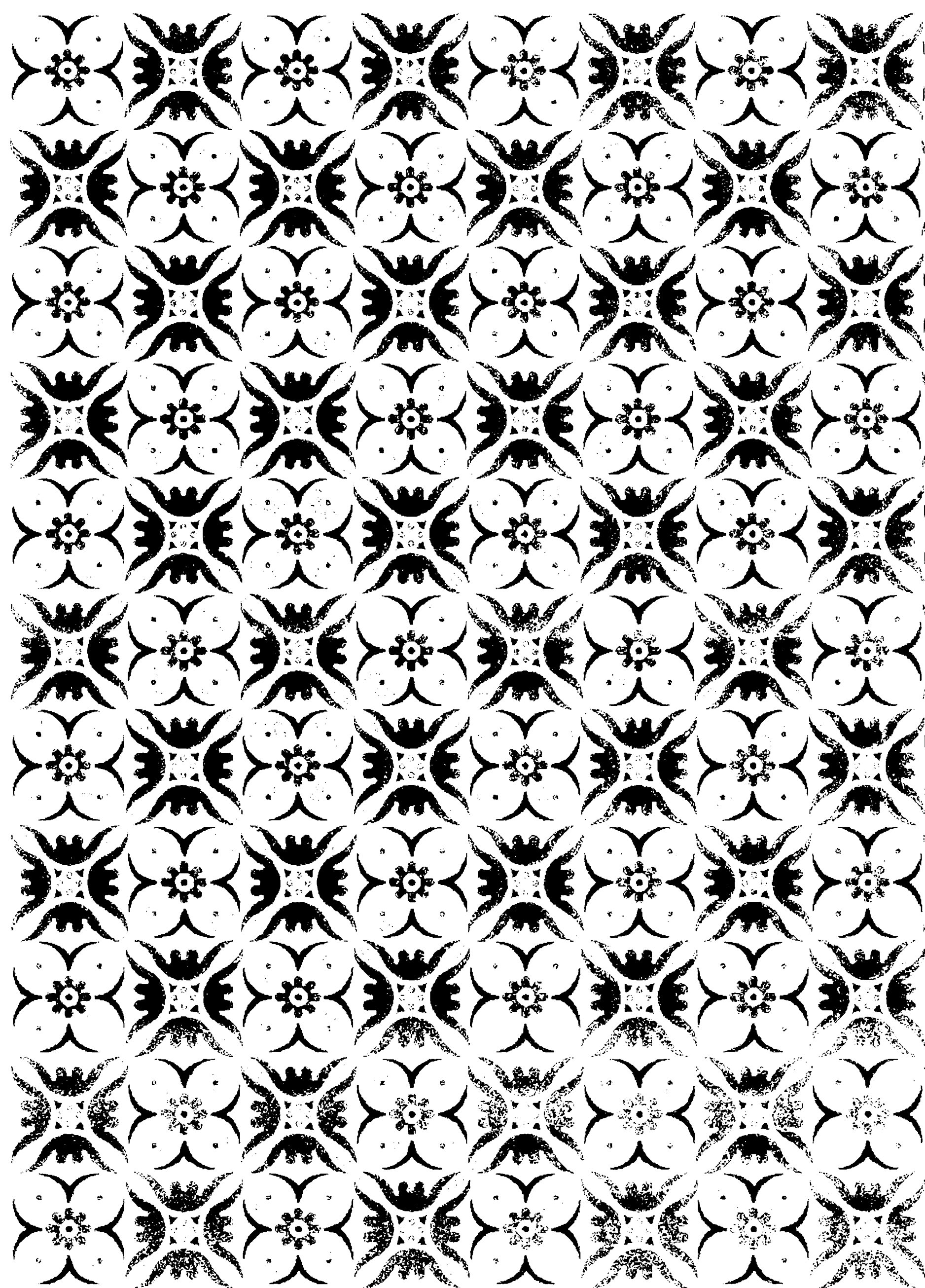
فهي اعتراضات واقعة قوية أحلنا الجواب عنها على مَنْ يعتمد عليها، ونحن اعتمدنا على ما سبق.

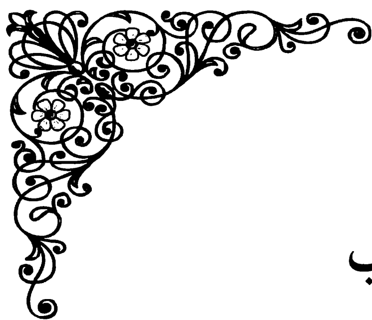
وأمّا كلامهم الأخير، فليس بشيء، لأن الأجزاء تلفت باستعمال مأذون فيها من قبل المالك، فنظيره إتلاف عينٍ مأذون فيه من قبل المالك، فإن رجعوا إلى أن القبض هاهنا مأذون فيه أيضًا فالجواب قد سبق.

وقد ذكر بعض مَنْ يدّعى التحقيق والتبرّز من أصحابنا في الجواب عن فصل الأجزاء: أنا نسلم عن ما إذا قال الغاصب: «خرّق ثوبي فتلف قبل الخرق» فتبتني هذه المسألة على تلك المسألة في المنع والتسليم.

وهذا تذلل عظيم في المذهب لا يرضى به مَنْ له أدنى غوصٍ على معاني الفقه، والجواب بدون هذا التذلل، والتمسك ظاهر بيّن على ما سبق، والله أعلم بالصواب.








كِتَابُ الغَصب

※ (مَسْأَلَة):

إذا فقأ عيني عبدٍ أو قطع يديه، فيجوز للمالك أن يضمنه قيمة العبد من غير تسليم الجثة إليه(١).

وعندهم: لا يملك إلا بشرط أن يسلم إليه الجثة(٢).

❖ لنا:

أن الواجب بدل العينين فلا يقف التزامه ضمان العين على إزالة ملكه عن غير المضمون.

دليله: إذا فقأ عينًا واحدة، والدليل على أن الواجب ضمان العين، إنه ضمان جناية، والجناية وجدت على العين، ولأنه لو فقأ إحدى العينين كان الواجب ضمان العين، كذلك إذا فقأ العينين كالحر.

يدل عليه: أن الحر إنما ضمن أبعاضه بضمان كله لشرفه وحرمته وكذلك في العبد يكون هكذا، لأن شرف الآدمي وحرمته موجود فيه.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: العبد مال فلا يجوز أن يبقى للمالك مع أخذه كمال قدر قيمته

---

(١) المهذب: ٢/٢٦٩، النكت: ورقة ١٧٢/أ.

(٢) مختصر الطحاوي: ٢٣٠، الأسرار: ٢/٢٨١/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١١/٨٦، رؤوس المسائل: ٣٤٦.

كَمَنْ غصب ثوبًا وخَرّقه خرقًا فاحشًا، واختار المالك تضمينه كمال القيمة لم يكن له ذلك مع استبقاء الثوب على ملكه[١].

وتحقيقهم: هو أن معنى المالية مُغلّب على أطراف العبيد، ولهذا لا يجري القصاص فيها عندنا بحال[٢]، وهذا لأن المالية في أجزاء الصورة والأجزاء هي المعتبرة في ضمان الأطراف بدليل المسائل التي عرفت من كامل اليد وناقصة اليد، واليد الشلاء وغير الشلاء وأمّا في النفس فالأجزاء فيها غير معتبرة بدليل المسائل، وإذا كانت الأجزاء معتبرة في الأطراف، وقد صارت مالًا لم يجز إسقاط جهة المالية في ضمانها، ولما لم تكن الأجزاء معتبرة في ضمان النفس ولا مالية فيما وراء الأجزاء بقي ضمان النفس على ما كان، وليس فيه من حكم المالية شيء، [ولهذا جوّزنا أن يزاد ضمان طرف العبد على بدل الحر[٣]، بخلاف ضمان النفس لا يزاد عندنا على ضمان الحر[٤].

قالوا: وإذا ثبت أن الضمان ضمان مال في أطراف العبيد، والجناية في مسألتنا وجدت على الطرف لم يجز أخذ كمال القيمة مع إمساك الأصل، كَمَنْ غصب شاة وقطع رجلها، وضمّنه المالك كمال القيمة يسلم إليه الجثة[٥] وكذلك هاهنا، وهذا بخلاف الحر، لأنه لا مالية فيه فلم يجز اعتباره بضمان [١٤٤/ب] الأموال بحال][٦].

(١) المبسوط: ١١/٨٦.
(٢) مختصر الطحاوي: ٢٣١.
(٣) أي أنه ديته مساوية لدية الحر، ينظر: مختصر الطحاوي: ٢٣٠.
(٤) المبسوط: ١١/٨٦.
(٥) المبسوط: ١١/٨٦.
(٦) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/٢٨٢ (مراد ملا).

قالوا: ولا يجوز أن يقال لو كان هذا الضمان ضمان مالٍ وَجَبَ أن يجوز له أن يغرمه نقصان الفقء والقطع وإمساك الجثة كما في سائر الأموال، [وكما قال أبو يوسف ومحمد في هذه المسألة من أصحابكم فإنهما جَرَيَا من غير تناقض(١)، وأبو حنيفة ناقض ذلك(٢)، لأنا وإن ألحقناه بضمان الأموال لكنا لا نعرض عن كونه آدميًا من وجهٍ، فإن العبد مال من وجهٍ، آدمي من وجهٍ فلابد من اعتبار كلامهما، فالقول بما قال الشافعي إسقاط اعتبار أنه ضمان مال، والقول بما قال أبو يوسف ومحمد من تضمين النقصان وإمساك الجثة إسقاط اعتبار أنه ضمان آدمي، لأن تضمين النقصان لا يمكن إلّا بعد التوزيع الواجب على النفس والفائت من الطرف، وهذا التوزيع لا يتصور في ضمان الجناية على الآدمي، بل حكم الضمان أنه بإزاء الفائت لا غير فقلنا باعتبار الشبهين.

ووجه ذلك: أنه بحكم أنه جناية على آدمي لا يجب متوزعًا فلم يجز له تضمين النقصان بل يكون الواجب بإزاء الفائت، وبحكم أنه ضمان مالٍ لم يجز له أن يأخذ كل بدل العين مع إمساك العين بل قيل له من شرط استيفائك هذا الضمان أن تزيل الجثة عن ملكك، وهذا كَمَنْ هشم قُلّب فضة يضمن لصاحبه ولكن ليس لصاحبه أن يضمِّنه إلّا بترك الأصل عليه، وأخذ القيمة من خلاف جنسه](٣)، لأن الجودة في الموزونات متقومة مع أصلها غير متقومة منفردة عن أصلها فجعل ضمانه بين هذين الأصلين فقيل إذا أمسك

(١) ينظر: الأسرار: ورقة ٢/٢٨٢ (مراد ملا).

(٢) يشير إلى قوله: «ما جناه الحر عليه من قطع عضو أو من فقء عين وجب عليه فيه جزء من قيمته إلا حصة من عشرة دراهم من قيمته...»، ذكره الطحاوي في المختصر: ٢٣٠.

(٣) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا).




الأصل وأراد تضمين الجودة على انفرادها لم يكن له ذلك كما لو أتلف شيئًا لا قيمة له من خمرٍ ودمٍ ونحوه، وإذا أراد ترك الأصل عليه وتضمينه جميع القيمة بخلاف جنسه ظهرت القيمة وجاز له ذلك، كذلك في مسألتنا هذه، فإن الجناية موجودة على الآدمي لكنها بخلاف سائر الجنايات من حيث إن الواجب بدل الطرف والطرف مال فكان بدل مالٍ لا بدل نفسٍ من هذه الجهة ولابد من إظهار حكم السبب في أنه جناية على الآدمي، وحكم البدل، لأنه واجب عن مالٍ فيقال له: قد وجب لك كل ضمان النفس بإزاء الفائت بحكم الجناية غير متوزعٍ على الفائت والباقي، لكن لاستيفائه شرط ضمان المال، وهو ألا يسلم لك الأصل مع كل الضمان فإن شئتَ أتيت بالشرط وأخذتَ الحق وإن شئتَ أبطلتَ حقك بإعدام الشرط مثل مسألة الهشم في المعنى سواء هذه طريقة أبي زيد قالها في الأسرار [1].

وقال في كتاب الجواهر: لما كان مالًا مضمونًا من وجهٍ آدميًا مضمونًا من وجهٍ اعتبر بالآدمي في إحدى العينين، وبالمال في كلا العينين، عملًا بالشبهين، وهذا كما قلنا في مسألة دية النفس إنها إذا انتقصت عن دية الحر اعتبرت بالمال، وإذا زادت تعتبر بالآدمي، وهذا لأن المال يتقوم بأجزائه فلا يتصور وجوب كل الضمان بالبعض» هذا حكاية لفظه.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: «مال».

يجوز أن يقال على المقابلة آدمي فجاز تضمين الجاني بالجناية عليه مع

(١) ينظر: الأسرار: ٢/٢٨٢/أ (مراد ملا).

بقاء المجني عليه على أصل السلامة لصاحبه.

دليله: الحر.

وأمّا قولهم: «إن معنى المالية مغلّب على أطراف العبيد».

قلنا: لا نسلم، بل حكم الأطراف حكم النفوس في الأحرار والعبيد وإلحاق الأطراف بالأموال ظلم عظيم على الأطراف، وقطع الأجزاء عن النفوس حيف على النفوس.

ومما يدل على أن الأطراف معتبرة بالنفوس لا بالأموال أن العبد إذا أقر على نفسه بالسرقة وجب عليه القطع، وإذا أقر عليه المولى بالسرقة لم يجب، مثل ما لو أقر العبد على نفسه بالقصاص في النفس وجب عليه، وإذا اعترف المولى عليه لم يجب.

ثم نقول الدليل على أن الواجب ليس ضمان المالية: أنه لو أراد إمساك الجثة وتضمينه النقصان لم يكن له ذلك ولو كان ضمان مال جاز له ذلك، ألا ترى أن في الثوب إذا خرّقه إنسان، والشاة إذا قطع رجلها إنسان له أن يمسك الثوب ويضمّنه الخرق، وفي الشاة له أن يمسكها ويضمّن النقصان، وليس لهم على هذا كلام إلا اعتبار الشبهين.

وطريقة الشبهين في كل موضع تُستعمل ضعيفة جدًا لوجهين من الكلام:

أحدهما: أنها طريقة الْمُتوقّفة المتحيرة لا طريقة الفقهاء فإن الفقه يظهر بترجيح المعاني، وتغليب الأشباه واعتبار الشبهين ليس من الفقه في شيء.

الثاني: أنه ما من موضعٍ يُستعمل فيه طريقة الشبهين إلّا والخصم يمكنه

إسقاطُها بالمقابلة [١٤٥/أ] وبيان ذلك في مسألتنا أنا نقول: لوجود الشبه بالأموال.

قلنا: ينتقص بدلُ النفس بفوات الأطراف.

ولأجل الشبه بالنفوس قلنا: له أن يضمنه بدل الفائت من الجزء وأن تقدر بجميع قيمة الجملة مع بقاء الجملة لصاحبها وسلامتها له.

وعلى الجملة كلامهم بناء على التفريق بين الأطراف والنفوس، ونحن لا نسلم لهم ذلك بحالٍ.

وقولهم: «إن المالية إنما يتصور في أجزاء النفوس».

قلنا: هي متصورة في الأجزاء والجملة جميعًا، لأنه معنى حكمي ثابت في الجملة بأجزائها، ولولا ثبوتها في الجملة ثبت[1] في الأجزاء.

فإن قالوا: ليس[2] أنكم قلتم في قيمة العبد إن المضمون هو المال دون الدم، ثم زعمتم ههنا أن المضمون هو الدم، وهذا تناقض بيّن.

قلنا: نحن نتبع الدليل في كل مسألة فنقول في قيمة العبد المضمون هو المال دون الدم، لأن الواجب هو القيمة ولا يتصور إيجاب القيمة في مقابلة الدم فجعلناها في مقابلة المال على ما ذكرنا في تلك المسألة، فأمّا في[3] مسألتنا اتبعنا دليلًا آخر وهو أن الواجب بقطع اليدين وفقء العينين كل القيمة،

---

(١) كذا في المخطوط، ولعل صحة العبارة (لم تثبت).

(٢) كذا في المخطوط، ولعل صحته: (أليس).

(٣) في المخطوط قوله: «فأما في» مكرر مرتين.

وتقدير الواجب بجميع القيمة دليل على اعتبار النفوس في هذا الحكم، وأن العبيد ألحقوا بالأحرار في هذا، وإذا قام الدليل على اعتبار النفسية اعتبرنا ذلك، ولم نبال بأخذ قدر جميع قيمة الجثة، مع بقاء الجثة على ملكه كالحر سواء.

وأمّا مسألة الهشم، فهي على أصولهم، ويجوز عندنا على أحد الوجوه أن يضمّنه النقصان مع بقاء القُلّب له وإمساكه.

وقيل: إنه يجوز أيضًا وإن كان من جنسه ولا يُعدّ ذلك ربا، لأن الربا إنما يدخل في العقود، وأمّا في ضمان المتلفات فلا، وأمّا إذا خرّق الثوب يضمنه النقصان إن كان للباقي قيمة، وإن لم يكن للباقي قيمة فالخرق إتلاف فلهذا ضمن جميع قيمته.

وقد قال مشايخهم: إن ما قلتم يُؤدّي إلى الجمع بين البدل والمبدل في ملكٍ واحدٍ وهو غير جائز، وهذا بناءً لهم على أن الواجب في مقابلة الجثة.

وقد بيّنا أن الواجب في مقابلة العينين، لأنه ضمان جناية فيكون في مقابلة الفائت بالجناية خاصة لا في مقابلة الفائت وغير الفائت.

وإن زعموا أن فقء العينين إتلاف حكمًا.

يقال لهم: ضمان الجناية يجب بالإتلاف الحسّي في مثل هذا الموضع ويقابل التالفُ حسًّا ولا يقابل التالفُ حكمًا، ألا ترى أن في الحر يُعدّ هذا الفعل أيضًا إتلافًا من حيث الحكم، ومع ذلك الواجب بإزاء التالف الحسّي من العينين واليدين لا بإزاء التالف الحكمي من النفس بدليل أنه لو أتلف

النفس بعد ذلك أو جني على عضوٍ آخر يجب ما يجب من قتلٍ.

وقد ألزمهم مشايخنا فصل المدبّر، وقطع إحدى اليدين، وهم يقولون في المدبّر إذا فقأ عينيه أو قطع يديه يجب ضمان النقصان ولا تجب جميع القيمة.

وقالوا: في قطع إحدى اليدين لم تجب عليه جميع قيمة الجثة حتى يجب تسليم الجثة له عند أخذها.

فإن قلتم: مَلِّكوه نصف الجثة فهو حيف عظيم على المالك، لأنه يبقى عليه نصف عبدٍ ناقصٍ بأخذه نصف القيمة، وهذا محض ضرر، وهذا لأنه لم يأخذ ما يقابل جميع الجثة، وإنما أخذ ما يقابل بعض الجثة، والجناية الحاصلة على بعض الجثة.

فأما في مسألتنا أخذ ما يقابل جميع الجثة فلا يجوز أن تبقى الجثة على ملكه كما سبق.

والجواب عن هذا ممكن وتمشية الإلزام بقطع إحدى اليدين على ما قاله الأصحاب متأتٍّ، لكن الاعتماد على ما قلناه أولى. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

المضمونات لا تُملك بالضمان عندنا[1].

وعندهم: تملك[2].

والمسألة تدور على أن الغصب[3] هل يكون سببًا للملك أم لا ؟.

فعندنا: لا يكون سببًا للملك بحال[4].

وعندهم: الغصب موجب لملك المبدل بإيجابه الملك في البدل[5].

❖ لنا:

أن ضمان الغصب ضمان جناية فلا يفيد ملك المضمون.

دليله: ضمان القتل، وإن علّلنا للسبب فنقول: الغصب جناية فلا يكون سببًا للملك. دليله: القتل، وهذا لأن الجنايات عدوانات والعدوانات لا تكون سببًا للملك، لأن الملك مشروع فلا يثبت إلا بسببٍ مشروعٍ، والجناية بالغصب محظور محض وليس فيها وصف من المشروعية بحال، وغير المشروع لا يكون سببًا للمشروع، وكذلك ضمانه لا يفيد الملك، لأن الضمان

---

(١) ينظر: المهذب: ١/٤٨٤، روضة الطالبين: ٥/٣٦.

(٢) ينظر: الأسرار: ٢/٢٨٩/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١١٨، المبسوط: ١١/٦٧، مختصر القدوري: ١/٤٠٠ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ٩/٤٤٢٥، رؤوس المسائل: ٣٤٧، إيثار الإنصاف في آثار مشكل الخلاف: ٢٥٦.

(٣) الغصب: هو الاستيلاء على حق الغير عدوانا. ينظر المنهاج مع المغني ٢/٢٧٥

(٤) الأم: ٣/٢١٩، المهذب: ١/٤٨٤.

(٥) ينظر: الأسرار: ٢/٢٨٢/ب (مراد ملا)، بدائع الصنائع: ٩/٤٤٢٥.

وجوبه بناءً على السبب، وإذا كان بسبب الضمان لا يصلح أن يكون سببًا للملك فالضمان الصادر عنه لا يصلح موجبًا للملك. ولأن ضمان الغصب لو أفاد الملك في [١٤٥/ب] المضمون لأفاد بنفس وجوبه، كضمان الثمن في البيع الصحيح، وضمان القيمة في البيع الفاسد على أصوله، وحين لم يُفد بنفس وجوبه، دل أنه لا يُفيد أصلًا.

وبيانه: أنه إذا غصب شيئًا فهلك في يده وجبت قيمته عليه، ومع ذلك لا يملك المغصوب بالإجماع[1]، وهذا لأن الملك يقابل بالملك، والتسليم بالتسليم، فإن كان هذا الضمان يفيد الملك في المضمون فإذا مَلَكَ المغصوبُ منه القيمة وهي البدل وجب أن يُملك عليه المبدل.

فإن قالوا: لا يملك إلّا بقضاء القاضي وحين يقضي بها القاضي مَلَكَ الغاصبُ المبدلَ.

قلنا: إذا هلك العين في يد الغاصب وعرف هلاكه، أيش الواجب على الغاصب؟ إن قلتم العين المغصوبة فمحال، لأنها هالكة، والهالك لا يتصور ثبوته في ذمة أحدٍ.

وإن قلتم: مثلها فلا يجوز أيضًا، لأن العبد لا مثل له، والمسألة مصورة في غصب العبد أو الثوب، ولا مثل لواحدٍ منهما، ولأنه كيف يثبت مثله في ذمته ولا يطالب به بحالٍ؟ فدل أن الواجب القيمة.

وأمّا توقيف وجوب القيمة على قضاء القاضي فلا معنى له، لأن هلاك

(١) ينظر: المغني ٣٦١/٧.




العين كافٍ[1] في وجوب القيمة، ولهذا إذا رفع الأمر إلى القاضي يطالب بالقيمة لا بعين العبد فتبين قطعًا أن القيمة واجبة بنفس الهلاك، ومع ذلك لم يوجب ملك ما يقابله، فكذلك إذا قضى القاضي يكون مثله.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الغصب سبب لملك البدل فيكون سببًا لملك المبدل.

دليله: البيع.

وهذا لأنه إذا مَلَكَ المغصوبُ منه البدلَ، ولم يملك عليه المبدل يجتمع في ملكه البدل والمبدل، وهذا لا يجوز، ولم يرد به الشرع بحالٍ ولأن ملكه لا يصلح أن يكون بدلًا عن ملكه، وما لا يصلح بدلًا لا يكون بدلًا، وإذا ثبت هذا فنقول: من ضرورة ملكه البدل خروج المبدل عن ملكه، أما ثبوت ملك البدل فلا إشكال فيه. والدليل عليه أنه يُوفّر عليه قضايا الأملاك.

وأمّا دليل أن البدل بدل العين أنه يوجب جميع قيمة العين ولا تجب جميع قيمة العين إلا بإزاء العين، وهذا لأن تفويت معنى في العين لا يجوز أن يقابل بجميع قيمة العين فإن تفويت معنى في العين يتنزل منزلة نقص يحل منه في العين، وجميع قيمة العين لا يجوز أن يقابل بنقصان يحل العين.

قالوا: أو نقول إذا قطع يَدَيْ عبدٍ أو فقأ عينيه إن الواجب بإزاء جميع العين، لأنها صارت تالفة حكمًا بقطع اليدين.

وحرفهم في هذا الدليل أن ضمان نقصان يحل العين لا يقابل بجميع قيمة

---

(١) في المخطوط: كافي.

العين، دل أن الواجب بدل العين قطعًا، ولأن ضمان الغصب ضمان جبرٍ.

ومعنى «الجبر» أن إزالة اليد تتنزل منزلة الإتلاف حكمًا فوجب القيمة جبرًا للتلف، ولا يتصور جبر إلّا بهذا الوجه إلا أنها لما لم يكن تالفة حسًّا فاستقام إثبات الملك فيه للغاصب.

يدل عليه: أن من مذهب الشافعي أنه إذا قدر على الأصل يلزمه رد هذا البدل(١)، ولو لم يكن بدلًا عن العين لم يلزمه رده عند القدرة على العين.

واستدلوا بمجموع هذه الدلائل: أن الواجب ليس ببدلٍ عن الحيلولة وإذا ثبت أنه بدل عن العين تضمن القضاء به خروج المبدل عن ملكه على ما سبق.

قالوا: وأما قولكم: «إن الغصب عدوان فلا يكون سببًا للملك».

قالوا: الغصب صار سببًا بإيجابه ملك البدل، وهو بإيجابه ملك البدل ليس بعدوانٍ من هذا الوجه، كما أن الزنا يوجب حرمة المصاهرة لكونه سببًا لخلق الولد، وهو من هذا الوجه ليس بمحظورٍ.

وقال أبو زيد في الأمالي:

على هذا أن وقوع الملك في البدل حكم شرعي، وليس بعدوان فلما صار الغصب سببًا لملك البدل لم يكن عدوانًا، عُلِم أنه سبب لملك الأصل لا على معنى أنه سبب لإثبات ملك له عدوانًا، بل كان ملك البدل بالغصب أمرًا مشروعًا، ثم السبب المشروع لملك مالٍ بدلًا عن مالٍ مشروع سببًا لملك

---

(١) الحاوي الكبير: ٢١٨/٧.

البدلين جميعًا على سبيل المقابلة كالبيع، وحرّر على هذا فقال:

الغصب سبب لملك بدل أصلٍ هو مال فيكون سببًا لملك ذلك الأصل.

الدليل عليه: البيع.

وقال بعضهم: لما وجب الضمان على الغاصب، والضمان مقيّد بالمثل شرعًا، ومتى لم يفوّت الملك على المالك في العين وبقيت العين على ملكه ووجب على الغاصب ضمان العين لم يكن هذا الضمان مثلًا للأول فاحتجنا إلى إزالة العين عن ملك المالك ليمكن إدخال البدل في ملكه والشيء يقتضي شرطه فصار قضاء القاضي بالضمان الذي هو سبب لثبوت الملك في [١٤٦/أ] البدل مقتضيًا زوال العين عن ملكه شرطًا لدخول البدل في ملكه كما في قوله «أعتق عبدك عني على ألف درهم» فإن الملك يثبت شرطًا لتصحيح العتق.

وعلى هذا قالوا: إذا كان الملك في المبدل بطريق الاقتضاء لملك البدل فعُدوا نِيّة السبب في ملك المبدل لم تكن مانعًا منه.

قالوا: ولا يلزم على ما قلنا إذا غصب مُدبّرًا حيث يضمن الغاصب قيمته ولا يملك المدبّر، لأن هناك السبب قد وجد إلّا أنه امتنع العمل لمانعٍ، وهو أنه لا يحتمل النقل من ملكٍ إلى ملكٍ ويجوز أن يوجد سبب الملك ويمتنع عمله لمانعٍ.

وحرفهم: أن بقاء الملك في المدبر ضرورة.

وقال بعضهم: إن الضمان في المدبر يقابل اليد ضرورة، لأنا لو جعلناه في مقابلة الرقبة احتجنا إلى أن نزيل الرقبة عن ملك المالك ولا يمكن

ومعتمدهم الأول.

واعتذر أبو زيد عن المدبّر في الأمالي وقال:

أولًا: تعليلنا لبيان أن ما قلناه سبب لملك الأصل في الجملة، لا لبيان أنه في أيّ محلٍ يعمل وفي أيّ محلٍ لا يعمل، ثم قال: الغصب يشبه الجناية التي هي القتل ويشبه البيع، أمّا شَبَهُ الجنايات فلأنه عدوان في نفسه، وَشَبَهُ البيع لأنه سبب لملك بدل يختص بالمال، ولا نوجب بدل غير المال بحالٍ مثل البياعات، فمن حيث إنه جناية أوجب الضمان فيما لا يملك من غير ملك المبدل، وهو المدبّر كالجنايات، ومن حيث إنه يشبه البيع قلنا: إنه يوجب الملك فيما يملك وهو القِنّ.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الآبق والهالك لا يحتمل الملك أيضًا، قال: أمّا الآبق فلا شك أنه محتمل للملك، وعلى أن عندنا إذا ثبت الملك في المغصوب يستند الملك إلى وقت الغصب، وعند الغصب لا هلاك ولا إباق، وفي المدبّر قد وجد التدبير عند الغصب.

فإن قلتم: كيف يستند وفي الحال لا يمكن إثبات الملك؟ ولأنه في المسندات من اعتبار الحال نقول: ملك المغصوب ليس يثبت مقصودًا، وإنما يثبت شرطًا لدخول البدل في ملكه وبهلاك المغصوب لم يبطل وجوب البدل بل تقرر، فإذا قضى به القاضي وَمَلَكَ الغاصبُ بالقضاء استند ملك البدل إلى وقت الغصب، لأنه السبب، وإذا استند ملك البدل اقتضى شرطه، وهو زوال المبدل عن ملكه، لأنه لا صحة إلا به.

قالوا: والملك يقع في المبدل وقت القضاء ووقت القضاء كان الشيء

قائمًا محتملًا للملك.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن هذا البدل بدل خلافة لا بدل مقابلة بدليل أنه يعتبر العجز عن الأصل ليقام الخلفُ مقامه، وفي بدل المقابلة يعتبر قيام المبدل حتى يحصل البدل في مقابلته، كالثمن مع المثمن، والأصل في الخلف إنما يقوم مقام الأصل حال العجز عنه، وإذا جاءت القدرة على الأصل سقط اعتبار الخلف كما في الماء مع التراب هذا لا يجوز أن يقال؛ لأن الذي قلتم: إنه بدل خلافة فمسلم، ولكن لابد من إزالة الأصل عن ملكه حتى يدخل البدل في ملكه، فإذا دخل البدل في ملكه وزال الأصل عن ملكه وقع الفراغ عنه فبعد ذلك يكون القدرة على الأصل قدرة بعد حصول المقصود بالبدل فلا يسقط اعتبار البدل كما لو تيمم وصلى ثم وجد الماء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال لو استند الملك لَنَفَذَ العتق من الغاصب، ولَمَلَك الأولاد.

قالوا: أمّا العتق إنما لم ينفذ، لأن ما يثبت بطريق الإسناد يثبت من وجهٍ دون وجهٍ، لأن الغصب لم يكن سببًا للملك عند الغصب، وإنما صار سببًا للملك عند ملك البدل ثم تستند السببية فيكون الملك ثابتًا من وجهٍ () دون وجهٍ، لأن السببية كانت ثابتة من وجهٍ دون وجهٍ، والملك الثابت من وجهٍ دون وجهٍ يكفي للبيع ولا يكفي للعتق كملك المكاتب.

وأمّا فصل الأولاد إنما لم يملكها، لأنا ذكرنا في كتاب البيوع أن الولد يسري إليه بسبب ملك الأصل وهو البيع، ولا نقول يُملك بملك الأصل، وملك الغاصب ملك خلافة فيخلُفُه في الملك لا في السبب الذي مُلكَ به



الأصل، لأنه يثبت بطريق الضرورة لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل، ولما صار خليفة في الملك لا في السبب، والولد مملوك بالسبب الذي مُلِكَ به الأصل، فإذا لم يصر خليفة في السبب لم يملك ما يملكه بذلك السبب ولم يكن مملوكًا بملك الأصل حتى إذا صار خليفة في ملك الأصل مَلَكَه، وأمّا الكسب لا يُملك بالسبب، لأن السبب لا يسري إلى الكسب فصارت علة [١٤٦/ب] ملك الكسب وجود الملك في المكتسب يوم الكسب، وقد صار الملك للغاصب فيكون الكسب له.

وقد ذكروا عذرًا آخر عن الولد أضعف من هذا فتركتُه.

قالوا: ولا يلزم إذا أخذ القيمة بقول الغاصب ثم وجد العين حيث تسترد، لأن التعليل وقع لإيجاب الملك في المغصوب، وهناك قد وقع الملك للغاصب في المغصوب إلّا أنه تملك غير لازم، لأنه لم يرض به حيث أخذ بقول الغاصب، وهو يزعم أن البدل أكثر مما قاله الغاصب، وإذا لم يلزم الملك لعدم الرضا يثبت له خيار الرد، كما لو اشترى شيئًا ثم وَجَدَ به عيبًا لم يكن الْمُلك لازمًا، لأنه لم يرض، كذلك ههنا.

۞ **الجواب:**

أما قولهم: «سبب لملك البدل».

لا نسلم، إنه بدل العين بل هو ضمان إزالة اليد، وهذا لأن الضمان إنما يكون بإزاء الفائت لا بإزاء الباقي، والعين باقية على ملك المغصوب منه، وإنما الفائت هو اليد، فيكون الضمان بإزاء الفائت من اليد لا بإزاء الباقي من العين، ولأن الضمان الأصلي إعادة اليد، فإنه إذا كانت العين قائمة في يده




إنما يجب عليه إعادة اليد فإذا هلكت العين أو أبق العبد تجب القيمة ليكون إثبات يده في القيمة مكان إعادة يده في الأصل أن لو كان الأصل قائمًا.

فإن قالوا: إن العين هلكت حكمًا بالإباق لفوات الوصول إلى المنافع.

قلنا: هذا بعيد، لأنها باقية حسًّا فكيف تجعل هالكة وقد أمكن إيجاب الضمان من غير أن يجعل في حكم الهالك؟ وجعل الشيء القائم هالكًا من غير ضرورة محال.

وقولهم: «إنه يملك البدل».

قلنا: بلى، ولكن ليكون الثابت له يد ملكٍ كما كان الفائت يد ملكٍ.

وقولهم: «إنه تجب جميع قيمة العين».

قلنا: لأنه وجبت القيمة لتكون يده في القيمة مكان يده الفائتة في العين فوجب جميع القيمة ليستقيم إثبات يدٍ له بدلًا عن اليد الفائتة.

ويمكن أن يقال الشيء للمالك ملكًا والشيء له يدًا، وبالغصب قد فوّت الشيء عنه يدًا فلابد من إيجاب قيمة الشيء ليكون له مكان الأول يدًا على ما سبق.

وأمّا قولهم: «إنه إذا وجد الأصل يرد إلى البدل المأخوذ».

قلنا: إنما وجب ذلك لأنه عادت يده إلى الأصل فوجب رد ما وجب له مكانه ويستوضح هذا الجواب بفصل المدبّر، فإن الواجب بإزاء إزالة اليد في المدبّر.

وقولهم: «إنه بدل العين إلا أنا لم نوجب الملك في الأصل لأنه لا يمكن إيجابه».

قلنا: لا توجبوا الضمان أصلًا، لأنه لما كان بدلًا واجتماع البدل والمبدل في ملكه لا يجوز، ومن ضرورة ملك البدل خروج المبدل عن ملكه ولا يمكن فدعوا الضمان أصلًا، وقد أسقطتم ضمان الغصب في أمّ الولد فأسقطوا في المدبّر أيضًا.

جواب آخر عن أصل الطريقة:

وهو على تسليمنا أنه بدل العين، ولكن مع هذا لا يملك المبدل، لأنه لم يملك البدل ملكًا مستقرًا، وإنما ملك لضرورة عجزه عن رد العين ليرده عليه عند قدرته عليها، فلِمَ قلتم إن ملك البدل على هذه الصفة يوجب ملك الأصل، بل لا يوجب كما في المدبّر.

فإن قالوا: في المدبّر إن البدل بإزاء اليد لا بإزاء العين، فليس هذا مذهبهم، لأن عندهم إن الرقبة هالكة حكمًا إذا تعذر استردادها فنحتاج إلى جبرها، ولابد في الجبر أن يكون البدل في مقابلة العين، وقد نص أبو حنيفة في كتابهم «أنه إذا غصب مدبرًا ثم غصب من يده غاصب آخر فاختار المالك تضمين الأول فإن الأول يضمن الثاني»، فلو لم يكن الضمان في مقابلة الرقبة لم يكن له تضمين الثاني، فثبت أن في المدبر الواجب عندهم في مقابلة الرقبة، ومع ذلك لم يملك الرقبة لما بيّنا أن الملك في البدل غير مستقر.

فإن قالوا: لم يكن لهذا المعنى، بل لأنه لا يحتمل الملك.

قلنا: قد أجبنا عن هذا، وعلى أنا نقول في مسألتنا: الهالك لا يحتمل الملك.

وأمّا الإسناد الذي قالوه، فباطل، لأنه لابد من محل الثبوت في الحال حتى يستند.

والذي قالوا: إن الأصل ملك البدل.

قلنا: إذا أوجب ملك البدل صار أصلًا، لأن البدل والمبدل لابد من مقابلتهما في الأصالة كالثمن مع المثمن.

والذي قالوا: من وقت القضاء يستند.

قلنا: العين هالكة وقت القضاء، فكيف يتصور ثبوت الملك فيه حتى يستند؟ وأيضًا فإن الإسناد متعذر، لأن السبب عدوان محض، وإسناد الملك إلى سبب هو عدوان محض لا يجوز.

وقولهم: «إنه ليس بعدوان من حيث ملك البدل».

قلنا: ملك المبدل لا ينسب إلى ملك [١٤٧/أ] البدل بل ينسب إلى السبب الذي يملك به البدل كما في البيع، وإذا نُسب إليه فهو في عينه عدوان محض فبطل أن يكون سببًا.

ويقال لهم: أنتم تُلحقون هذا السبب في ملك البدل والمبدل بالبياعات والبيع لا يوجب ملك البدل من حيث إنه يوجب ملك البدل، بل هو يوجب الملك في البدل والمبدل بعينه، ويكون سببًا تامًا في كل واحدٍ منهما، فهذا الذي قالوه بيان بطلان السببية لأن السبب إذا لم يكن بنفسه موجبًا لملك

المبدل لا يصير بملك البدل سببًا كالجناية بالقتل، ولأن السبب لا يصير سببًا بحكمه وإنما يكون سببًا بنفسه، فكأنهم جعلوا هذا السبب سببًا لحكمه وهو ملك البدل، ولأن الأحكام بالأسباب، لأن الأسباب تصير أسبابًا لأحكامٍ.

وفي المسألة لهم تخبطات كثيرة، ومناقضات يتعذر عليهم الخروج عنها فاختصرنا واقتصرنا على ما سبق. والله الموفق للصواب.



※ (مَسْألة):

زوائد المغصوب من الأولاد والثمار وغيرها مضمونة عندنا[١].

وعندهم: لا تكون مضمونة[٢].

❖ لنا:

أن الولد مغصوب فيكون مضمونًا كالأمّ، وكذلك سائر الزوائد، ثم الدليل على أنه مغصوب ثبوت يد الغصب عليه، وكل ما ثبتت عليه يد الغصب يكون مغصوبًا، وهم يمنعون ثبوت يده عليه أصلًا، وإن سلموا ثبوت يده عليه يقولون: الغصب مفقود، لأن الغصب ليس هو إثبات اليد على الشيء حتى يقال إذا ثبتت يده على الولد يكون غاصبًا له فنحتاج في هذه المسألة إلى أن نبين أولًا ثبوت يده عليه بصنع من قبله، ثم نبين أن الغصب هو إثبات اليد

(١) مختصر المزني مع الأم: ٣٧/٣، المهذب: ٤٨٦/١، النكت: ورقة ١٧٣/ب، الحاوي الكبير: ١٥٠/٧، روضة الطالبين: ٥/٧، ٢٧.

(٢) مختصر القدوري مع الجوهرة: ٤٤٣/١، الأسرار: ٢٨٤/٢/ب (مراد ملا)، المبسوط: ٧٨/١١، بدائع الصنائع: ٤٤٠٤/٩، رؤوس المسائل: ٣٥٢، إيثار الإنصاف: ٢٥٥.

ويبنى عليه الضمان.

أمّا الدليل على ثبوت يده على الولد: المشاهدة، فإن المسألة مصورة فيما إذا كان الأمّ والولد في يده.

فإن قالوا: هو في يده ولكن لا بصنعه.

قلنا: يده صنعه وهو في يده فيستحيل نفي صنعه مع وجود يده.

فإن قالوا: جعل فِي يده لا بفعله بل، فإن الله تعالى خلق الولد في يده وإذا كان الله تعالى جعل الولد في يده انعدم صنعُه، وإذا انعدم صنعُه انعدم غصبُه.

قلنا: إذا حصل في يده ويده يد غصبٍ على الأمّ، فالحاصل في يد الغصب مغصوب.

فإن قالوا: يده يد غصبٍ في الأمّ، فأمّا في الولد فلا، ويجوز أن يكون له يد غصب في شيءٍ ويد أمانةٍ في شيءٍ آخر.

وربما يقولون: الغصب قد انقضى، لأنه فعل ينقضي بالفراغ منه وإنما بقي حكم الغصب في الأمّ لا نفس الغصب.

۞ **الجواب:**

إن الولد حصل في اليد التي على الأمّ واليد على الأمّ يد غصبٍ فيكون حاصلًا في يد الغصب، ثم يدل على استدامة وجود الغصب في الأمّ فنقول: الغصب فعل حسي فإذا استديم الفعل الحسّي صار الغصب مستدامًا، وإذا

صار الغصب مستداماً بهذا الوجه، فاليد التي بها يصر مستديمًا للغصب في الأمّ يصير به غاصبًا للولد، وهذا كجرح يستديمه في محل حسًّا يجوز أن يجرح به في محل آخر فيكون مستديمًا للجرح في المحل الأول مبتدئيًا للجرح في المحل الثاني، وهذا الكلام بناءً على أن الغصب هو إثبات اليد وسنبين وجه صحة ذلك.

ونستدل في ثبوت يده على الولد بصنعه بوجهٍ آخر فنقول: سبّب بحصول الولد في يده بفعلٍ هو تعدٍ[1]، ونعني «بالتسبيب» إمساك الأمّ فيضاف إليه بالتحصيل، كما لو سبّب التلف بحفر البئر أو وضع الحجر، فإنه يضاف إليه بالإتلاف، كذلك ههنا.

وهذا دليل معتمد.

فإن قالوا: إنما يضاف إليه تسبيبًا ما يتصور أن يضاف إليه مباشرة وحصول الولد لا يتصور أن يضاف إليه مباشرة فلا يضاف تسبيبًا بخلاف التلف.

وهذا ليس بشيء، لأن مباشرة تحصيل الولد في يده متصور، وليس الكلام في أصل حصول الولد، إنما الكلام في تحصيله في يده.

وسؤالهم المعتمد هو أن يُسلّموا حصوله في يده لصنعه، لكن يقولون لم يحصل بصنعٍ هو غصب، لأن الغصب ليس هو إثبات اليد.

فنقول: الدليل على أن الغصب هو إثبات اليد: أن إثبات اليد يكفي للملك فيكفي للضمان.

(١) في المخطوط: تعدى.

وصورة إثبات الملك بنفس إثبات اليد في المباحات.

فإن قالوا: الملك لا يتعدى من المحل إلى غيره، والضمان يتعدى من المحل إلى المالك، لأنه يجب له فلابد من فعلٍ يتعدّى إليه، وذلك الإزالة على ما سنبين حتى لو تعدّى في الملك فإنه لا يكفي إثبات اليد.

قلنا: بهذا لا يندفع فصل الملك، لأن الملك يثبت تارة بإثبات اليد بواسطة الإزالة، وتارة بمجرد إثبات اليد، فقولوا أيضًا إن الضمان تارة بإثبات اليد بواسطة [١٤٧/ب] الإزالة، وتارة بمجرد إثبات اليد، ثم الدليل المعتمد في هذا الفصل: أن إثبات اليد على مال الغير تعدٍ(١) لأنه تصرف منه في غير محل حقه فإذا كان تعدّيًا، وضمان الغصب ضمان تعدٍ(٢) فاستقام إيجاب ضمان التعدي بفعلٍ هو تعدٍّ(٣)، وهذا لحقيقة، وهو أن ضمان الغصب هو ضمان الرد في الأصل فإذا تعذر الرد بالإباق أو الهلاك وجب ضمان القيمة لتقوم القيمة مقام الأصل فيصير كأنه رد الأصل.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول:

إثبات اليد بالتعدي على مال الغير مؤثر مخيل في إيجاب رفع اليد، ثم إذا وجب رفع اليد فوجب رفع اليد بوجهٍ يزيل التعدي، ورفع اليد بوجهٍ يزيل التعدي يكون بإيصال الشيء إلى مالكه فيكون هو الرد الذي يثبت عند الأخذ، وإذا وجب هذا الضمان وجب ضمان القيمة عند تعذر الإيصال ليقوم إيصال

---

(١) في المخطوط: تعدى.

(٢) في المخطوط: تعدى.

(٣) في المخطوط: تعدى.




القيمة مقام إيصال الأصل فصارت هذه الصورة وصورة الأخذ من المالك في حكم الغصب سواء.

فإن قالوا: إثبات اليد مخيل مؤثر في إيجاب رفع اليد وإزالة الموانع من أخذ المالك وتخليته بينه وبينه، فأمّا لا إخالة له في إيجاب الرد إنما الأخذ مؤثر في إيجاب الرد الذي هو ضمان الغصب.

والجواب ما سبق: أن رفع اليد إنما يجب على وجهٍ يزيل تعدّيه بإثبات اليد، وإذا رفع اليد من غير أن يوصله إلى مالكه فقد زاد في التعدّي، ورفع اليد على وجهٍ يزيل التعدي لا يكون إلا بإيصاله إلى مالكه فإن جاء المالك يأخذه خُلّي بينه وبينه وإن لم يجئ وجب عليه أن يحمله إليه ويوصله إليه بهذا الوجه ليزول تعدّيه.

وهذا دليل معتمد في نهاية الاعتماد، هذا الذي قلناه كله في الجارية الحائل إذا ولدت.

فأمّا الحامل فالكلام فيها أظهر، لأنه يصير غاصبًا لهما، لأن الأمّ ظرف الولد والولد مظروف، وغصب الظروف يكون غصب المظروف، وهذا أمر محسوس لا يمكن منعه بدليل سائر الظروف والمظروفات، ولأنه إذا غصب شاة حبلى فهو غاصب للولد بدليل أن الشاة إذا كانت تساوي عشرة دراهم عند عدم الحمل ومع الحمل تساوي خمسة عشر، يضمن خمسة عشر، وإذا وجب ضمان الحمل قبل الانفصال فبالانفصال لا يسقط ضمانه، كالحنطة في الجراب، والدُّرة في الحقة.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الزوائد ليست بمغصوبة فلا تكون مضمونة كالوديعة واللقطة، وإنما قلنا «ليست بمغصوبة» لأنه لم يصنع في الولد شيئًا وغصبه صنعه، وإذا لم يصنع شيئًا لم يكن غاصبًا، وإنما قلنا «لم يصنع شيئًا»، لأن الزيادة لا صنع للآدمي فيها، وإنما يزداد بصنع الله تعالى فيها.

وحرفهم في هذا: أن الولد حصل في يده بالولادة، والولادة فعل الله تعالى على الخلوص بدليل قوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ أَخۡرَجَكُم مِّنۢ بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمۡ﴾(١)، فصار نظير مسألتنا إذا هبت الريح بثوبٍ وألقته في حجره فإنه في يده أمانة، لأنه لا صنع له فيه.

قالوا: ولا يجوز أن يجعل غصبًا بالإمساك، لأن الإمساك ليس بغصبٍ في الأمّ فلا يكون غاصبًا في الولد.

والدليل على أنه ليس بغصبٍ في الأمّ، أنه وجب إمساك الأمّ ليردها على صاحبها، والغصب لا يجب بحالٍ.

هذا نهاية ما قيل في هذه الطريقة.

وأمّا المعتمد لهم قالوا: لم يوجد في الولد غصب، لأن حدّ الغصب: إزالة اليد بإثبات اليد، ولم يوجد في الولد إزالة اليد، لأنه لم يكن في يد المالك حتى يُزال يده.

وربما عبّروا عن هذا وقالوا: الغصب أخذ الشيء من غيره بنقله عن يده

(١) سورة النحل، آية: ٧٨.

إلى يده فذلك النقل هو الغصب، وبعد أن وجد النقل يبقى حكم الغصب لا الغصب، وهذا كالدخول في الدار ينقطع بالفراغ عنه وإذا انقطع فعل الغصب لم يتصل بالزيادة فلا تصير مغصوبة.

قالوا: والدليل على أن حدّ الغصب ما بيّناه أن الضمان الواجب ضمان جبرٍ، لأنه وجب لحق الآدمي، وضمان حق الآدمي يكون بالجبر لا غير، وضمان الجبر ركنه التفويت ولا تفويت في الغصب إلّا تفويت اليد، فدل أن حقيقته تفويت اليد، ثم تفويت اليد ينزل منزلة تفويت العين حكمًا، لأن العين لا تراد لذاتها وإنما تراد لمنافعها، وباليد يتوصّل إلى منافعها فصار تفويت اليد كتفويت العين.

يدل عليه: أن الغصب فعل مُتعدٍ(١) تقول: «غصبتُ من فلان».

وحقيقة التعدي هو إزالة يد المالك بإثبات يد نفسه.

وربما يقولون: يد مبطلة ليد صاحبه، فإذا لم يوجد تعدّي الفعل إلى غيره [١٤٨/أ] لم يوجد الغصب.

قالوا: وأمّا قولكم: «إنه متعدٍّ(١) بإثبات اليد عليه».

يقال، بلى متعدٍّ(١)، ولكن ليس كل فعل اتصف بالتعدي يكون غصبًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن لم يوجد إزالة يد المالك فقد وجد منع يده فيقوم مقام الإزالة كمنع الرق، ومسألة المغرور تقوم مقام تفويت الرق، لأن المنع أيضًا لم يوجد، فإن الولد لا يحصل في تزاحم المغصوب منه حتى

---

(١) في المخطوط: متعدى.

يمنع منه، وإنما يحصل بحيث لو أراد أخذه أمكنه، وههنا أيضًا يكون المغصوب منه متمكنًا من أخذه ولو أراد أخذه فمنعه الغاصب يصير غاصبًا.

أما قبل المنع فلا يجوز أن يجعل غاصبًا ولم يوجد تفويت يد ولا منع يدٍ وعلى أن المنع من الشيء لا يعطى له حكم تفويت ذلك الشيء.

ألا ترى أن مَنْ أهلك نصاب الزكاة قبل حول الحول لا يضمن الزكاة، وإن مَنَعَ الوجوب، وإذا أتلف غنم إنسان وأشجار إنسان لا يضمن الأولاد والثمار وإن منع حصولهما.

وأمّا مسألة المغرور(١) فإنما أوجبنا الضمان بإجماع الصحابة على خلاف القياس(٢)، وبعضهم قال: قد ثبت رق الولد في حق مالك الجارية، لأنه ولد جاريته، وإنما هو حُرٌ في حق المستولد، ويجوز أن يكون الشخص حُرًّا في حق إنسانٍ دون غيره، كمن شهد بحرية عبد غيره يكون حُرًّا في حق الشاهد دون المشهود عليه، ثم إذا رفعوا الأمر إلى القاضي لا يمكنه الجمع بين حكم الرق والحرية فيغلب الحرية ويبطل الآن حق مالك الجارية في رق الولد بقيمة يوجبها على المستولد، ولهذا المعنى يعتبر قيمة الولد عند الخصومة لا عند الولادة.

قالوا: ولا يلزم على الأصل الذي قلناه غاصب الغاصب حيث يضمن للمالك وإن لم يوجد إزالة يده، لأنه قد وجد منه إزالة يد مَنْ يقوم مقام يده

(١) المغرور: يقال غَرّه غرًّا وغرورًا وغِرّه بالكسر فهو مغرور: خدعه والمقصود هنا: خدعه بأن يزوجه أمة على أنها حرة. ينظر: القاموس مادة (غَرّ)

(٢) ينظر: المغني ٤٤١/٩.

من وجهٍ، ويد الغاصب تقوم مقام يد المالك من وجهٍ، ولهذا المعنى تقطع يد السّارق بخصومة الغاصب كما تُقطع بخصومة المالك، وأيضًا بغصبه إزالة مُكنة المغصوب منه من أخذ الشيء من يد الغاصب الأول فنزَّله منزلة إزالة يده.

قالوا: وعلى هذا المودع إذا حجر الوديعة يجعل غاصبًا لإزالة الْمُكنة، وكذلك المغصوب منه إذا طالب برد الولد فَمَنَعَه، وعلى أن يد المودَع يد المودِع، وكذلك في حق الولد يد الغاصب يد المغصوب منه، لأنه أمانة فبجحد الوديعة وبمنع الرد تجعل يده يد نفسه فنزّل منزلة إزالة يده.

قالوا: ولا يلزم ولد الظبية المخرجة من الحرم حيث يضمنه، لأن الضمان هناك بإزالة أمن الصيد، والأمن يزول بوقوعه في أيدينا كيفما وقع، لأن أمان الصيد ببعده عن أيدينا، فصارت اليد بصورتها مقومة للأمن فوجب الضمان.

وأمّا ههنا فالضمان إنما يجب بالغصب وذلك بيد في العين مبطلة ليد صاحبها، فلم يوجد بنفس وقوع الشيء في أيدينا.

والحرف: أن أيدينا الممسكة في الزوائد من الصيد كالأخذ فيما ذكرناه وهو سبب ضمان الصيد، وليس بسبب ضمان الأموال بل لابد ههنا من إبطال يد صاحب المال، وذلك لا يحصل بنفس الحفظ بل بالأخذ من يد المالك يحصل، أو بالمنع من يده ولم يوجد في مسألتنا أخذه الولد من يده، وإذا وجد المنع من يده وذلك عند طلبه أوجبنا الضمان.

قالوا: ولا يلزم مسألة حفر البئر، لأن الضمان ضمان تلف لا ضمان

غصب، والتلف قد حصل بسبب مضافٍ إلى فعله وهو عمق المكان. وأمّا في مسألتنا فالغصب لم يوجد على ما سبق.

وأمّا الكلام في الحامل فهو مثل ما ذكرنا في الحائل، لأنه لا يد على الحمل في بطن الأمّ، وإنما يصير محل اليد بعد الانفصال، ولهذا المعنى لا يكون الحمل محل التصرفات التي تبتنى على اليد بحالٍ، وبعد الانفصال لم يوجد فيه غصب على ما سبق فلم يجب ضمانه.

❁ **الجواب:**

أما الطريقة الأولى فقد سبق الجواب عنها.

ويمكن أن يقال حصل الولد في يده بطريقٍ معتادٍ لتحصيل الأولاد في الأيدي فإن إمساك الأمهات سبب معتاد لتحصيل الأولاد فأشبه هذا حفر البئر في التلف.

وخرج على هذا مسألة هبوب الريح بالثوب.

أمّا الطريقة الثانية فقد ذكرناه أن الغصب: هو إثبات اليد على مال الغير بجهة التعدي.

وحرفنا: أن هذا القدر كافٍ[1] في إيجاب الضمان كما سبق من قبل، فإن وجدت إزالة اليد فليس لأنها شرط، لكن لا يمكن إثبات اليد إلّا بإزالة اليد فإن [١٤٨/ب] وجد في موضع إثبات اليد بلا إزالة اليد كان سببًا كافيًا في إيجاب الضمان.

(١) في المخطوط: كافي.

وقولهم: «إن الضمان ضمان جبر».

يمكن أن يقال ليس بضمان جبرٍ، بل هو ضمان تعدٍّ[1] فحسب، وقد سبق هذا في المسألة الأولى.

فإن قلنا ضمان جبرٍ، فمعنى «الجبر» هو إقامة القيمة مقام الأصل ليتأدّى بها الواجب في الأصل على ما سبق.

وقد ذكرنا أن الواجب في الأصل هاهنا إيصال الشيء إلى يد مالكه بجهةٍ يزول بها التعدي، وقد أمكن إيجابه بمجرد إثبات اليد فأوجبناه، وحين فات أقمنا القيمة مقامه.

وأمّا قولهم: «إن الغصب فعل يتعدى إلى المالك».

قلنا: التعدي إلى المالك إنما اعتبر ليستقيم إيجاب الضمان له، وقد استقام إيجاب الضمان للمالك بمجرد إثبات اليد على الوجه الذي قلنا فلا معنى لاعتبار التعدي، والتعدي إنما اعتبر لمعنى وذلك المعنى قد جعل بإثبات اليد، وعلى أن يده على محل حق الغير لا تخلو عن التعدي، والاعتماد على الأول.

وقد اعتمد كثير من أصحابنا على منع اليد وقالوا: منع اليد بمنزلة إزالة اليد بدليل مسألة المغرور، ومَنْ سلك هذه الطريقة ينبغي أن يقول الموجب للضمان منع يدٍ بإثبات يدٍ حتى لا يدخل شيء مما قالوه من الإلزامات.

وعذرهم عن المغرور في غاية الضعف، بل ولدُ المغرور حر مطلق

---

(١) في المخطوط: تعدى.

ولا يتصور تقسيم الحرية فيقال: تثبت في حق شخصٍ دون شخصٍ متى وجد سببها.

وأمّا مسألة الشهادة: فنحن نقول: المشهود بعتقه في حق جميع الناس إلا أنه إذا اشترى حينئذ يعتبر ما زعمه ويشهد به.

والذي قالوا: «إن وجوب الضمان كان بإجماع الصحابة».

قلنا: وإجماع الصحابة كان لما بيّنا من المعنى وهو معنى مخيل لا يترك له.

وعندي أن الاعتماد على الأول أولى، وهو أصل المذهب.

وفي المسألة إلزامات كثيرة، وأعذارهم عنها ضعيفة، أعرضنا عنها، لأن المعنى قد اتجه، وهو معنى برهاني مقنع، وفيه غُنية عن الكل وقد قال بعض أصحابنا:

إن الضمان ثبت في الأصل ثباتًا مؤكّدًا فيسري إلى الولد كالملك وحق الاستيلاد، وقرروا فصل الاستيلاد، لأنه حق مبني على فعل من المستولد، كما أن في مسألتنا الضمان حكم مبني على فعل من الغاصب.

وقد قال المخالفون:

إن الضمان في ذمة الغاصب، ووصف العين بأنها مغصوبة نوع مجازٍ.

ألا ترى أن الضمان يبقى في الذمة مع فوات المحل المضمون ولا يتصور بقاء الملك مع فوات المحل المملوك، وكذلك في حق العتق بالاستيلاد، وإذا

كان الضمان محله ذمة الغاصب فالولد حصل من غير محل الضمان ولم يحصل من محل الضمان فلم تتصور السّراية.

وألزموا على هذا ولد المبيعة، وقد ذكرنا ما هو المعتمد في المسألة ولا يلزم ولد المبيعة على الطريقة، لأن ضمانه ضمان عقدٍ ولا عقد في الولد، وفي مسألتنا الواجب ضمان غصبٍ وقد وجد الغصب في الولد على ما سبق. والله أعلم.



※ (مَسْألة):

منافع الأموال مضمونة بالغصب عندنا، وسواء في ذلك أتلفها بالاستيفاء أو عطّلها بترك الاستيفاء[١].

وعندهم: لا يضمنها في الموضعين[٢].

❖ لنا:

أنها أموال مغصوبة أو متلفة فتكون مضمونة.

دليله: الأعيان، وقد نازعوا في ماليتها، ونازعوا في تحقق غصبها

---

(١) مختصر المزني مع الأم: ٣/٣٨، المهذب: ١/٤٨٧، النكت: ورقة ١٧٤/أ، الحاوي: ٧/١٦٠، روضة الطالبين: ٥/١٣.
وصورة ذلك: إذا غصب عبدًا خبازًا مثلًا، وأمسكه شهرًا، ثم رده إلى المالك: لا يضمن منافع الشهر.

(٢) مختصر القدوري: ١/٤٤٤، الأسرار: ٢/٢٨٧/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١١/٧٨، البدائع: ٩/٤٤٠٩، اللباب في شرح الكتاب: ١/٤٤٤، رؤوس المسائل: ٣٥١، إيثار الإنصاف: ٢٥٨.

وإتلافها، فزعم بعضهم: أنها ليست بأموالٍ، لأن المال ما يتموّل وتموّل الشيء صيانته لزمان الحاجة، وهذا لا يتصور في المنافع لأنها إذا حدثت تلفت.

واستدل بعضهم: في أنها ليست بمالٍ بمسائل منها:

* أنه لا يتعلق بها حق غريم ولا وارث حتى لا يعتبر خروجها من الثلث إذا أباح المريض بعض منافع أمواله لإنسانٍ أو أعانه بنفسه في بعض أموره.

* وكذلك إذا كان على المريض دين ليس للغرماء أن يضمّنوا المباح له شيئًا.

* ومنها: أنه لو كان له مال يجري فيه الحول فاستبدل به منافع في الحوانيت أو الخانات ينقطع حول الزكاة، ولو كانت أموالًا لم ينقطع، كما لو استبدل بالأعيان أعيانًا.

* ومنها: أنه لو دفع حانوتًا إلى إنسان ودراهم وقال: اتّجر بهذا الدراهم على هذا الحانوت تكون الدراهم قرضًا ويكون الاتجار على الحانوت إباحة، ولو كانت المنافع أموالًا لوجب أن تستوي الصورتان.

وسلّم بعضهم: أن المنافع أموال، لكن قال: لا يتحقق الغصب فيها، لأنها إذا حدثت تلاشت فلا يتصور غصبها، وهذا لأن الغصب إزالة يد المالك بيد الغاصب، فإذا لم يبق في يد المالك كيف يتصور إزالة يده عنها بإثبات يد الغاصب، وكذلك الإتلاف [١٤٩/أ] لا يتصور، وأيضًا لأن الإتلاف قطع البقاء والمنافع لا تبقى فلم يتصور قطع بقائها.

يبينه: أن الإتلاف حدّه: أن يرد على محلٍ يقبل البقاء لولا الإتلاف فيتلف بالإتلاف، والمنافع تفنى كما توجد فلا تقبل الإتلاف، وهذا لأنه لما كان واجب التلف عند الحدوث فلا يضاف تلفه إلى فعل الغاصب بل يضاف تلفها إلى نفسها، لأنها واجبة التلف فلا يمكن إيجاب ضمانها على أحدٍ.

قالوا: وأمّا العقد إنما جاز شرعًا لحاجة الناس وضرورتهم ولا حاجة إلى تحقيق الغصب.

يبينه: أن الغصب ظلم، والظلم يُمحق لا أنه يُحقق فلا حاجة إلى تحقيق الغُصوب، وقد مسّت الحاجة إلى تحقيق العقود.

قالوا: وفي الإجارة الفاسدة هو عندنا صحيح بأصله فاسد بوصفه فإنما يضمنه من حيث إنه صحيح لا من حيث إنه فاسد.

واعلم أنا نحتاج في هذه المسألة أولًا إلى إثبات المالية للمنافع ثم إذا ثبت احتجنا إلى بيان تحقق غصبها وإتلافها.

فأما إثبات المالية فيمكن أن يقال: إن المال اسم لشيءٍ غير الآدمي خُلِقَ لمصلحة الآدمي، وهذا الحدّ موجود في المنافع، أو يقال: إن المال اسم لما تقوم به التجارة في الأسواق القائمة بين الناس، ومعلوم أن التجارات تقوم بالأعيان تارة، وبالمنافع أخرى.

والأولى من الدليل أن نقول:

إن المالية في الأشياء لا تُعرف إلا بالشَّرع، وقد قامت الدلائل الشرعية في أن المنافع مال، والدليل عليه جواز الاعتياض عنها بالعقود، وهذا لأن

المعاوضات مبادلات أموال بأموالٍ ولا يتصور ورود عقد المعاوضة على ما ليس بمالٍ.

يدل عليه: أن المنفعة تصلح أن تكون صداقًا، والصداق يختص ثبوته بالمال بدليل قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[1].

فنص على أن الابتغاء يكون بالمال.

ويدل عليه: أن العبد المأذون يملك عقد الإجارة في أمواله، ولولا أنه من التجارة لم يملكه، لأن المأذون في التجارة لا يملك إلا التجارة، وإذا كان من التجارة دلّ أن المنافع مال، لأن التجارة مبادلة مالٍ بمالٍ لطلب الربح.

ويدل عليه: أن الحيوان لا يثبت في الذمة بدلًا عن المنافع ولو كانت غير مال لثبت كما يثبت الحيوان في الذمة عندهم بدلًا عن النكاح، والخلع والكتابة، وهذا إلزام معتمد، وأحسن الدليل هو التمسك بالعقد.

وإن زعموا أنها لم تكن مالًا وصارت مالًا بالعقد، فهذا محال، لأن غير المال لا يصير مالًا بالعقد كالخمر والميتة والدم.

وأما دليلهم الأول قولهم: «إن المال ما يتموّل».

قلنا: لا، بل المال ما جعله الشرع مالًا، ثم التموّل موجود في المنافع حسب ما يوجد في الأعيان.

يبينه: أن تقوّم الأعيان بالمنافع فيستحيل أن تقوّم غيرها ولا تكون لها

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٤.

قيمة في نفسها، والاعتماد على ما سبق.

وأمّا المسائل التي تعلقوا بها:

أما الأولى: فقد منعها بعض أصحابنا وقال: يعتبر من الثلث، وإن سلمنا فإنما لا تعتبر من الثلث، لأنها لو اعتبر اعتبر لحق الورثة وهي لا تبقى للورثة بعد الموت حتى يتعلق بها حقهم قبل الموت، فلهذا كان من رأس المال.

وأمّا المسألة الثانية: فإنما انقطع الحول، لأن المنافع ليست بمال الزكاة، وإنما لم تكن مال الزكاة، لأن محل الزكاة عرف بالشرع، والله تعالى جعل محل الزكاة الأعيان، فلو صارت المنافع محل الزكاة لكان بالقياس عليها ولا مدخل للقياس في محل الزكاة كما لا مدخل له في أصل الزكاة.

وأمّا المسألة الثالثة: لا نسلّمها، ونقول: إذا حكمنا بأن الدراهم تكون قرضًا نحكم بأن الحانوت تكون له بأجرة، ثم إذا ثبت لنا أن المنافع أموال فنقول في تحقيق الغصب: إن الغصب إثبات اليد على الشيء على سبيل العدوان، وهي ثابتة على المنافع، لأن اليد تثبت على كل شيء بقدر الإمكان، وقدر الإمكان في المنافع هو: أن يكون الشيء المنتفع به في يده حتى إذا حدثت المنافع حدثت في يده، ولأن اليد تثبت على المنافع عقدًا فتثبت غصبًا كالأعيان.

وأمّا تحقق الإتلاف بالاستيفاء، فإن الاستيفاء إعدام المنافع والإعدام إتلاف.

يبينه: أن المستوفي للمنافع مسبب لوجودها وتلفها بعد الوجود فيضاف

إليه وجودًا وتلفًا، كما يضاف إتلاف العين إلى المسبب لإتلافه.

وعلى هذا سقط قولهم: «إن الغصب لا يتحقق في المنافع».

لأنا قد حققناه، وكذلك الإتلاف.

يبينه: أن الأعيان لا يوجد من الإنسان إعدامُها حقيقة، لأن إعدامَ الأعيان لا يدخل في قدرة العباد، وإنما يقدر عليه الرب تعالى، وغاية ما [١٤٩/ب] يفعله البشر التسبب إلى إعدامها، ويُعدّ ذلك إتلافًا، كذلك في المنافع.

وأمّا عذرهم عن العقد بالحاجة.

قلنا: نُلزمكم الإجارة الفاسدة ولا حاجة في هذه الصورة.

فأما قولهم: «إن الفاسد صحيح بأصله فاسد بوضعه».

قلنا: الإلزام على اعتبار الحاجة والإجارة الفاسدة، وإن قالوا: إنها صحيحة من وجهٍ لا من وجهٍ فلا تتصور حاجة إليها، لاندفاع الحاجة بالصحيح منها.

وعلى أن الحاجة ماسة ههنا لتحقق الغصب لوجود الحاجة إلى حفظ حقوق الناس، والمنافع حق المغصوب منه، وفي تضمينها حفظها على صاحبها.

وقولهم: «إن العدوان يُمحق لا أنه يُحقق».

قلنا: العدوان قد تحقق بأخذ العين واستيفاء منافعها بغير إذن المالك إلا أنكم تقولون: هذا العدوان ليس بغصبٍ فنحن نثبت صفة الغصبية بهذا العدوان لحاجة الحفظ لحقوق الناس.

والحرف: أن في نفي صفة الغصب إبطال حق المغصوب منه.

فإن قالوا: إن العدوان يُنفى بالتعزير والتأديب، والحق يحفظ بإيجاب الثواب له في الآخرة، وهذا لأنا نؤخر حقه إلى الآخرة لا أنا نبطل حقه، وربما يكون حاجته إلى حقه في الآخرة أكثر من حاجته إليه في الدنيا.

۞ **الجواب**:

إن التأخير إلى الآخرة إبطال في الدنيا، والضمان واجب لئلا يبطل حقه في الدنيا، وهذا لأن حقه ثابت في الدنيا فوجب أن يحفظ في الدنيا.

يدل عليه: أن التأخير إلى الآخرة إغراء الظلمة على أموال الناس، وهل يرتدع ظالم بمثل هذا إلّا على الأفراد؟.

ويقال لهم أيضًا: لا تعزّروه أيضًا بغصبه وأخّروا أمره إلى الآخرة، لأنه إذا جاز أن يؤخر أصل الحق إلى الآخرة جاز أن يؤخر الردع وَيُحال على عذاب الآخرة.

فدل أن التعلق بأمثال هذا هذيان عظيم لا يعتمد عليه فقيه.

۞ **وأمّا حجّتهم**:

بعد الطريقين اللذين قدمناهما وأجبنا عنهما: أن ضمان العدوان مقيد بالمثل نصًّا ومعقولًا على ما عرف، وليس بين المنافع والأعيان مماثلة، فلا يجوز إيجاب الدراهم التي هي الأعيان بل أعزّ الأعيان بدلًا عنها.

والدليل على أنه لا مماثلة: أن المنافع أعراض تتلاشى كما تحدث ولا

تقبل البقاء، والأعيان باقية قابلة للبقاء وما يبقى خير مما يفني، ولأن الجواهر قائمة بذواتها والأعراض قائمة بالأعيان، وما يقوم بالشيء يكون تابعًا له ولا مماثلة بين التابع والمتبوع.

وحرفهم: أن التبع قط لا يماثل أصله، وما يفنى في الحال قط لا يكون مثلًا لما يبقى الأزمنة الطويلة.

يدل عليه: أن الضمان للجبر، والأصل كيف ينجبر بفرعه؟ هذا محال، والأعيان كيف تجبر الأعراض، فهذا غير معقول، ولأن المنافع لا تضمن بالمنافع لعدم المماثلة من كل وجهٍ وإن وُجِدَ التماثل في أصل الشيء فإن كل واحدٍ منهما منفعة فلئن لا يضمن بالدراهم والدنانير وقد عدم التماثل من كل وجهٍ أولى.

قالوا: ولا يلزم منافع البُضع حيث تضمن بالدراهم، لأن منافع البُضع قد التحقت بالأعيان بخلاف القياس تعظيمًا لها على ما عرف بخلاف منافع سائر البدن.

ولا يلزم إذا ضرب رأس إنسان فأصمّه أو أعماه حيث تجب الدية والفائت هو المنفعة، لأن في هذه المسألة لا يجب الأرش بتفويت المنفعة، وإنما يجب باستهلاك العضو؛ لأن بقاء العضو بحياته كما أن بقاء النفس بحياتها، وحياة العين البصر، وحياة الأذن هو السمع فيكون العَمَى هلاك البصر، والصَّمَم هلاك الأذن.

وربما يقولون: إن الأعضاء تعرف قائمة بكونها صالحة للانتفاع بها

وتصير مستهلكة بخروجها من أن تكون صالحة للانتفاع بها، كما في الذات.

قالوا: ولا يلزم إذا أتلف ما يتسارع إليه الفساد حيث يضمنه الدراهم والدنانير، وإن كان بقاء هذا فوق بقاء ما أتلفه، لأن كل واحد منهما قابل للبقاء إلا أن بقاء أحدهما أكثر فقد تساويا في أصل البقاء، وإنما وجدت التفاوت هناك في مقدار البقاء.

وأمّا هاهنا التفاوت في أصل البقاء فمنع الضمان، لأن ما يفنى لا يماثل ما يبقى، وهذا لأن المماثلة إنما تعتبر حالة المقابلة، وحالة المقابلة حال وجوب الضمان، وفي حال وجوب الضمان كل واحد منهما موصوف بالبقاء فاستويا فتفاوتهما في البقاء بعد ذلك لا يمنع وجوب الضمان.

وأمّا ههنا حال مقابلة الضمان بالمضمون لا مساواة بينهما فلم يجز إيجاب الضمان.

قالوا: ولا يلزم الأب والوصي إذا استأجرا شيئًا للصغير حيث يجوز ولو كان بينهما تفاوت لم يجز، لأنه لا يجوز له أن يبدل الأجود بالأدنى، كما لا يجوز أن يبدل [١٥٠/أ] الجيد بالرديء، لأن في هذه الصورة إنما جاز لحاجة الصبي، ويجوز صرف مال الصبي إلى ما هو من حوائج الصبي وإن كان لا يحصل للصبي مال كما في النكاح، وكما في تعليم القرآن والأدب، ولئن يجوز ههنا أولى.

قالوا: ولا يلزم ضمان العقد، لأنه غير مبني على المماثلة، ألا ترى أنه يجوز أن يقابل الكثير بالقليل والجيد بالرديء بخلاف ضمان العدوان فإنه

مقيد بالمثل.

قالوا: وأمّا الإجارة الفاسدة، فالبدل فيه إنما يجب من حيث إنه مشروع لا من حيث إنه عدوان، كما أن المبدل عندنا إنما يملك بالقبض في البيع الفاسد من حيث إنه مشروع، وإذا كان وجوب الضمان في الإجارة الفاسدة من حيث إنه مشروع كان مُلحقًا بالصحيح، وقد بيّنا أن ضمان العقد غير مبني على المماثلة، إنما ضمان العدوان مبني على المماثلة إلّا أنه لضعف العقد لم يجب المسمّى فوجب ضمان نفسه وذلك هو القيمة إلّا أنه لا قيمة بدون العقد، والعقد قد انعقد وإن كان فاسدًا على ما عرف من مذهبنا فلم يكن بد من إيجاب عوض المنفعة والعقد ضعيف فلم يمكن إيجاب المسمّى به فأوجبنا أقل البدلين فإن كان المسمّى أقل أوجبنا ذلك، لأن التسمية متناولة له وإن كانت الأجرة التي يتعارفه الناس لذلك وهي أجرة المثل بطريق المجاز أقل أوجبنا لئلا يخلو عن عوضٍ بعد انعقاد العقد الموجب للعوض فنوجب ما تيقنا به، ونطرح ما شككنا فيه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال في اعتبار هذا التفاوت إبطال حق المالك؛ لأن حقه لا يبطل بل يتأخر إلى الآخرة، وكم من الحقوق يتأخر إلى الآخرة نحو الشَّتم والأذى! فلا يكون في التأخير إلى الآخرة إبطال حقه بل يكون مُعَدًا له إلى أن يصل إلى دار الجزاء.

فأما إذا قضينا على الغاصب بضمان فوق ما أتلف بطل حقه أصلًا لأنه يكون مستحقًّا عليه بقضاء القاضي، وما يستحق على الإنسان بقضاء القاضي الذي هو حجة الشرع لا يصل إليه في الدنيا ولا في الآخرة، فكان التأخير

أهون من الإبطال.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الغاصب ظالم، واعتبار جانب المظلوم أولى من اعتبار جانب الظالم، وذلك لأن حق الغاصب فيما وراء ظلمه محترم معصوم ولا يجوز تفويته، وإنما يجوز استيفاء الضمان على طريق الانتصاف فلا يترجح جانب المغصوب منه على جانبه فيما وراء ظلمه.

وقد استدل مشايخهم في المسألة: بحبس الحر حيث لا يضمن الحابس منفعته، وحبس الجارية لا تضمن منفعة بضعها، وسنجيب عنهما.

۞ الجواب:

إنهم إذا سلموا المالية في المنافع وثبت تحقق الغصب والإتلاف بالوجه الذي قدمنا لم يبق لهم في المسألة متمسك.

والذي ادّعوا من عدم المماثلة إن عَنَوا فيما وراء المالية فمسلم، وإن عَنَوا في المالية فلا نسلم، لأن الأعيان والمنافع وإن اختلفتا في كل شيء ففي المالية واحد، لأن المالية تعرف بالتقويم.

والمسألة مصورة فيما إذا قوّمت منافع الحانوت أو الدار بعشرة فإذا قوّمت بعشرة فلا بد أن توجد المماثلة بين المقوّم وبين القيمة مالية، إذ المماثلة ماليةً لا يعرف إلّا مثل هذا، وإذا ثبت هذا فلا يبقى التفاوت بعد ذلك إلّا مثال التفاوت في الصورة، وذلك غير معتبر مثل التفاوت في صورة السلع وصورة الدراهم والدنانير.

فإن قالوا: لا صورة للمنافع.

قلنا: لا ندّعي أن لها صورة لكن نقول إذا ثبت المماثلة ماليةً فلا ينظر: إلى التفاوت فيما سوى ذلك كما لا ينظر: إلى التفاوت صورةً في الأعيان، وهذا لأن المنافع وإن تلاشت إذا وجدت فإنها تتلاشى وتنعدم إلى وجود أمثالها، فصار الوجود مستدامًا من حيث المعنى، فإنا نعلم قطعًا إن الدار المتهيئة للسكنى لها منفعة مستدامة باقية، وكذلك الثوب الصالح للبس، والدابة الصالحة للركوب، ومعنى الاستدامة والبقاء: هو ما بيّنا أن المنافع وإن تلاشت وفنيت بعد الوجود يكون عدمها إلى وجود أمثالها فأشبهت الأعيان الباقية بذواتها من هذا الوجه، وهذا كما أن الأرض وما فيها يساوي في الوجود السماء وما[1] فيها إلى أن تنتهي مدتهما، وإن كان ما في الأرض يوجد ويفنى، وما في السماء مستدام بقاؤه لأن ما في الأرض من الموجودات وإن كان يوجد ويفنى ولكن إلى موجودات أمثالها، فجعل [١٥٠/ب] كالموجود المستدام، وأمّا مسألة الإتلاف فيما يتسارع إليه الفاسد، فلازمة.

وقولهم: «إن البقاء في الحال موجود لهما».

قلنا: بلى، ولكن أحدهما أبقى فإذا اعتبرتم التفاوت في أصل البقاء فاعتبروا التفاوت من حيث الأبقى، كالجيد والأجود.

وكذلك ضمان المنفعة في الإجارة الفاسدة، لازم.

ووجه اللزوم: إنهم اعتبروا أجر المثل حتى إذا كان المسمّى عشرة وأجر المثل خمسة يجب خمسة، واعتبار أجرة المثل بلا مماثلة محال.

وأمّا تعلقهم بحبس الحر، فليس بشيء، لأن منافع الحر في يده كَبَنَانِهِ

---

(١) زيادة يقتضيها النص.

يكون في يده، وما يضمن باليد لابد من ثبوت يد الضامن عليه حتى يضمنه بخلاف المنافع في مسألتنا فإنها في يد الغاصب، كما أن أصل الشيء في يد الغاصب منافعه أيضًا تكون في يده كالمالك لما كانت العين في يده كانت المنافع في يده أيضًا، فأما إذا يسخره لعملٍ فإنما يضمن، لأنه إتلاف، وفي الإتلاف لا تعتبر اليد.

فإن قالوا: أليس تثبت اليد عقدًا على منافع الحر؟.

قلنا: لا، إنما هي استحقاق مجرد العمل بلا ثبوت يد.

وأمّا مسألة منافع بضع الجارية فلأنها ليست في يد الغاصب أيضًا.

وقد بيّنا في مسألة الخلوة أن منافع البضع شيء في الباطن لا يتوصل إليها إلا بآلةٍ مخصوصةٍ فلا يتصور فيها الاستيفاء إلا بتلك الآلة، فأمّا ثبوت اليد عليها من قبل فمحال، وهو نظير الروح على ما ذكرنا في تلك المسألة.

ولهذا يملك المغصوب منه العقد على منافع بضع الجارية المغصوبة بالتزويج، ولا يملك العقد على منافع سائر الأعضاء بالإجارة ولأن منافع البضع لا تملك ملك الأموال بدليل أنها لا تورث ولا تنقل إلى الغير عقدًا فلا تضمن أيضًا ضمان الأموال، وليس كسائر المنافع، لأنها تملك ملك الأموال فتضمن ضمان الأموال، ونعني بضمان الأموال ضمان الغُصوب، لأنها ضمان الأيدي. وضمان الأيدي مُشَبَّهٌ[1] بالأموال، والله أعلم بالصواب.



(١) مشتبه في الأصل، ولعل الصواب ما أثبت.

※ (مَسْأَلة):

إذا استكره امرأةً على الزنا، وَجَبَ الحدّ عليه لله تعالى، والمهر لها عندنا[1].

وعندهم: لا يجب المهر[2].

والمسألة بناء على أن المنافع مضمونة بالإتلاف بدليل ما بيّنا في المسألة الأولى، ومنافع البُضع متقوّمة بدليل تقومها بالعقد، ولا يتصور أن يُضمن بالعقد ما لا يكون متقوّمًا بنفسه، وقد ذكرنا دليل تقوّمها في كتاب النكاح، وإذا كانت متقوّمة فيضمن بالإتلاف.

دليله: الأعيان.

يبينه: أنه بالوطء اعترض على حقين: على حق الله تعالى بارتكابه النهي، وعلى حق الآدمي وهو المرأة بإتلافه منافع بُضعها، فيجب الحدّ لله تعالى، ويجب المهر لها، مثل ما لو قتل إنسانًا خطأ تجب الدية للآدمي والكفارة لله تعالى.

وأمّا حجّتهم:

أمّا مشايخهم قالوا: إتلاف منفعة تمحض تعديًا فلا يوجب الضمان، كما لو زنى بها وهي مطاوعة؛ ولأن الوطء فعل واحد، وقد أوجب الحدّ فلا

---

(١) الأم: ٣/٢٣٠، مختصر المزني مع الحاوي: ٧/١٦٣، النكت: ورقة ١٧٤/ب، الحاوي: ٧/١٦٣.

(٢) الأسرار: ٢/٢٨٩/أ (مراد ملا)، كنز الدقائق مع البحر: ٥/٢٠، تبيين الحقائق: ٣/١٧٨.

يوجب المال؛ وهذا لأن ما يندرئ بالشبهة، وما يثبت مع الشبهة لا يجوز وجوبها بفعل واحدٍ للضدية التي في الواجبين.

قالوا: ولا يجوز أن يعتذر عن ما إذا كانت مطاوعة بوجود الرضا منها؛ لأنا نصور إذا كانت ساكتة، والسكوت لا يكون رضا في الإتلاف.

دليله: إذا قطع يد إنسان وهو ساكت لا يكون رضا حتى إنه يطالب بالأرش وأيضًا لو شرطت مالًا على الواطئ لا يجب المهر، وإن لم ترض باستيفاء منفعة بُضعها مجانًا، وإن كان السقوط بالرضا وجب أن ينظر: إلى كيفية الرضا.

قالوا: وهذا لأن الرضا بالسبب الموجب للمهر لا يوجب سقوط المهر بدليل الموطوءة بالشبهة والمفوضة يجب لها الصداق وإن وجد الرضا الذي يوجد هاهنا، وهو السكوت أو الدعاء إلى الوطء.

وأمّا أبو زيد[1] بنى هذه المسألة على أصلٍ وهو أن منفعة البُضع غير متقوّمة؛ لأن المماثلة من شرط الضمان الواجب بالإتلاف، ولا مماثلة بين منافع البُضع والمهر؛ لأن منافع البُضع ليست بمالٍ، والمهر مال، ولا مماثلة بين المال وبين غير المال.

إلا أنا أوجبنا المهر بالعقد، وشبهة العقد بالنص؛ ولأنا لو لم نوجب أدّى إلى إهانة البُضع وإسقاط خطره فوجب الضمان لصيانته عن الهدر.

وفي مسألتنا قد وجب الحدّ فوقعت صيانته عن الهدر فذهبت الحاجة

---

(١) ينظر: الأسرار: ٢/٢٨٩/أ (مراد ملا).

إلى صيانته بإيجاب المال فرجع إلى الأصل وهو أنها غير متقوّمة فلا يجب بإتلافها شيء، وهو كالدم على أصولهم [١٥١/أ] على ما عرف في مسائل القصاص.

❁ **الجواب:**

أمّا الأول: فتعلق بمجرد صورة ولئن صارت تلك الصورة دليلًا على حكمٍ، فالأولى أن يعتبر دليلًا على إيجاب المهر؛ لأن الإتلاف بعدوانٍ آكدُ الأسباب في جملة الأحكام.

وأمّا إذا كانت مطاوعة فالسبب المسقط للمهر رضاها باستيفاء منفعة البُضع.

ووجه وجود الرضا هو التمكين، فإن التمكين دليل الرضا في النِّساء بل هو حقيقة الرضا، ولا شيء من النِّساء فوق هذا، وقد وجد سواء كانت ساكتة أو مستدعية.

وأمّا قولهم: «إذا شرطت المال».

قلنا: شرط المال باطل؛ لأنه شرط في غير محله فصار كالعدم وبقى الوطء مع وجود التمكين فأشبه الحال إذا لم تكن شرطت المال.

وأمّا قولهم: «إن سبب وجوب المهر إذا وجد لم يسقط بالرضا».

قلنا: إذا خلص وجوبه لحقها فيسقط برضاها؛ لأنها من أهل الإسقاط والرضا دليل الإسقاط، وليس كالمفوضة والموطوءة بالشبهة؛ لأن المهر

وجب هناك لحق الله تعالى وحقها، فإن البُضع قد تعلق به حكم الله تعالى على ما عرف، فإذا وجب حقًا لله تعالى وحقًا لها لم يسقط برضاها.

وفي مسألتنا قد وجب الحدّ لحق الله تعالى فخلص المهر لها فيسقط برضاها.

وأمّا الذي قالوا: إنه قد وجب الحدّ الذي يندرئ بالشبهة فلا يجب المهر الذي يجب مع الشبهة.

فهذا كلام جاهل؛ لأن المهر لم يجب لاعتبار الشبهة عندنا حتى يكون عدمها مانعًا من وجوبها، وإنما وجب باعتبار وجود الإتلاف سواء اتصل به الشبهة أو لم تتصل به الشبهة، وأمّا الحدّ وجب بالإتلاف لكن بوصف خلوّه عن الشبهة.

فإذا ثبت هذا فإذا وطئ بالشبهة وجب المهر ولم يجب الحدّ؛ لأن الموجب للحدّ لم يوجد، فإذا وطئ الوطء الذي هو زنا قد وجد الموجب للحدّ على ما بيّنا، والموجب للمهر على ما بينّا، فاجتمع وجوبهما، ولم يكن عدم الشبهة مانعًا من وجوب المهر؛ لما بينّا أنه لم يتعلق بالشبهة حتى يكون عدمها مانعًا.

وأمّا التعلق بالفعل الواحد، فباطل؛ لأن الفعل الواحد إذا اشتمل على معنيين يجوز أن يتعلق به واجبان كما سبق.

وأمّا طريقة أبي زيد فقد ذكرنا أن منفعة البُضع متقومة.

وأمّا قولهم: «إن المال لا يماثل غير المال».

قلنا: المعتبر هو المماثلة بقدر الإمكان وقد وجد؛ لأن كل واحدٍ من منفعة البُضع والمال، معصوم متقوم منتفع به، وكذلك نقول في الدم: إنه متقوم بالمال لوجود المماثلة بقدر الإمكان وقد بينا هذا في مسألة موجب العمد(١).

وأمّا المماثلة من كل الوجوه ليست بشرطٍ بدليل الثياب والدّواب مع الدراهم والدنانير.

فإن قالوا: «لابد من كونهما مالين».

قلنا: وَلِمَ؟ بل ما ذكرناه كافٍ(٢)، وعلى أنه إذا ثبت وجود العصمة والتقوم في منافع البُضع وجبت قيمتها وضمانها ثم ضمانها بما يضمن به سائر الأشياء وذلك المال، كما لو قَتَل حرًّا يجب المال بهذا الطريق، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (**مَسْأَلَة**):

العقارات تضمن بالغصوب عندنا(٣).

وهو قول محمد بن الحسن(٤).

---

(١) ينظر: ٦٢/٤ من هذا الكتاب.

(٢) في المخطوط: كافي.

(٣) الحاوي: ١٦٦/٧، المهذب: ٤٨٨/١، النكت: ورقة ١٧٥/أ، روضة الطالبين: ٨/٥.

(٤) الأسرار: ٢٨٦/٢/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١١٨، مختصر القدوري: ٤٣٨/١، المبسوط: ٧٣/١١، البدائع: ٤٤١٠/٩. وهو قول أبي يوسف الأول، إيثار الإنصاف: ٢٥٩.=




وعند أبي حنيفة وأبي يوسف: لا تضمن(١).

❖ **لنا:**

أنها مغصوبة فتكون مضمونة.

والدليل على تحقق الغصب فيها الخبر وهو قوله ﷺ: «مَنْ غصب شبرًا من أرضٍ طوقه من سبع أرضين يوم القيامة»(٢).

وظاهر اللفظ على حقيقته إلى أن يقوم دليل المجاز.

والمعتمد من المعنى هو: أن الأراضي محل ثبوت اليد، فإن منعوا فالدليل عليها: أنها محل الملك، فتكون محل يد الملك؛ وهذا لأن الأملاك إنما تراد لمقاصد فيها، وتلك المقاصد لا يوصل إليها إلا بالأيدي فيها.

ويدل عليه: أن الأيدي المبتنية على العقود ثابتة فيها مثل يد البيع الصحيح والفاسد، ويد الرهن والهبة وغير ذلك.

فإن زعموا وقالوا: إن اليد الحسيّة لا تتصور في الأراضي، وإنما تتصور اليد الحكمية، وفي الصور التي قلتم إنما تثبت الأيدي الحكمية دون الأيدي

= وهو قول مالك وأحمد.
ينظر: المغني: ٣٦٤/٧.

(١) الأسرار: ٢٨٦/٢أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١١٨، مختصر القدوري: ٤٣٨/١، المبسوط: ٧٣/١١، البدائع: ٤٤١٠/٩، رؤوس المسائل: ٣٥٤، وهو قول أبي يوسف الأخير، إيثار الإنصاف: ٢٥٩.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ١٠٣/٥ مع الفتح باب أثم من ظلم شيئًا من الأرض، بلفظ (مَنْ ظلم)، ومسلم في صحيحه مع النووي ٤٨/١١ كتاب المساقاة باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها بلفظ «من اقتطع....»

الحسيّة، وإنما أثبتنا اليد الحكمية لضرورات وحاجاتٍ، وأمّا اليد في مسألتنا فلا حاجة ولا ضرورة في إثباتها فرجعنا إلى الأصل المعقول، والمعقول الأصلي: أن اليد لا تتصور على الأراضي.

❁ **والجواب:**

إن اليد الحسيّة متصورة؛ وذلك لأن اليد الحسيّة في كل شيء على حسب الإمكان، ألا ترى أن أكثر المنقولات لا يتصور الاشتمال [١٥١/ب] عليها بالبراجم(١) من الدواب والجواري، والغلمان، والأشياء الثقيلة، وإنما يتصور الاشتمال بالبراجم في أشياء معدودة، وقد ثبتت اليد في الكل بالاتفاق فصارت اليد الحسّية ثابتة بأحد وجهين:

إمّا الاشتمال على الشيء بالبراجم، أو التمكن من الشيء حفظًا وتصرفًا وانتفاعًا، وإن شئت عبرت عن هذا فقلت: الاستيلاء على الشيء بأقصى الوسع، وهو الذي قلناه من التمكن، فثبتت اليد الحسيّة من هذا الوجه.

وأمّا أيدي الأملاك والعقود لازمة.

وقولهم: «إن تلك الأيدي أيدٍ حكمية».

قلنا: لا، بل الثابت أيدي حسيّة، وعلى أن الشيء إنما يقدر حكمًا إذا تصور حسًّا، وأمّا إذا لم يتصور حسًّا فلا يقدر حكمًا.

ونستدل أيضًا بثبوت اليد الحسيّة على الأراضي باستيلاء المسلمين

---

(١) رؤوس السلاميات من ظهر الكف إذا قبض الشخص كفه نشزت وارتفعت.
ينظر: المصباح مادة (البراجم).

على أراضي الكفار، فإنها تملك باستيلائهم عليها وليس الاستيلاء إلا إثبات الأيدي.

والمعتمد ما ذكرنا من الحقيقة.

وإذا ثبت أن اليد تثبت على الأراضي فنقول حدّ الغصب: إثبات اليد على وجه العدوان، وقد حصل في العقار فجعل مضمونًا بوجود سببه.

۞ وأمّا حجّتهم:

ادّعوا عدم تحقق الغصب في العقار فلا يصير مضمونًا ضمان الغصب؛ لأن ضمان الغصب لا يجب إلا بالغصب.

والدليل على عدم تحققه أن حدّ الغصب: إزالة يد المالك بإثبات يد نفسه على ما سبق في مسألة ولد المغصوبة، وإزالة يد المالك لا توجد في العقار إلا بمنع المالك منه وتبعيده.

فأمّا بنفس إثبات اليد لا تزول يد المالك؛ لأن نهاية ما يوجد من الغاصب في العقار من إثبات اليد هو زراعته الأرض أو سكناه الدار، وبهذا لا تزول يد المالك؛ لأن الغاصب إن زرع من جانبٍ فالمغصوب منه يزرع من جانبٍ آخر، وإن سكن الدار من جانبٍ فالمالك يسكن من جانبٍ آخر.

فدل أنه لا توجد إزالة يده إلّا بمنعه من العقار وتبيعده عنه، ومنع المالك وتبعيده عنه ليس من فعل الغصب في شيء؛ لأن الغصب فعل في المال المغصوب؛ لأن مال المغصوب محل حكمه وهو الضمان فيكون محل فعله أيضًا ليتّحد محل السبب وحكمه مثل سائر الأسباب وأحكامها.




وأمّا التبعيد والمنع فعل في المالك فلا يكون من الغصب فجعلت إزالة يد المالك بفعل ليس بغصبٍ وإذا كان الغصب لا يوجد إلّا بإزالة يد المالك ولم يوجد بفعل الغصب إزالة يد المالك لم يجب الضمان المتعلق بالغصب، هذا غاية تحقيقهم في المسألة.

قالوا: وهذا بخلاف المنقول؛ لأن إزالة يد المالك يحصل بفعل الغصب وهو أخذ المنقول ونقله.

قالوا: وأمّا الأيدي في العقود تثبت شرعًا على ما سبق.

يبينه: أن ضمان العقود ضمان التزام، وصورة الالتزام توجد في العقار والمنقول على وجهٍ واحد.

وأمّا في مسألتنا فضمان فعل حسّي، وقد بينّا حدّه وعدم وجوده.

قالوا: ولا يلزم إذا جحد الوديعة؛ لأن إزالة اليد قد وُجد هناك بطريق المعنى؛ لأن قصر اليد وُجد على ما ذكرنا وقصر اليد بمنزلة الإزالة لليد.

قالوا: ولا يلزم إذا ركب دابّة وتلفت تحته من غير تسيير؛ لأن الضمان هناك ضمان إتلاف لا ضمان غصبٍ، ولهذا المعنى لو ركب حرًّا وتلف تحته يضمن.

والكلام في ضمان الغصب لا في ضمان الإتلاف.

وكذلك الضمان الواجب بالشهادة الباطلة هو ضمان إتلاف، والمراد من الإتلاف: إتلاف الملك.

ولهذا المعنى قلنا: إذا شهد الشهود بالأرض التي في يد إنسان ثم رجعوا ضمنوا.

قالوا: ولا يلزم المسألة التي ذكرناها في الزيادة وهي: أنه لو وَهَبَ دارًا لإنسان فيها طعام كثير وسلّم إلى الموهوب له فلم ينقله حتى تلف في يده فاستحقه إنسان فإنه يضمن الموهوب له ما تلف في يده من الطعام وإن لم ينقله؛ لأن هذه المسألة على قول محمد لا على قول أبي حنيفة، وعلى أن يد الواهب تثبت بالنقل وقد جعلها الواهب للموهوب له فصار كأنها حصلت بنقل من جهته.

وأكثر هذه المسائل مذكورة للتخريج على الجواب المذكور الذي ذكروه عن المنقول.

وقد تعلق كثير منهم بعدم ثبوت اليد الحسيّة على العقار.

واستدلوا عليه بعدم تصوّر النقل وقالوا: الشيء إذا وجد في محلٍ لا يتصوّر في محل آخر إلّا بنقله عن المحل الأول إلى المحل الثاني، بدليل الدّرة في كف إنسان لا يتصوّر وجودها في كف آخر إلّا بالنقل والعقار [١٥٢/أ] لا ينقل ولا يحول ولا يد حسًّا عليه.

قالوا: وأيدي العقود أيدٍ شرعية، وقد مسّت الحاجة إلى إثبات تلك الأيدي، فأثبتها الشرع لوجود الحاجة، ولا حاجة إلى إثبات اليد للغاصب على العقار؛ لأنها يد عدوانٍ، وسبيل يد العدوان أن تمحق لا أن تحقق.

وقد ذكرنا مثل هذا في المسألة الأولى.

قالوا أيضًا: يجوز أن تثبت يد العقد بما لا تثبت به يد الغصب بدليل مسألة التخلية، وذكروا المسألة المعروفة وهي: أن مَنْ اشترى شيئًا وخَلّى البائع بينه وبين الشيء يصير المشتري قابضًا، ولو استحقه إنسان وقد تلف في يد المشتري ليس للمستحق أن يضمنه ولم تثبت بالتخلية يد الغصب.

واستدل مشايخهم بمسألة وقالوا: لو دخل دار إنسان بغير إذنه لينظر: إلى جدرانها فانهدمت الدار عقيب دخوله لا ضمان عليه، وبمثله في المنقول: لو لبس ثوب إنسان لينظر: هل يصلح عليه أم لا من غير إذنه؟ فهلك يكون الضمان واجبًا عليه.

وبعضهم عبّر عن هذا وقال: لو كان العقار يضمن بالاستيلاء لكان يضمن بأول أسباب الاستيلاء كالمنقول، وذكروا هذه المسألة المذكورة.

❁ **الجواب:**

أنا قد ذكرنا بيان وجود الغصب.

أمّا قولهم: «إن حدّ الغصب: أخذ يزيل يد المالك بإثبات يده».

لا نسلم، بل الغصب مجرد إثبات اليد، وقد سبق بيان هذا في المسألة المتقدمة بما فيه الكفاية.

فإن رجعوا إلى قولهم: «إن اليد الحسيّة لا تثبت على العقار».

قد بينّا ثبوتها والإلزام بيد العقد متوجهة.

وما ذكروه من قولهم: «إن ثبوتها للحاجة».

يبطل باليد في البيع الفاسد تثبت ولا حاجة، فإن الغُنية قد وقعت بالعقود الصحيحة عن العقود الفاسدة قطعًا، وكيف يمكن إثبات حاجة في البيع الفاسد والبائع منهي عن تسليم الشيء إلى المشتري والمشتري مأمور بعد القبض بالرد على البائع؟ وعلى أن ههنا تمس الحاجة أيضًا إلى تحقيق اليد لحفظ حقوق الناس وأموالهم على ما سبق.

وأمّا مسألة التخلية: فلا نسلمها على أحد الوجهين.

وبيان المنع: أنا لو جعلنا التخلية قبضًا في حق المشتري جعلناها قبضًا في حق المستحق، وإلّا فلا نجعلها قبضًا في حق أحدٍ.

ولئن سلمنا لهم أن حدّ الغصب ما قالوه، فإزالة يد المالك قد وجد؛ لأن يد الغاصب إذا ثبتت على كل العقار فلابد من زوال يد المالك.

وقولهم: «إن زوال يده بمنعه».

قلنا: لا، بل منعه بإثبات يده، وعلى أن منع المالك المتصل بإثبات اليد على الشيء عندنا غصب.

وخرّج على هذا حبس الحر ومنعه عن أملاكه.

والمعتمد من الجواب على هذا: التسليم إن فعله وإن وجد في المالك ولكن لتتميم الغصب، وما يَتَمّ به الغصب يكون من الغصب.

ألا ترى أن جحود الوديعة ليس بفعل في المال الذي في يده المودع.

ولكن لما حصل به قصر يده وجب به الضمان.

ومعلوم أن الغصب وإن كان فعلًا في المحل فلابد من فعل يوجد، ولا يتصوّر أن يكون القول غصبًا ثم القول الذي يحصل به قصر يده يجب به الضمان، فالفعل الذي يحصل به إزالة يده وإن كان في المالك؛ لأن يوجب الضمان أولى.

وأمّا المسألة التي تعلقوا بها أخيرًا وهي مسألة دخول دار الغير.

قلنا: إن دخل بقصد الاستيلاء يضمن.

فإن قالوا: لِمَ اعتبرتم به القصد؟

قلنا: لأن صورة الدخول قد تكون استيلاءً، وقد تكون غيره.

ويجوز أن يعتبر القصد في مثل هذا كَمَنْ نصب شبكة في الصحراء فتعقل بها صيدٌ إن قصد بذلك تملّك الصيد يملك وإن لم يقصد لم يملك، وكذلك إغلاق الباب على الطير.

وأمّا لبس ثوب الغير فالضمان هناك يتعلق بصورة الأخذ وقد وجد، وهاهنا غير متعلق بصورة، وإنما هو متعلق بدخول يكون استيلاءً ولا يوجد ذلك إلا بالقصد والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا غصب ساجة[1] وأدرجها في بنائه لم يملكها الغاصب عندنا[2].

وعندهم: يملك[3].

❖ **لنا:**

إن إدخال الساجة في البناء عدوان محض فلا تملك به الساجة.

دليله: أصل الغصب؛ وهذا لأن الملك المشروع لا يثبت إلا بسببٍ مشروعٍ، فإذا كان الفعل عدوانًا محضًا لم يملك به.

فإن قالوا: إن المشروعات يجوز أن تثبت بالعدوانات كالحدود[4].

قلنا: نعم، ولكن يثبت بها مشروع ردعٍ وزجرٍ، فأمّا مشروع نعمةٍ فلا، والملك نعمة من الله تعالى فلا يستفيدها بارتكاب [١٥٢/ب] نهي الله تعالى؛ وهذا لأن أسباب النعم من الله تعالى مطلوبة محبوبة، فكيف تثبت النعم بأسباب منهية مزجورة؟.

فإن قالوا: إن محض العدوان لا يوجد في إدخال الساجة في البناء؛

---

(١) السَّاجة والسَّاج: خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع سيجان. ينظر: المصباح المنير: مادة (الساج).

(٢) مختصر المزني مع الحاوي: ١٩٨/٧، الحاوي: ١٩٨/٧، المهذب: ٤٨٩/١، النكت: ورقة ١٧٥/ب، روضة الطالبين: ٥٤/٥.
وهو قول الإمام مالك وأحمد. ينظر: الإشراف للبغدادي: ٤٦/٢، المغني:

(٣) مختصر القدوري: ٤٤١/١، المبسوط: ٩٣/١١، بدائع الصنائع: ٤٤١٧/٩، رؤوس المسائل: ٣٤٩ إيثار الإنصاف: ٢٦٠.

(٤) في المخطوط: «كالحدود» مكررة.

لأنه بناء والبناء مشروع، وإنما العدوان في استعمال آلة الغير فلا يوجب محض العدوانية، كما لو اصطاد بقوس الغير أو ذبح الشاة بسكين الغير.

قلنا: البناء على ساحة الغير عدوان محض، والكلام في هذا الموضع؛ وهذا لأن الساحة عندكم تملك بفعلٍ منه في الساحة وفعله منه في الساحة وإن اتّصف بالبناء إلا أنه عدوان كفعله الأخذ ابتداءً، ولا يجوز أن يعتبر كون البناء مشروعًا في الأصل؛ لأنه لو اعتبر مثل هذا لم يتصوّر تحقق العدوانية في فعلٍ؛ لأنه ما من فعلٍ من زنا أو قتلٍ أو سرقةٍ وغيرها من الجرائم إلّا ويوجد مثله مباحًا، ولكن اعتبر الفعل الخاص في هذه المواضع، وتحقق كونها جريمة محضة من غير شبهةٍ، كذلك ههنا يعتبر الفعل الخاص في هذه المواضع وتحقق كونها جريمة محضة من غير شبهة. وكما لا يعتبر هناك كون تلك الأفعال في الجملة مشروعًا، كذلك ههنا لا يعتبر كون البناء في الجملة مشروعًا، وإذا ثبت أن الغاصب لم يملك السّاحة، وهي قائمة بعينها وجب ردها.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: اجتمع في البناء حقان: حق الغاصب في البناء، وحق المغصوب منه في السّاحة، وكل واحد من الحقين معصوم محترم، ولا يمكن توفية واحد من الحقين إلّا بإسقاط حق الآخر؛ لأن المسألة مصورة فيما إذا كان نزعُ السّاحة يؤدّي إلى هلاك البناء وتبقية البناء تؤدّي إلى إسقاط حق المالك في الساحة فنقول: بناءآن ينظران حق أيّهما أولى بالتقديم؟ فنقول: حق الغاصب أولى بالتقديم؛ لأن حقه قائم من كل وجهٍ وحق المغصوب منه في

السّاجة قائم من وجهٍ دون وجه.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن البناء قائم من كل وجهٍ، والساجة هالكة من وجهٍ قائمة من وجهٍ؛ لأنها كانت منقولة فصارت عقارًا، بدليل وجوب الشفعة فيها، والعقار غير المنقول، وإذا صار شيئًا آخر فقد هلكت من حيث كانت منقولة؛ لأنها كانت قائمة بنفسها والآن صارت تبعًا لغيرها، والتبع غير المتبوع فصارت هالكة من حيث إنها كانت متبوعة، ولهذا المعنى تدخل في بيع غيرها من غير ذكرها، وكذلك يجوز بيعها من غير رؤيتها؛ لأنها صارت تبعًا لغيرها فوقعت الغُنيةُ برؤية المتبوع عن رؤية التبع فثبت أن حق المغصوب منه هالك من وجهٍ قائم من وجهٍ.

وأمّا حق الغاصب قائم من كل وجهٍ، فكان حفظ حق مَنْ حقه قائم من كل وجهٍ أولى من حفظ مَنْ حقه قائم من وجهٍ دون وجه، وإذا حفظنا حق الغاصب في البناء، فلابد من إسقاط حق المغصوب منه في الساجة، كما بينا من تعذر تبقية الحقين وإذا سقط حقه فيها انتقلت ملكًا إلى الغاصب قطعًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الغاصب ظالم فإسقاط حقه أولى؛ لأنه وإن كان ظالمًا ولكن ظلمه حرام إنما الواجب الانتصاف منه، فأمّا إهلاك حقه في البناء حرام، وقد أمكن توفية حق المغصوب منه مع إبقاء حق الغاصب في البناء بغرامة قيمة الساجة، فكان أولى من إهلاك حقه في البناء؛ ولأن حق المغصوب منه يفوت إلى خلفٍ، والخلف ينزل منزلة الأصل ويأخذ موضعه في حق المغصوب منه.

وأمّا حق الغاصب في البناء فيهلك من غير خلفٍ فكان الأول أولى.

قالوا: وليس كما لو غصب ساجة وبنى عليها ؛ لأن حق المغصوب منه قائم من كل وجهٍ، وكذلك حق الغاصب فرجحنا حق المغصوب منه ؛ لأنه صاحب المتبوع، ولأنه مظلوم والغاصب ظالم.

وتعلقوا من حيث الاستشهاد بما لو غصب خيطًا فخاط بطن نفسه أو بطن غلامه، فإنه ينقطع حق المغصوب منه في الاسترداد ويؤمر الغاصب بغرامة قيمة الخيط وصار الخيط ملكًا للغاصب.

۞ **الجواب:**

إن طريقتكم مبنية على أن حق المغصوب منه قائم من وجه هالك من وجهٍ.

وليس كذلك ؛ لأن الوجود يعرف بالحسّ والعيان، وهي قائمة حسًّا وعيانًا ؛ ولأنه لم يوجد إلّا إدراجها في تضاعيف البناء، وإدراج الشيء في تضاعيف غيره لا يهلكه كإدراج الثوب في تضاعيف الثياب ؛ وهذا لأن الخشبة لمنفعة البناء واستعمال الشيء في المنفعة [١٥٣/أ] التي لها خُلِقَ لا يوجب إهلاكه كالانتفاع بجميع الأشياء سوى الساجة لا يوجب إهلاكها والمعتمد أنها قائمة حسًّا، فمن ادّعى هلاكها حكمًا فعليه الدليل.

وقولهم: «كانت منقولة فصارت عقارًا».

ليس كذلك ؛ لأن أحدهما لا يصير الآخر بحالٍ.

وقولهم: «تجب بالشفعة فيها».

قلنا: إنما كان كذلك لاتصالها بالعقار، لا أنها صارت عقارًا.

والشفعة تجري في المنقول المتصل بالعقار ؛ لأنه يوجد فيه سبب




وجوب الشفعة، فأما في المنقول الذي لا يتصل بالعقار لا يوجد المعنى الموجب للشفعة؛ فلأن ما قلتم يؤدّي إلى أنه إذا خرجت الساحة من البناء عادت منقولًا فتنقلب مرة أخرى عقارًا ومرة منقولًا، وهذا محال، فدلت أنه منقول كما كان إلا أنه لما اتصل بالعقار من حيث البناء بها أخذَ حكمَها.

وقولهم: «إنها صارت تبعًا وكانت متبوعة».

قلنا: الساحة جزء من أجزاء البناء وأجزاء البناء لا يكون بعضها تبعًا للبعض، وعلى أنها إن كانت تبعًا فإنما يصح هذا إذا كانت الساحة ملكًا له، فأمّا إذا كانت ملكًا لغيره لا تصير تبعًا له كالجنين إذا كان لغير صاحب الأمّ لا يكون تبعًا للأمّ، بدليل أن بيع الأمّ لا يوجب دخول الجنين في بيعها تبعًا له في هذه الصورة، بل البيع لا يجوز أصلًا.

وأمّا سراية العتق لم تكن لأجل التبعية، ألا ترى أنه يسري من أحد النصفين إلى النصف الآخر ولم يكن تبعًا له.

وأمّا جواز بيع البناء مع عدم رؤيتها فليس لأنها صارت تبعًا له؛ بل لأن العبرة برؤية تفيد العلم بالمبيع وهذا يحصل بدون رؤية الساحة.

وهذا كمن يكتفي برؤية ظاهر الصُّبْرة دون باطنها وإن لم يكن الباطن تبعًا، فدل بما قلناه أنه ليس لما قالوه وجه من حيث المعنى.

وأمّا مسألة الخيط فعندنا: الغاصب لا يملك الخيط وإنما سقط حق الرد في الحال لحق الآدمي في نفسه؛ وهذا لأن الآدمي له حرمة في نفسه لا يوجد مثل هذه الحرمة للآدمي، ألا ترى أنه إذا خاف الهلاك على نفسه يباح له طعام الغير وحيوان الغير، ولا يباح له قتل الآدمي بحال، وكذلك في

السفينة إذا خِيف غرقُها لا يباح طرح الآدمي بحال، ويباح طرح غير الآدمي من المال والحيوان.

فدل أن إتلاف غير الآدمي يجوز لغرضٍ صحيحٍ يتصل بغيره وإتلاف الآدمي لا يجوز بهذا الوجه بحال، وإنما يباح إتلافه لجناية توجد منه، ولم يوجد في مسألتنا من الآدمي الذي خِيطَ بطنُه جناية وفي رد الخيط إتلافه فسقط حق الرد.

وأمّا في مسألتنا فإن إتلاف المال يجوز لغرضٍ صحيحٍ، وقد وُجِدَ ههنا غرض صحيح وهو إيصال الحق إلى مالكه فوجب أن يجوز إتلاف هذا المال لهذا الغرض ولا يُبالى به فقد تبين الفرق بين الصورتين. والله أعلم.



❊ (مَسْأَلَة):

إذا غصب حنطة فطحنها أو شاة فذبحها وشواها، أو ثوبا فقطعه وخاطه، أو غَزلًا فنسجه كان كل ذلك للمغصوب منه عندنا، ولم يملكها الغاصب(١).

وعندهم: يملكها(٢).

وكذلك إذا غصب بيضة فحضّنها تحت دجاجة أو بذرًا فزرعه أو نواة

(١) الأم: ٢٢٦/٣، مختصر المزني: ٤١/٣ (مع الأم)، المهذب: ٤٨٨/١، ٤٨٩، النكت: ورقة ١٧٥/ب، الحاوي: ١٩١/٧، ١٩٤، ١٩٧، روضة الطالبين: ٤٦/٥، وهو المذهب عند الحنابلة، ينظر: المغني: ٣٨٧/٧.

(٢) مختصر القدوري: ٤٤٠/١، ٤٤١ مع الجوهرة، الأسرار: ٢٩٢/٢/أ (مراد ملا)، المبسوط: ٨٥/١١، البدائع: ٤٤١٦/٩، إيثار الإنصاف: ٢٥٧، رؤوس المسائل: ٣٥٥.

فغرسها حتى صارت شجرة.

❁ لنا:

ما ذكرناه في المسألة الأولى؛ وهذا لأن ملك الغاصب لابد له من سبب، وهذه الأسباب عدوانات، فلا تصلح سببًا للملك، وإذا لم يملكها الغاصب كانت للمغصوب منه؛ لأن الموجود دقيق حنطته، ولحم شاته، وثوب غزله، وقميص ثوبه فكانت له، وكذلك في البيض الموجود فرخ بيضه وزرع بذره والفروع تكون لصاحب الأصول.

يبينه: أنه إذا سقط فعل الغاصب في ثبوت الملك في هذه الأشياء فصار الدقيق كأنه من حنطة الإنسان انثالت في طاحونة إنسان فيكون لصاحب الحنطة بالاتفاق ويصير في الشاة والثوب كأن المالك إذن له في ذلك أو فعله هذا الإنسان على ظن أنه له فإذا هي لغيره، ويصير في البيضة كأن الدجاجة حضنتها بنفسها، وفي البذر كأن الريح هبت ببذر إنسان ففرقته في أرض إنسان فإن الزرع والفرخ يكون لصاحب البذر والبيض، كذلك ههنا.

❁ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بحديث رووه من طريق عاصم بن كليب أن النبي ﷺ: «كان في ضيافة رجل من الأنصار فقدّمت إليه شاة مصلية فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسيغها [١٥٣/ب] ثم قال: إن هذه الشاة تخبرني أنها ذبحت بغير حق، فقالوا: شاة جار لنا ذبحناها لنرضيه بثمنها، فقال: أطعموها الأُسارى»[١].

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٣/٦٢٧ مع المعالم، باب في اجتناب الشبهات والدارقطني في سننه: ٤/٢٨٩.

ولولا أنهم ملكوها لكان أمر بأن يردها إلى مالكها، وإن كان غائبًا لكان يأمر بإمساكها بعينها لمالكها إن أمكن أو بيعها وإمساك ثمنها إن تعذر الإمساك.

وأمّا عندنا: فقد مَلَكَها الآخذ لكن أمر بإطعامها الأسارى؛ لأن الكسب كان خبيثًا، والحاصل بالكسب الخبيث سبيله الصدقة عندنا.

وأمّا المعنى:

قالوا: العين المغصوبة صارت هالكة بدليل زوال الاسم والصورة والمعنى. أمّا الاسم: فلا إشكال، وأمّا الصورة؛ فلأن صورة الدقيق غير صورة الحنطة.

وأمّا المعنى، فلأن معنى كل شيء ما خلق له الشيء، والذي خلق له الشيء هو ما يصلح له الشيء، والحنطة إنما تصلح للبذر والقلي والهرس وهذه الأشياء قد فاتت.

فأما الخبز فهو منفعة الدقيق لا منفعة الحنطة.

قالوا: وإذا هلكت العين التي غصبها بالوجه الذي بينّا فصار[1] العين الثانية حاصلة بفعل الغاصب فتكون له.

يبينه: أن الدقيق جنس غير جنس الحنطة، ولهذا لو تجوّز به في السَّلم لا يجوز ويصير استبدالًا.

وأحمد في المسند: ٥/٣٩٣. وكلهم رووه مرسلًا.
ينظر: تخريجه وطرقه في: نصب الراية: ٤/١٦٨.

(١) كذا في المخطوط.

وأمّا جريان الربا بينهما كان بجهة الاحتياط لحرمة الربا، والجنس وإن اختلف على ما ذكرنا فشبهة اتفاق الجنس موجودة، وقد اكتفى بالشبهة في باب الربا.

وإذا ثبت أنهما جنسان مختلفان فلابد من هلاك الأول ليحصل الثاني، وقد هلك الأول وحصل الثاني بفعل الغاصب فكان الثاني له وعليه ضمان ما هَلَكَ.

قالوا: وكذلك في الشاة التي ذبحها وشواها، وفي الثوب الذي قطّعه وخاطه.

وزعموا: أن الذي يصلح له الحيوان شيء آخر، والذي يصلح له المشويّ شيء آخر، والمطبوخ بعد الذبح والشّي[1] والطبخ شيء آخر.

وكذلك زعموا في الكرباس[2] والقميص وادّعوا في جميع هذه الصور أن العين الأولى هلكت وماليتها فاتت، والحادث عين جديدة بمالية جديدة.

قالوا: وكذلك في البيض والبذر، ولعل كلامهم في هاتين الصورتين أظهر؛ لأن الفرخ غير البيض قطعًا، وكذلك الشجرة والسنبلة غير البذر قطعًا.

وكذلك النخلة مع النواة فلاشك أن العين الأولى هلكت وحدثت عين آخرى غير الأولى.

قالوا: وينسب حصول الزرع والفرخ إلى فعل مُحضّن البيضة والْمُلقي

(١) يقال: شويتُ اللحم أشويه شيًّا فانشوى. ينظر: المصباح مادة (شوى).
(٢) الكِرَباس: الثوب الخشن، وهو فارسي معرب، بكسر الكاف.
ينظر: المصباح المنير مادة (الكرباس).

للبذر وإن كان في الحقيقة هو صاحب الشرط، والفاعل على الحقيقة هو الله تعالى والعمل للطبائع الأربع بتسخير الله وتقديره ولكن نضيف الفعل إلى المُوجِد للشرط وهو الفاعل لتحضين البيضة وهو الْمُلقي للبذر على الأرض؛ لأن الكلام راجع إلى معنىً شرعي وهو ثبوت الملك للآدمي في الفرخ والزرع فإذا أمكن إضافته إلى مكلف بالشرعيات لا يترك هذه الإضافة، كما لو حفر إنسان بئرًا فوقع فيها إنسان يجب ضمانه على الحافر وإن كان وقوعه وهلاكه كان بعلة ثقله، ولكن الحافر لما كان هو حصّل شرط الوقوع بحفره أضيف إليه؛ لأن الكلام في حكمٍ شرعي وهو الضمان، وقد أضيف إليه، كذلك ههنا.

❁ **الجواب:**

أما خبر عاصم بن كليب، فخبر مرسل، ولا نقول بالمرسل. وعلى أنه ليس في الخبر دليل على ملك الغاصب، وإنما أمره ـ صلى الله عليه ـ بإطعام الأُسارى؛ لأنه لم يوجد المالك، ولم يوجد مَنْ يشتريها، فأمر بالتصدق بها حتى إذا جاء المالك إن شاء اختار أخذ قيمة الشاة، وإن شاء اختار الأجر.

وأمّا المعنى الذي اعتمدوا عليه.

ففي نهاية الضعف، ودعوى هلاك العين المغصوبة غير معقول المعنى؛ وهذا لأن هلاك الشيء بإعدامه، وإعدامه لا يتصور من العباد، وإنما الهلاك المتصور من العباد هو جعل الشيء على وجهٍ لا تبقى له منفعة، وهذه الأفعال طرق الانتفاع بهذه الأعيان؛ لأن طحن الحنطة للوصول إلى منفعة الأكل؛ وهذا لأن الحنطة قوت والأكل تقوّت والطحن طريقه.

والذي قالوا: إن منفعة الحنطة شيء آخر، ومنفعة الدقيق شيء آخر.

هوس عظيم، فإن منفعة الحنطة ليست إلّا الأكل، وطريق أكلها الخبز والطحن، وكذلك في الشاة منفعتها الأعظم[1] الأكل وطريقها الذبح والطبخ، وكذلك الغزل مع الثوب، والكِرَباس مع القميص.

يبينه: أنه كيف يستجيز عاقل أن يقول: إن العين قد هلكت وإنما الموجود بالطحن تفريق أجزاء العين، وكذلك في الشاة، وتفريق أجزاء العين لا يهلك العين معقولًا، وإذا لم تفت المنفعة لا يوجب الهلاك أيضًا محكومًا ومشروعًا، وأمّا فصل البيض والفرخ [١٥٤/أ] والبذر والشجر فنقول: إن العين الأولى وإن هلكت لكن العين الثانية خلقها الله تعالى منها فتكون لصاحب الأصل على ما ذكرنا في حجة أصحابنا.

وقولهم: «إنه حصل الفرخ والزرع بفعله»، قلنا: هذا خلاف ما يعتقده أهل السنة، بل حصل بفعل الله تعالى من أصل هو للمغصوب منه، فيكون الفرع لصاحب الأصل، وهذا كما لو غَصَبَ جَارِيةً فأولدها الغاصب ولدًا فإنه يكون الولد للمغصوب منه بالطريق الذي قدمناه.

يبينه: أن فعل الغاصب بالوطء أظهر في حصول الولد من فعل مَنْ يحضن البيضة تحت الدجاجة في حصول الفرخ وفعل مَنْ يلقي النواة في الأرض في حصول الشجرة؛ لأن الولد لا يتصور حصوله إلّا بفعل الوطء، وقد يتصوّر نبات الشجرة من النواة وخلق الفرخ من البيضة من غير توسط فعل أحد على ما سبق، فإن قالوا: الفعل في الولد للأمّ وقد سقط جانب

---

(١) كذا في المخطوط: ولعله (العظمى).

الأب بالشرع فيكون الولد للأمّ ثم يستحقه المالك عليها إذا كانت رقيقة، قلنا: هذا أمحل من الأول؛ لأنه لا فعل للمرأة في الموطئ والتمكين ليس بفعلٍ حقيقة، ثم يزعمون ههنا: أن الولد حصل بفعلها، هذا كلام لا يرتكبه إلّا جاهل، وإنما رَحِمُ الأمّ في الحقيقة وِعَاء للولد، وكيف تكون فاعلة للولد أو في حكم الفاعلة، وعلى الحقيقة إن الفعل لله تعالى على التوحّد والانفراد في هذه المواضع، وإنما العبد يوجد منه تحصيل شرط فحسب، فلا ينبغي أن يترك الإضافة إلى الفاعلِ حقيقة، ويضاف إلى صاحب الشرط لوجود فعله.

وأمّا مسألة حفر البئر: فإنما أوجبنا الضمان؛ لا لأن الحافر للبئر مهلك للواقع حقيقة، إذ لو كان كذلك لما افترق الحكم بين أن يحفر في ملكه، أو في ملك غيره، لكن صاحب الحفر التزم الفعل شرعًا بحكم التعدي على ما ذكرنا في ربع الجراح[1]، فعلى هذا في مسألتنا وَجَبَ أن يسلب الغاصبُ الفعل فيما يرجع إلى الملك بحكم التعدي، وهذا هو جواب آخر عن أصل الطريقة وقد أشرنا إليه في حجةِ أصحابنا، فإن رجعوا إلى أن هذه الأفعال لم تتمحض عدوانًا؛ لأنها مشروعة في الجملة فقد أجبنا عن هذا من قبل في المسألة الأولى. والله أعلم بالصواب.



(١) ينظر: ٤/٦٢ من هذا الكتاب.

❋ (مَسْأَلَة):

إذا أراق المسلم أو الذمي خمرًا للذمي لم يجب عليهما الضمان عندنا[1].

وعندهم: يجب على المسلم قيمتها، وعلى الذمي مثلها[2].

والمسألة تعود إلى أن الخمر هل هو مال متقوم لأهل الذمة أم لا؟

فعندنا: ليست الخمر بمالٍ ولا لها قيمة بحالٍ في حق أحدٍ ما.

وعندهم: هي مال متقوم لأهل الذمة غير متقوم لأهل الإسلام.

لنا:

أن الخمر غير متقومة في الشرع، والمسلم والذمي في توجه شرع الإسلام واحد، فسقطت قيمتها في حقهما على وجهٍ واحد.

يبينه: أن عدم التقويم في حق المسلم بالتحريم، والتحريم بالنهي، والنهي عام يتناول الكافر والمسلم فصار هذا النهي كسائر المناهي، ثم سائر المناهي مجراة على عمومها، كذلك هذا النهي.

وبيان هذا في سائر المناهي: أن الذمي يحدّ إذا زنى، وَيُقطع إذا سرق،

---

(١) مختصر المزني: ٤٦/٣ (مع الأم)، المهذب: ٤٩٤/١، النكت: ورقة: ١٧٦/أ، ٢٢١/٧، روضة الطالبين: ١٧/٥.
ويه قال الحنابلة، ينظر: المغني: ٤٢٤/٧.

(٢) مختصر الطحاوي: ١١٩، مختصر القدوري: ٤٤٥/١ مع الجوهرة، الأسرار: ٩١/٢/أ (مراد ملا)، المبسوط: ٩٦/١١، البدائع: ٤٤١٣/٩، رؤوس المسائل: ٣٤٨، إيثار الإنصاف: ٢٦١.
وهو قول المالكية، ينظر: الإشراف للبغدادي: ٤٧/٢.

والواجب من الحدّ ههنا واجب بشرع الإسلام، وشرع الإسلام من العقوبة يجب بارتكاب النهي في الإسلام فلولا أن النهي ثبت في حقهم وإلا لم يعاقبوا بارتكابه.

وأمّا تحقيق هذا الفصل: هو أن الرسول ـ صلى الله عليه ـ بُعث بجميع شرائعه إلى كافّة الناس بدليل قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱدۡخُلُواْ فِي ٱلسِّلۡمِ كَآفَّةً﴾[1]، وبدليل قوله ـ عليه السلام: «بُعثتُ إلى الأحمر والأسود...»[2].

وقد قامت حجة ثبوته على الكل ولم يبق إلّا معاند أو جاهل لا عذر له ومن شرعه ـ صلى الله عليه ـ تحريم الخمر وتنجيسها وإسقاط ماليتها، وكما قامت حجة نبوته على جميع الناس فكذلك قامت حجة شرائعه التي جاء بها في حق جميع الناس، وتعين الكلام في القرآن فنقول: قد جاء النبي عليه السلام بكتابٍ من الله تعالى، وقد قامت كونه حجة من الله تعالى على كل كافرٍ بدليل وجوب الإيمان عليهم بالقرآن فصار جميع الأحكام التي يشتمل عليها القرآن شرعًا من الله تعالى لعباده على العموم، ولَزِمَهم قبولها وتناولهم خطابها، وثبت في حقهم أحكامها ومعانيها.

وأحد ما وَرَدَ به القرآن حرمة الخمر وإسقاط ماليتها فثبت في حق كل المخاطبين من المسلمين والكفار.

والحرف: أن كل مَنْ ثبت عليه حجة الله تعالى في أن القرآن كلام الله تعالى لزمه كل ما ورد به القرآن من غير تخصيصٍ وتفصيلٍ.

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٠٨.

(٢) رواه أحمد في مسنده: ٥/٤١١.

وهذا دليل قاطع يجب قبوله بلا اضطراب [١٥٤/ب] ولا ارتياب.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الخمر كان مالًا متقومًا قبل ورود خطاب التحريم، وقد ورد خطاب التحريم خاصًّا في حق المسلمين، فبقيت الخمر في حق غيرهم على ماليتها وتقومها، وهذا كنكاح المشركات فإنهن لما حَرُمن بخطاب المسلمين بَقِين في حق الكفار على الإباحة، كذلك ههنا.

ثم الدليل على أن خطاب التحريم اختص بالمسلمين أن تحريم الخمر لا يُعرف إلا بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلۡخَمۡرُ وَٱلۡمَيۡسِرُ وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ﴾(١) الآية.

فأما ما سوى هذه الآية من الآي ليس فيهما نص على التحريم فإن الله تعالى قال في آية أخرى في الخمر: ﴿وَإِثۡمُهُمَآ أَكۡبَرُ مِن نَّفۡعِهِمَا﴾(٢) وليس في هذا نص على التحريم، ثم قال في آية أخرى: ﴿وَٱلۡإِثۡمَ وَٱلۡبَغۡيَ﴾(٣)، وقد قيل: إن الإثم هو الخمر، وليس هذا بنص أيضًا.

لأن الإثم يحتمل الخمر وغير الخمر، فدل على أن النص هو الآية التي ذكرناها وهو خطاب المؤمنين؛ لأن الله تعالى قال: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ﴾ وقال: في آخرها ﴿فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾(٤) والمؤمن هو الذي يفلح

---

(١) سورة المائد آية (٩٠).

(٢) سورة البقرة جزء من آية (٢١٩).

(٣) سوة الأعراف جزء من آية (٣٣).

(٤) سورة المائدة آية (٩٠).

باجتناب الخمر، وأمّا الكافر فلا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ﴾[1] وهذا المعنى مطلوب وجوده من الكفار لأنهم إذا تعادوا وتباغضوا تفرقوا، وإذا تفرقوا ضعفوا؛ ولأن الله تعالى قال في حقهم: ﴿وَأَلْقَيْنَا بَيْنَهُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ إِلَىٰ يَوْمِ ٱلْقِيَٰمَةِ﴾[2] وإذا كان أمرهم كذلك بنص الكتاب فكيف يحرم عليهم شرب الخمر لئلا يؤدي حالاتهم إلى ذلك.

ولأن الله تعالى قال: ﴿وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِ﴾[3] فلابد أن يكون أهل ذكر الله والصلاة ليصح هذا في حقه ولا يوجد هذا في الكافر وإنما يوجد في حق المسلم.

وأمّا أبو زيد قال[4]: إن تحريم الخمر لم يثبت في حقهم لفوات البلاغ كما لم يثبت البلاغ بتحويل القبلة في حق أهل قباء حين كانوا في الصلاة إلى أن سمعوا، وكما لا يثبت في حق الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يبلغه الشرعيات فإنه لا يجب عليه قضاؤها إذا دخل دار الإسلام بخلاف ما إذا كان إسلامه في دار الإسلام؛ لأن البلوغ وإن فات صورة ولكن لا يُعذر بالجهل؛ لأنه مفرّط مقصر.

وحرفهم: أن الثابت بالسمع لا يتوجه على المكلف إلّا بعد بلاغه ذلك، والدليل على فوات البلاغ أنهم يعتقدون كذب النبي ـ صلى الله عليه ـ

---

(١) سورة المائدة آية (٩١).

(٢) سورة المائدة آية (٦٤) جزء من آية.

(٣) سورة المائدة آية (٩١).

(٤) أي في الأسرار ١/١٤٩/أ/ب، ٢/٩١/أ (مراد ملا).

وينكرون أن القرآن كلام الله تعالى، فلو تحقق البلاغ لكان لقيام الحجة ولا يمكن إثبات البلاغ من هذا الوجه في حق أهل الذمة؛ لأن الشرع ورد بتقريرهم على ما هم عليه بشرعنا، فإنه قد وَرَدَ الإجماع بتركهم وما يتديّنون وترك التعرض لهم قولًا وفعلًا(١).

وهذا تقرير لهم على دياناتهم أجمع إلا في الربا خاصة فإن الشرع استثناه بقوله عليه السلام: «وَمَنْ أربى فلا عهد بيننا وبينه»(٢).

وإذا قُرروا على ماهم عليه بشرعنا فقد فات إلزام الحجة وفات البلاغ.

قالوا: وأمّا في حق أهل الحرب فات البلاغ بالمنعة على ما ذكرنا في كتاب قتال أهل البغي، وهذا بخلاف أصل الدين؛ لأن الكفر لا يحتمل أن يكون غير محرم فلا يتصور فيه عدم البلاغ؛ لأنه إن لم يبلّغ سمعًا بُلّغ عقلًا.

وأمّا الخمر فيحتمل أن تكون محرمة فيحتمل عدم البلاغ.

قالوا: وأمّا الزنا والسرقة وما يشبه ذلك فقد وُجد فيه البلاغ.

لأنهم تديّنوا بترك الزنا والسرقة على ما يوجبه شرع الإسلام.

وعندنا: إنما فات البلاغ؛ لأنهم تُرِكُوا وما يتديّنون، ومن تدينهم: أن الزنا والسرقة وقطع الطريق والقذف محرمات.

---

(١) ينظر: المغني ١٠/٥.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ ولكن روى أبو داود في سننه حديثًا جاء فيه «على أن لا تهدم لهم بيعة... مالم يحدثوا حدثًا أو يأكلوا الربا...» ٣/٤٣٠ ـ ٤٣١.
قال ابن حجر في التلخيص: «وفي سماع السدي من ابن عباس نظر ولكن له شواهد» وذكرها. ٤/١٢٥.

قالوا: ومثال ما قلنا الأنكحة لا على شرط الإسلام فإنها صحيحة فيما بينهم على ما يتديّنون فيها، وكان المعنى فوات البلاغ بالوجه الذي ذكرنا.

وعَيّنوا النكاح بغير الشهود، وفي العدة، ونكاح المشركة، والجمع بين الأختين، والأكثر من أربع نسوة، وقد عُدّ فصل الأنكحة من المشكلات في المسألة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن هذا بناء شرع على عقيدتهم، وهذا باطل؛ لأنا لا نبني شرعنا على عقيدتهم لكن نبني شرعنا على اعتقادنا فيهم.

ثم قالوا: هذا الشرع إنما بنيناه على عدم بلوغ الحجة لا على اعتقادهم على ما سبق بيانه.

ولا يلزم إتلاف متروك التسمية على شفعوى المذهب[1] حيث لا يوجب الضمان؛ لأن البلاغ هناك لم يفت؛ لأنا أمرنا بالمحاجّة معهم، وإلزامهم قبول الآية وهي قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾[2].

وترك التأويلات الفاسدة.

وهذا مثل ما قلتم أنتم في الْمُثلّث[3].

وقد تعلق عامة مشايخهم بمنع [١٥٥/أ] إراقة الخمر عليهم، وقالوا: عقد الذمة إذا عَصَمَ عينًا قوّمها.

---

(١) قال الإمام النووي في التنقيح: ينسب إلى الشافعي شافعي ولا يجوز شفعوي، ولا يعتبر بوقوعه في كتب كثير من الخراسانيين وغيرهم فهو غلط: ٩٨/١.

(٢) سورة الأنعام آية (١٢١).

(٣) المثلّث: شراب طبخ حتى ذهب ثلثاه، القاموس المحيط، مادة (الثلث).

دليله: سائر أموالهم.

وتعلقوا بنفس الكافر، فإنه إذا أُتلف ضمن بالدية على اختلاف المذهبين فإيجاب ضمان الخمر بإراقتها ليس بأكثر من إيجاب ضمان الدية بقتل الكافر بنفسه.

وقد تعلق كثير منهم أيضًا بإسقاط الحد عن الذمي بشرب الخمر وقال: إن سقوط الحد إنما كان لما بينا أنهم تُرِكوا وما يتديّنون؛ أو لأن خطاب التحريم خاصّ في حق المسلمين، كذلك الضمان.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن سقوط الحد كان باعتقاده الإباحة؛ لأن عندكم حنفي المذهب يُحدّ بشرب الْمُثلَّث وإن كان يعتقد الإباحة.

قالوا: وأمّا ما ذكر مشايخكم أن ضمان المثل لا يجب بإتلاف الخمر مع وجود المثل فلا يجب الضمان أصلًا.

فهذا كلام في نهاية الضعف؛ لأن عندنا يجب المثل: إذا أتلف الخمر ذميّ على ذميّ مثله، وأمّا في حق المسلم إنما لم يجب عليه مثله؛ لأنه لا يمكن إيجابه عليه من حيث إنه ليس بأهل لتمليك الخمر وتملّكه قصدًا، وإيجاب مثل الخمر عليه، إنما يتصور بإيجاب تمليك الخمر قصدًا فوقع العجز عن المثل بهذا الطريق فصار الخمر في حقه كمثلي آخر انقطع عن أيدي الناس.

قالوا: وأمّا قول مشايخكم: إن قيمة الخمر لا يُعرفها أهل الإسلام.

فليس بصحيح؛ لأنه تقدّر فيه المالية والتقوم كولد المغرور يقدر فيه الرق، وربما يقولون يرجع إلى مَنْ قرب عهده بالإسلام في قيمته أو إلى

رجلين منهم للضرورة.

۞ **الجواب:**

أمّا الأول:

قلنا: الخطاب ثابت في حق الكل.

وقولهم: «إنه اختص بالمؤمنين».

ليس عليه دليل.

وأمّا تعلقهم بالآية.

قلنا: قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ﴾ وإن كان خطاب المؤمنين في الظاهر، ولكن نص التحريم في قوله إنه: «رجس».

وهذا خبر فبنيت على العموم، مثل قول القائل: «يازيد هذا الماء نجس».

فإن قالوا: كيف ثبت ابتداء شرع بخبر؟.

قلنا: معناه فإنه رجس «يجعل إياه رجسًا، وقد قالوا: إن قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ﴾ خطاب تشريف لا خطاب تخصيص مثل قوله تعالى ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰٓاْ﴾[١].

وقد ثبت تحريم الربا في حق أهل الذمة بالإجماع[٢].

يبينه: أنه كيف يقال إن هذا الخطاب يختص بالمسلمين وقد قال:

---

(١) سورة البقرة آية (٢٧٨).

(٢) ينظر: المغني ٦/٩٩.

﴿وَٱلۡأَنصَابُ وَٱلۡأَزۡلَٰمُ﴾ والأنصاب هي الأصنام والأزلام هي القداح التي كانوا يُجيلونها فيما بينهم في أمورهم وقد كان شرعًا من شرائع جاهليتهم، والخطاب في هذا لا يتصور أن يكون مع غير الكفار.

وأمّا قوله تعالى: ﴿فَٱجۡتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ﴾.

قلنا: يفلح بقدره حتى لا يعاقب على شرب الخمر كفاسقٍ مسلمٍ يزني ويسرق ولا يشرب الخمر.

فأمّا قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيۡطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيۡنَكُمُ ٱلۡعَدَٰوَةَ وَٱلۡبَغۡضَآءَ﴾.

قلنا: يقال لهم عندكم تحريم الخمر غير معللٍ، فكيف يستقيم هذا الاستدلال؟، ولئن قلتم معلل تحريمه بهذا فألحقوا به النبيذ. وعلى أنهم إذا تباغضوا وتعادوا وتشاجروا نأمرهم بالسكون والإلفة على حسب ما نأمر به المسلمين.

وأمّا الآية التي ذكروها وهي قوله تعالى: ﴿وَأَلۡقَيۡنَا بَيۡنَهُمُ ٱلۡعَدَٰوَةَ وَٱلۡبَغۡضَآءَ إِلَىٰ يَوۡمِ ٱلۡقِيَٰمَةِ﴾.

المراد: به ما هم عليه من الاختلاف والتفرق في أصل الدين فذلك باقٍ بينهم إلى يوم القيامة إلّا أن يُسلموا.

وأمّا قوله تعالى: ﴿وَيَصُدَّكُمۡ عَن ذِكۡرِ ٱللَّهِ وَعَنِ ٱلصَّلَوٰةِۖ فَهَلۡ أَنتُم مُّنتَهُونَ﴾.

والمراد: به الإيمان والإتيان بالشهادتين؛ لأنه إذا شرب الخمر وسكر فسد عقله ولا يمكن النظر في دلائل الإسلام فثبت بما قلنا أنه ليس لهم دليل

على تخصيص الخطاب.

وأمّا طريقة أبي زيد:

فهو أضعف وأوهى من هذه الطريقة؛ لأن البلاغ متحقق بالسّماع وقيام الحجة.

وقولهم: «إنهم ينكرون النبي والقرآن».

قلنا: هذا إنما بفوت البلاغ لو عُذِرُوا ولا عذر لهم لما بينا أن الدلائل القطعية قد قامت عليهم وقد نُزِّلوا منزلة المعاندين المكابرين.

وقولهم: «إن الشرع قد ورد بتقريرهم على ما هم عليه».

قلنا: كلا، ولا يجوز التقرير على الكفر كما لا يجوز التقرير على سائر المعاصي، وأهل الذمة مع قبولهم عقد الذمة مأمورون بالإسلام وجميع شرائعه مُلْزَمون ذلك مؤثّمون على دوام الأوقات بتركهم القبول مستوجبون للنار في الآخرة إلّا أن بعقد الذمة أُمهلوا في العقوبة لمصلحةٍ رآها الشرع فهو نوع أمان إلّا أن الأمان على وجهين:

ـ أمان مؤقت يوجب تأخير العقوبة إلى مدةٍ في حالة الحياة.

ـ وأمان مطلق يوجب تأخير العقوبة إلى الآخرة.

واعلم أنه لا تقرير لهم عندنا أصلًا [١٥٥/ب] على الكفر ولا على شيء من عقائدهم الخبيثة، وإنما جاء الشرع بترك التعرض لهم؛ لأن العقد معقود على ترك التعرض فلم نتعرض لهم في معاملاتهم وسائر ما يعتقدونه وفاءً

بالعهد وحفظًا لعقد الأمان الذي جرى بيننا وبينهم.

فإن قالوا: هذا هو التقرير الذي ذكرناه.

قلنا: لأن التقرير يوجب فوات الدعوة، وترك التعرض لا يوجب فوات الدعوة إنما هو مجرد تأخير معاقبة وزجر، ويجوز أن تكون الحجة لازمة والدعوة متوجهة وتؤخر المعاقبة والمنع فعلاً.

فأمّا لا يجوز أن يرد الشرعُ بتقريرهم على ماهم عليه ثم يبقى لزوم الحجة وتوجه الدعوة، وهذا كأصل الكفر لا يتعرض لهم فيه، ولا يقال إنهم مقرر عليه أو فات عنهم البلاغ فيه، وبهذا الفصل يبطل أصل القاعدة في هذه الطريقة، فإنه وَرَدَ الشرعُ بتركهم وما يعتقدون في أصل الدين ولم يقل أحدٌ إن البلاغ فات فيه.

وليس لهم على هذا اعتراض إلّا أن يقولوا: إن الإيمان يجب عقلا لا سمعًا وهذا مذهب أهل البدعة، ولا ينبغي أن يُمكّنوا من إظهار هذه العقيدة ويلزمهم مع هذا الإيمان بالنبي ـ صلى الله عليه ـ فإن البلاغ فيه ثابت وهو سمعي محض ولا جواب لهم عن هذا.

وأمّا النقض بمتروك التسمية إذا أتلفه إنسان على شفعوي المذهب.

فمتوجه فإنه لا يتعرض لهم بإتلاف متروك التسمية عليهم ومع ذلك لم يوجبوا الضمان.

وقولهم: «إن المحاجّة قائمة معهم».

قلنا: ومع أهل الذمة قائمة وندعوهم إلى الإسلام ونذكرهم لرفع الحجة

عليهم بل هذا أولى ؛ لأن دليل متروك التسمية مجتهد فيه بخلاف الخمر فإن حرمتها مقطوع بها.

فأمّا فصل الأنكحة فنحن لا نقضي بينهم فيها إلّا بما يوافق شرع الإسلام.

وقد قال أبو حنيفة: إذا ارتفعوا إلينا نفرّق بينهم وبين محارمهم(١). وأمّا المشركة فبضعها متقوّم في حق المسلم، بدليل أن مَنْ وَطَأَ أمة مجوسية لمسلمٍ يضمن عقرها.

وأمّا الخمر غير متقوّمة في حق المسلم بحال، ثم نقول: ما ادّعيناه من خطاب أهل الذمة بالشرعيات وقيام الحجة عليهم في الكل قاعدة كلية لا يتصور نقضها.

وأمّا صحة الأنكحة إن لم توافق شروطها شرع الإسلام استثنيت من هذا الأصل بالنص الوارد من الكتاب والسنة في إثبات نكاحهم وتصحيحه وهو قوله تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلۡحَطَبِ﴾(٢).

وقوله عليه السلام: (وُلدتُ من نكاح ولم أُولدْ من سفاح)(٣).

ولأنا لو أبطلنا أنكحتهم أدّى إلى فساد عامة الأنساب لأصحاب رسول الله ـ صلى الله عليه ـ وربما يتعدّى إلى النبي ـ عليه السلام ـ ونعوذ بالله من هذا

(١) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ٢٧٠ بتحقيقنا.
(٢) سورة المسد آية (٤).
(٣) رواه البيهقي في سننه: ١٩٠/٧، باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم.
وعبد الرزاق في مصنفه مرسلًا بلفظ: «إني خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح».
وقال ابن حجر في التلخيص بعد ذكر مَنْ خرجه «ووصله ابن عدي والطبراني في الأوسط من حديث علي بن أبي طالب وفي إسناده نظر» اهـ. ثم قال: «إسناد ضعيف»: ١٧٦/٣.

الاعتقاد، وهذا كاستثنائهم الربا من الأصل الذي ادّعوه.

وأمّا قولهم: «إن عقد الذمة عَصَمَ الخمر».

قلنا: ليس معناه إلّا منع الإراقة، وقد أجبنا عنه.

وأمّا نفسُ الكافر ضمنت بالعصمة؛ ولأن عقد الذمة عقد عصمة.

والحرف: أن عقد الذمة معقود لعصمة ما ليس بمعصومٍ، أمّا هو ليس بمعقودٍ لجعل ما ليس بمالٍ مالًا، والآدمي يضمن لا لكونه مالًا بل للعصمة، وعقد الذمة قد أوجب العصمة مثل ما يوجب العصمة لسائر أمواله، ولو لم تثبت هذه العصمة لم يكن لعقد الذمة فائدة، فأما أن يجعل ما ليس بمالٍ مالًا فمحال.

ونظير الخمر من الأموال العبد المرتد.

أما سقوط الحد إنما كان؛ لأنه يشرب الخمر باعتقاد الإباحة، وشرب الخمر باعتقاد الإباحة كفرٌ، وعقد الذمة قد عَصَمَ من عقوبة الكفر.

والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

نقصان الولادة لا يجبر بالولد عندنا[١].

وعندهم: يجبر[٢].

وصورة المسألة: إذا ولدت الجارية المغصوبة وانتقصت وفي الولد وفاء بالنقصان.

❖ **لنا:**

أن الجزء الفائت بالولادة مضمون على الغاصب، والمضمون إذا فات وَوَجَبَ ضمانه يكون ضمانه من ملك مَنْ عليه الضمان لا من ملك مَنْ له الضمان.

دليله: سائر الضمانات.

يبينه: أن الضمان الواجب بالغصب أو الجناية مال يجب لصاحب الحق على الغاصب والجاني لجبر ما فات بالغصب أو الجناية ولا يتصور تحققه إلا أن يكون حصوله لمن له الضمان بسبب الجناية على حقه، وهذا المعنى لا يمكن تحقيقه في مسألتنا؛ لأن الولد يجعل لصاحب الجارية سواء كان هناك فوات جزء ونقصان بالولادة أو لم يكن، وما كان بهذا السبيل كيف

---

(١) النكت: ورق ١٧٤/أ، الحاوي: ١٥٦/٧، روضة الطالبين: ٦٤/٥.
وهو قول زفر وأحمد، ينظر: المغني: ٣٩٥/٧، الأسرار: ٢٩٠/٢/ب، إيثار الإنصاف: ٢٦١.

(٢) مختصر الطحاوي: ١١٨، مختصر القدوري: ٤٤٤/١ مع الجوهرة، الأسرار: ٢٩٠/٢/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١٥٨/١١، البدائع: ٤٤٣٧/٩.
(رؤوس المسائل): ٣٥٤، (إيثار الإنصاف): ٢٦١.

يتصور أن يكون الولد مال الضمان؟ وإذا لم يتصور أن يكون الولد مال الضمان بقي الضمان في [١٥٦/أ] ذمته ولا ينقضي عن عهدته إلا بالأداء أو الإبراء وصار الولد في هذا الضمان الواجب كالعدم أو يجعل كسائر أموال المغصوب منه، ويصير أيضًا كما لو هَلَكَت الأمّ، في الولد وفاء بقيمة الأمّ لم يجبر به مال الضمان.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الولد قام مقام النقصان خلفًا عن الفائت فينعدم النقصان.

كما لو هزلت الجارية ثم سمنت أو قُلع سن إنسان ثم نبتت مكانها سن أخرى.

والدليل على أن الولد قام مقام النقصان وخلف عن الفائت: أن سبب الزيادة والنقصان واحد؛ لأن سبب النقصان هو الولادة، وسبب الزيادة كذلك؛ لأن الولد لا يكون مالًا متقومًا بنفسه إلّا بالولادة.

أمّا في جنين البهيمة فالولد وإنِ كان مالًا قبل الولادة لكنه تبع للأصل وإنما يصير مالًا بنفسه إذا انفصل.

وأمّا في الجارية فليس بمالٍ قبل الولادة لا تبعًا ولا أصلًا، أما أصلًا فمعلوم، وأمّا تبعًا فلأن الجارية تتعيّب بالولد وما تتعيّب به الجارية لا يكون صفة زائدة في مالية الجارية فثبت: أن الولد إنما يصير مالًا مقصودًا بنفسه متقوّمًا بالولادة فكانت الولادة سببًا للزيادة والنقصان.

والسبب الواحد إذا فوّت حق إنسان من وجهٍ، وأفاد من وجهٍ آخر؛

صارت الزيادة خلفًا عن الفائت، وقائمة مقامه؛ فيصير في المعنى كأن لم يفت؛ فلا يجب الضمان.

وحرفهم:

أن السبب الواحد إذا أخرج عن ملكه مالًا وأدخل مالًا يكون الداخل خلفًا عن الخارج ضرورة، كما في البيع فإنه لما كان سببًا يوجب خروج المبيع عن ملكه ودخول الثمن في ملكه كان الثمن خلفًا عن المبيع ضرورة، كذلك ههنا.

قالوا: وقولكم: «إن ملكه لا يُجبر بملكه».

لا يصح؛ لأن الولد ما كان مملوكًا له قبل الولادة حتى يصير ملكه خلفًا عن ملكه، وإنما صار مملوكًا له بعد الوجود بالولادة، والخلافة من شرطها أن يدخل في ملكه مالم يكن مملوكًا له خلفًا عمّا زال عن ملكه، وليس من شرطها أن يكون مملوكًا لغيره حتى يصير خلفًا عن ملكه، ألا ترى أنه إذا باع عبدًا بألف درهم، فإنه يملك البائع ألف درهم من ذمة المشتري، وما كانت هذه الألف مملوكة للمشتري قبل هذا، ولكن لما دخل في ملك البائع مالم يكن مملوكًا له من قبل تحققت الخلافة بحكم البيع، فكذلك ههنا الولد قبل الولادة لم يكن مملوكًا مقصودًا، وكان ذلك الجزء الذي فات بالولادة مملوكًا فبالولادة فات ذلك الجزء عن ملكه، ودخل الولد في ملكه فتحققت الخلافة.

وألزموا على ما قلنا مسألة السّن.

قالوا: وإن قلتم إن هناك بالسّن النابتة ينعدم النقصان الحاصل بالقلع

فينجبر لهذا المعنى، كذلك ههنا بالولد ينعدم النقصان معنًى على ما سبق فينجبر النقصان الحاصل مثل تلك المسألة سواء.

قالوا: ولا يلزم إذا ماتت الأم وفي الولد وفاء بقيمة الأمّ.

منع بعضهم وقال: ينجبر وادّعوا رواية عن صاحبهم.

قالوا: ولئن سلمنا، إنما لا ينجبر؛ لأن ملك الولد فرع ملك الأصل فإذا فات جزء وحدث جزءٌ آخر من الأصل بسبب واحد أثبتنا الخلافة بين الحادث والفائت بذلك السبب، وأمّا إذا تلف الأصل لا يمكن أن يجعل الولد جابرًا للأصل؛ لأن الولد يُملك بملك الأصل وهو فرع، والفرع لا يجبر أصله كما نقول في سجود السهو فإنه يجبر بالنقصان[1] الحاصل في الصلاة ولو بطلت الصلاة فإن السجود لا يجبر أصل الصلاة، كذلك ههنا.

قالوا: ولا يلزم إذا قطع قوائم شجر إنسان فنبت مكانها غيرها، أوجزّ صوف شاة إنسان فنبت مكانه غيره حيث لا يجبر.

لأنا إنما سعينا لينجبر النقصان بالزيادة لا ليملك الجاني عينًا مملوكة لغيره، وهناك حاجتنا إلى أن نجعل القوائم المقطوعة مملوكة للقاطع؛ ولأن سبب الزيادة والنقصان هناك مختلف؛ لأن الشجرة تنتقص بالقطع، والزيادة تحصل بقوة في الشجرة ولم يكن حصولها بسبب القطع.

قالوا: ولا يلزم إذا أخرج ظبيةً من الحرم فولدت ولدًا ونقصتها الولادة وفي الولد وفاء بالنقصان حيث لا ينجبر.

---

(١) كذا في المخطوط: ولعله (النقصان).




لأنا لا نسلم هذه المسألة، بل ينجبر، وثبتوا على المنع.

قالوا: ولا يلزم إذا لم يكن في الولد وفاء بالنقصان حال الولادة ثم صار فيه وفاء بعد الرد إلى المالك حيث لا ينجبر به؛ لأن حكم الغصب انتهى نهايته بالرد، فما قدر على [١٥٦/ب] رده إلى المالك برئ عن الضمان، وما عجزت عن ردّه استقر عليه ضمانه، فالزيادة الحاصلة في الولد من بعد الرد لا تعتبر، وليس كما لو زاد قبل الرد وصار فيه وفاء بالنقصان، ولم يكن فيه وفاء عند الولادة حيث ينجبر به، لأن صفة الخلافة انعقدت للولد حال حدوثه وصار جابرًا بقدر قيمته من نقصان الأمّ فالزيادة التي حصلت بعد ذلك هي زيادة فيما هو خلف فيصير خلفًا أيضًا، فأما إذا كانت الزيادة بعد الرد فقد بينا من قبل.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن الضمان الواجب لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء».

لا يصح، لأنا إذا جعلنا هذه الزيادة خلفًا عن الأصل امتنع وجوب الضمان أصلًا، لأنه قد وجد الرد على الوجه الذي غَصَبَ ففات وجوب الضمان مثل ما يفوت في مسألة السّن والسِّمن، ولا نقول: إنه وجب الضمان وصار مؤدًى[1] بالولد، هذه جملة ما يمكن لهم في هذه المسألة.

وقد قال أبو زيد في الأمالي:

إن الولد في معنى الأرش عن الجناية فقام مقامه كنفس الأروش في الجنايات قال: وإنما قلنا: إنه بمنزلة الأرش لأن مالية الولد حدثت بالولادة التي أوجبت النقصان في الأمّ كمالية الأرش وجبت بالقطع الذي أوجب

(١) في المخطوط: مؤديًا.

النقصان في الأصل على ما ذكرنا من قبل.

وربما يقولون في أثناء الكلام نعني «بالخلفية» الخلف وجودًا مثل السّن يخلف السّن وجودًا.

۞ **الجواب:**

إن بناء كلامهم على أن الولد ليس بمالٍ قبل الانفصال وهذه مكابرة محسوسًا ومحكومًا: أمّا المحسوس فلأنا نقطع بوجود الولد في البطن قبل الولادة فإنه إذا حصل[1] الولادة علمنا أن الولد كان موجودًا من قبل وإذا كان[2] الأمّ مالًا كان الولد مالًا، لأنه يتبعها في المالية وعدم المالية، وكذلك في التقوم.

وأمّا الحكم: فلأنه لو أعتق جنينًا مشتركًا بين اثنين يضمن لصاحبه، ولو أوصى بما في بطن جاريته لإنسان ومات ثم إن صاحب الجارية وهو الوارث أعتق الأمّ يضمن الولد للموصى له، ولأنه لو جعل الولد بدلًا في الخلع صح التسمية وما ليس بمالٍ لا يصح التسمية بدلًا من الخلع، ولأنه يصح الإيصاء به، وما ليس بمالٍ لا يصح الإيصاء به كالخمر، وهذه دلائل معتمدة، وعلى أنا إن سلّمنا أنه حصل مالًا بالولادة ولكن لا يصلح ضمانًا للجزء الفائت كما بيّنا.

يبينه: أن الضمان بنقصان الأمّ والنقصان قائم ولم يضمن شيئًا فكيف يتخلص عن الضمان بحدوث ولد لمن له الضمان؟.

وقولهم: «إنه قائم مقامه وخلفه».

---

(١) كذا في المخطوط، والأولى (حصلت).
(٢) كذا في المخطوط، والأولى (كانت).

تمنٍ[1] باطل ؛ لأن الخلف: إمّا أن يكون من حيث الشرع ، أو من حيث الحسّ ، ولا خلف من حيث الحسّ ، لأن النقصان قائم كما كان بخلاف السّن النابتة بعد القلع إن سلّمنا ، لأن النقصان حسًّا قد ارتفع ، وكان الضمان الواجب لا بدلًا عن السّن ، لأن السّن ميتة لا قيمة لها ، وإنما كان الضمان للثلمة الواقعة محسوسًا فإذا ارتفعت ذهب الضمان لانعدام سببه.

فأمّا في مسألتنا فالنقصان قائم كما بينا ، ولا يجوز أن يكون خلفًا من حيث الشرع ، لأن الخلف من حيث الشرع هو ما جعله الشرع عوضًا على معنى تقويمه به كالأرش في القطع ، وكذلك الثمن في البياعات خلف عن المبيع ، لأنه عوضه بالتراضي من المتعاقدين ولا يتصور هذا الخلف إلّا بشريطه وهو أن يكون واجبًا من مال مَنْ عليه الضمان لمن له الضمان.

وفي مسألتنا لا يوجد هذا المعنى ؛ لأن الولد مال مَنْ له الضمان والنقصان حاصل في ملكه فانعدمت الخلفية محسوسًا ومشروعًا فبقي الضمان الواجب على وجوبه من قبل.

وقد خرج بما قلنا الجواب عن فصل السّن وفصل الأرش.

ويقال لهم على جهة تلخيص الكلام: النقصان وإن حصل بسبب الزيادة ولكن نقصان في ملكه وزيادة من ملكه فلا يصلح ضمانًا.

فإن قالوا: يصلح جبرًا.

قلنا: لا يصلح أيضًا ؛ لأن جبر المضمون بالضمان ، فإذا لم يصلح

---

(١) في المخطوط: (تمنى).

ضمانًا في نفسه لم يصلح المحصول جبر المضمون به.

وقولهم: «انعدم النقصان معنى».

دعوى بلا دليل.

وقولهم: «إنه يكفي في الخلفية أن لا يكون مالكًا للشيء من قبل».

قلنا: لابد أن يكون مالكًا له من قبل وأن تملّكه من جهة مَنْ عليه الضمان ليتحقق الضمان، ثم وإن سُمّي خلفًا فيجوز.

وقولهم: «إنه انعدم الضمان».

كيف ينعدم والنقصان قائم، والولد حصل من ملكه؟ ولا يتصور أن ينعدم الضمان الواجب له بملكٍ يحدث من ملكه.

والله تعالى أعلم بالصواب وبه الحول والقوة.



※ (**مَسْأَلَة**): [١٥٧/أ]

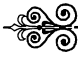
إذا غصب طعامًا من إنسان وأطعمه المغصوب منه وهو لا يعلم أنه طعامه فتناول لا يبرأ الغاصب في أظهر قولي الشافعي رضي الله عنه[١].

وقال: في القول الثاني[٢]: يبرأ، وهو قولهم[٣].

(١) مختصر المزني: ٤٣/٣ مع الأم، المهذب: ٤٩١/١، النكت: ورقة ١٧٦/أ، الحاوي: ٢٠٧/٧، روضة الطالبين: ١١/٥.

(٢) مختصر المزني: ٤٣/٣ مع الأم، المهذب: ٤٩١/١.

(٣) الأسرار: ٢٩١/٢/ب (مراد ملا)، المبسوط: ٨١/١١.




وعلى هذا الخلاف إذا أعار منه المغصوب من ثوبٍ أو دابة.

لنا:

أنه لم يصل إليه ما أزال عنه فلا يبرأ عن الضمان كما لو لم يقدمه أصلًا بين يديه، وإنما قلنا ذلك، لأنه أزال يد الملك وأعاد يد الإباحة.

والدليل على أنه أعاد يد الإباحة أن يد الملك لا تُعرف بصورة اليد بل بيدٍ ذات أحكام مخصوصة.

وفي مسألتنا لم توجد يد الملك بدليل أنه لا يُبنى عليها أحكام الملك، ألا ترى أنه بظاهر ما يعتقده من حقه في الطعام لا يجوز أن يتصرف فيه بتصرفٍ ما من البيع والهبة والرهن وسائر التصرفات، ولو اعتقد جوازها أثم.

وفي مسألة تقديم الطعام بين يديه لا يمكّن من النقل إذا لم يعرف أنه طعامه، فثبت أنه لم يُعِدْ يد المالك، فلا يبرأ عن الضمان الواجب بإزالة يد الملك.

ويمكن أن يقال: أزال يدًا بسلطانٍ مخصوصٍ ولم يُعِدْ يده بسلطانه على ما سبق.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: أتى بالرد المستحق عليه فيبرأ عن الضمان، كما لو علم المغصوب منه أنه طعامه.

وإنما قلنا ذلك، لأن المستحق ردٌّ يتضمن عود يد الملك وقد عاد يد

الملك، لأنه قد ثبتت اليد للمالك على المغصوب، ولا يتصور للمالك على المغصوب يد سوى يد الملك.

وحرفهم: أن الأيدي وإن كانت مختلفة لكن يد الملك متعيّنة للمالك، فعلى أيِّ وجهٍ أثبت له اليد تكون يد الملك، وإذا ثبت عود يده وقعت البراءة.

قالوا: ولا يجوز أن ينظر: إلى أن الغاصب أعاد يده على جهة الإباحة، لأن هذا موجود فيما إذا كان المغصوب منه يعلم أن الطعام طعامه فإنه يبرأ عن الضمان، فدل أن المعتبر مجرد عود يده.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن المالك مغرور من جهة الغاصب ووبال المغرور على الغارّ، لأن المالك مغتر وليس بمغرورٍ، لأن الطعام الذي قدم إليه يحتمل أنه ملكه، ويحتمل أنه ليس بملكه فإذا أقدم عليه مع الاحتمال فقد غرّ نفسه، وعلى أنه وإن كان مغرورًا من قِبَلِه لكن لما أكل من ملك نفسه وباشر إتلاف المغصوب بفعله لم يكن له على أحدٍ سبيل، كما قال لغيره «اسلُكْ هذا الطريق فإنه آمنٌ وسِر إلى البلد الفلاني فإن التجارة فيه مربحة»، فسلك ذلك الطريق فَقُطِعَ عليه أو قَدِمَ ذلك البلد فخسر لا يرجع على الغارّ بشيء؛ لأنه وإن كان مغرورًا من قِبَله ولكن سلك الطريق بنفسه وبفعله واتّجر بنفسه فهو وإن هلك مالُه لا يرجع على أحدٍ؛ وهذا لأن غاية ما في الباب أن ينّزل الغارّ منزلة المسبب لهلاك مال الغير والمباشرة إذا طرأت على التسبب فإنها تقطع حكم التسبب، كما لو حفر بئرًا فجاء إنسان وألقى إنسانًا فيه فإنه يجب الضمان على الملقي لا على الحافر.

قالوا: وليس كما لو باع جارية من إنسان فأولدها المشتري ولدًا، فَظَهَرَ

مستحقٌ للجارية، وضمن المشتري قيمة الولد حيث يرجع بقيمة الولد على البائع؛ لأنه لا رجوع بحكم الغرور، بل يرجع على البائع بحكم التزامه سلامة الجارية وسلامة الولد؛ لأن البيع عقد التزام وشرط سلامة بسلامةٍ.

❁ **الجواب:**

قد ذكرنا أنه ما أعاد يد الملك.

وقولهم: «إنه لا يتصور للمالك إلّا يد الملك».

قلنا: لا يتصور إذا عَلِمَ أن الشيء ملكه إذ لا يتصوّر الإعراض عن ظاهر ما يعتقد المالك، والشرع لم يعرض عن ظاهر ما يعتقده المالك في أن الطعام ليس بملكه بدليل ما قدمنا من قبل.

ويجوز أن يقال: إن المالك وإن كان الثابت له يد الملك، ولكن الغاصب ما أعاد يد الملك وبراءته بإعادة يد الملك؛ لأنه إذا كانت براءته برده فيعتبر صفة رده، فأما إذا علم المغصوب منه أنه طعامه، فأكله على أنه طعامه، يبرأ الغاصب باسترداد المالك، وليس برد الغاصب، وهو كما لو جاء إلى بيت الغاصب وأخذ منه المغصوب.

فأمّا ههنا الاسترداد فلو برئ عن الضمان لبرئ بالرد ولم يوجد الرد على جهة ما أخذ؛ لأنه أخذٌ مزيلٌ يدَ الملك وردٌ غيرُ مفيدٍ يد الملك فلم يبرأ عن الضمان، هذا غاية ما يمكن تحقيقه في هذه المسألة وهو [١٥٧/ب] حسن يمكن تمشيته فليعتمد عليه.

وأمّا طريقة اعتبار المغرور فهو طريقة المشايخ.

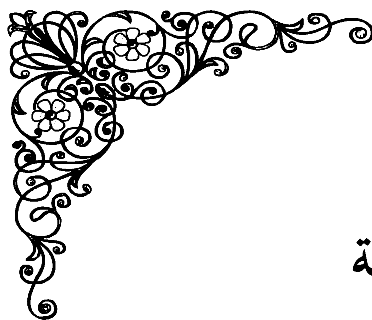
ونهاية ما يمكن أن يقال في تقريرها: إن الغرور الصادر من الإنسان يجعل الغارّ بمنزلة المتسبب والتسبب للهلاك موجب ضمان الهلاك.

أما مباشرة المالك الأكل بنفسه فبناء على تسببه فلا يوجب براءته عن عهدة غروره، كالولي إذا قتل المشهود بقتله لا يبرأ الشهود عن الضمان؛ لأنه يبنى قتله على شهادتهم فلم يوجب براءتهم عن الضمان.

هذا غاية الإمكان، والاعتماد على ما سبق.

والله تعالى أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين.






كتابُ الشفعة

※ (مَسْأَلَة):

لا تثبت الشفعة إلّا للشريك عندنا[١].

وعندهم: تثبت للجار إذا لم يكن شريك[٢].

❖ **لنا:**

حديث معمر عن الزهري عن أبي سلمة[٣] عن جابر أن النبي ﷺ قال: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطُّرق فلا شفعة»[٤].

وفي رواية: «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[٥]. وفي رواية: «إنما الشفعة فيما لم يقسم...».

---

(١) المهذب: ٤٩٥/١، مختصر المزني مع الأم: ٤٧/٣، ٤٨، النكت: ورقة ١٧٦/ب، والحاوي الكبير: ٢٢٧/٧، معالم السنن: ٧٨٨/٣.
وبهذا القول قال المالكية والحنابلة، ينظر: المغني: ٤٣٦/٧.

(٢) الأسرار: ١٧٣/١/ب (مراد ملا)، مختصر القدوري مع الجوهرة: ٣٥٤/١، مختصر الطحاوي: ١٢٠، المبسوط: ٩٤/١٤.

(٣) أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني قيل: اسمه عبد الله، وقيل: إسماعيل، ثقة مكثر من الثالثة، مات سنة: ٩٤هـ، وكان مولده بضع وعشرين، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٤٠٩.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٤٣٦/٤ مع الفتح، باب الشفعة فيما لم يقسم.
والترمذي في سننه: ١٣١/٦ مع العارضة، باب ما جاء إذا أحدت الحدود...).

(٥) هذه الرواية هي رواية أبي داود في سننه: ٧٨٤/٣ مع المعالم، باب في الشفعة.

والخبر نص، وهو قوله: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة».

ولأن قوله ـ عليه السلام ـ: «فيما لم يقسم»، يقتضي نفي الشفعة في المقسوم؛ لأنه ـ صلى الله عليه ـ أدخل الألف واللام وذلك يقتضي استيعاب الجنس.

وكذلك قوله: «إنما الشفعة فيما لم يقسم» يقتضي النفي والإثبات مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾[1].

قالوا: الأخبار متعارضة، بل الأخبار في إثبات حق الشفعة للجار أكثر.

روى قتادة[2] عن الحسن [3] عن سمرة أن النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: «جار الدار أحق بالدار»[4].

وروى أيضًا سعيد[5] بن أبي عروبة[6] عن قتادة عن أنس عن النبي صلى الله عليه وروى عبد الملك[7] بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال:

---

(١) سورة النساء آية (١٧١).

(٢) قتادة بن دعامة السدوسي أبو الخطاب البصري، ثقة، ثبت، يقال: ولد أكمه وهو رأس الطبقة الرابعة، مات سنة. ١١٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٢٨١.

(٣) يعني الحسن البصري.

(٤) رواه الترمذي في سننه: ١٣٩/٦ مع العارضة، باب ما جاء في الشفعة، وأبو داود في سننه: ٧٨٧/٣ مع المعالم، باب في الشفعة، والإمام أحمد في مسنده: ٣٨٨/٤، ق/٨، ١٢، ١٣، ١٨.

(٥) سعيد بن أبي عروبة مهران اليشكري مولاهم، أبو النضر البصري، ثقة، حافظ، له تصانيف، لكنه كثير التدليس، واختلط، وكان من أثبت الناس في قتادة، من السادسة، مات سنة ١٥٦ أو ١٥٧هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ١٣٤، ذكر روايته الزيلعي في نصب الراية: ١٧٣/٤.

(٦) في المخطوط (عروة) والتصويب من نصب الراية: ١٧٣/٤.

(٧) عبد الملك بن أبي سليمان ميسرة العزرمي، صدوق له أوهام من الخامسة مات سنة ١٤٥هـ،=

قال رسول الله صلى الله عليه: «الجار أحق بشفعته ينتظر به إن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا»[1].

وروى أبو رافع أن النبي ﷺ قال: «الجار أحق بصقبه»[2].

ورواه إبراهيم[3] بن ميسرة عن عمرو[4] بن الشريد عن أبي رافع.

هذه أخبار معروفة مشهورة.

والخبر الأول، وخبر أبي رافع صحيحان في الباب.

وروى أصحابهم بطريق أبي سعيد أن النبي ﷺ قال: «الخليط أحق من الشفيع، والشفيع أحق من غيره...»[5].

وروى إبراهيم بن[6] ميسرة عن عمرو بن الشريد عن أبيه أن النبي ﷺ

= روى له البخاري تعليقًا، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ٢١٨.

(١) رواه الترمذي في سننه: ٦/١٣٠ مع العارضة، باب ما جاء في الشفعة.
وأبو داود في سننه: ٣/٧٨٨ مع المعالم، باب في الشفعة.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٤/٤٣٧ مع الفتح، باب عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع.
وأبو داود في سننه: ٣/٧٨٦ مع المعالم، باب في الشفعة.
والنسائي في سننه: ٧/٢٨١، ٢٨٢، باب ذكر الشفعة وأحكامها، وابن ماجة في سننه: ٢/٨٣٣.
والإمام أحمد في المسند: ٤/٣٨٩، والدارقطني في سننه: ٢٢٣.

(٣) إبراهيم بن ميسرة الطائفي، نزيل مكة، ثبت حافظ، من الخامسة، مات سنة ١٣٢هـ.
روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ٢٤.

(٤) عمرو بن الشريد الثقفي أبو الوليد الطائفي، ثقة من الثالثة.
روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة. ينظر: التقريب: ٢٦٠.

(٥) عزاه في نصب الراية إلى ابن أبي شيبة في مصنفه وعبد الرزاق في مصنفه، وهو عندهما من قول إبراهيم النخعي، وليس مرفوعًا. ينظر: نصب الراية: ٤/١٧٦.

(٦) في المخطوط: ابن أبي ميسرة.

سئل عن أرضٍ ليس لأحدٍ فيها شرك ولا نصيب إلا الجوار بيعت فقال ـ عليه السلام ـ: «الجار أحق بصقبه»(١).

وأوّل بعضهم الخبر الذي رويناه وقال: معناه: فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة يعني: بإيقاع الحدود وصرف الطرق.

وتأويلهم المعتمد: أن المراد من الحديث إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق بحيث لم يبق هو جارًا ملاصقًا وصار جارًا مقابلًا، ألا ترى أنه شرط شيئين(٢).

وعندكم: بمجرد إيقاع الحدود تسقط الشفعة وإن لم تصرف الطرق.

وأمّا عندنا: فشرط صرف الطرق في نفي الشفعة لما بيّنا.

۞ الجواب:

أن المراد بالجار المذكور هو الشريك، واسمْ الجار يقع على الشريك؛ لأنه يجاور شريكه ويساكنه في الدار المشتركة، والمرأة تسمى جارة على هذا المعنى، قال: الأعشى(٣):

أجارتنا بيني فإنك طالقه ... كذاك أمورُ الناس تغدو وطارقه

وعلى أن في أسانيد أخبارهم مقالًا(٤) قال يحيى بن معين: لم يسمع

---

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده: ٤/٣٩٠.

(٢) ينظر: الأسرار: ١/١٧٤/أ (مراد ملا).

(٣) الأعشى الكبير واسمه «ميمون بن قيس»، ينظر: ديوانه: ٢٦٣، وروايته في الديوان:
«يا جارتي بيني فإنك طالقه ... كذلك أمور الناس غادٍ وطارقه»
وقد ذكر هذا المعنى الخطابي في المعالم استدلالًا به: ٣/٧٨٥، ٧٨٧.

(٤) في المخطوط: (مقال).

الحسن عن سمرة شيئًا إنما هو صحيفة وقعت إليه[1].

وقال غيره[2]: سمع الحسن عن سمرة حديث العقيقة فحسب.

وأمّا الخبر الثاني: فقد قيل: عبد الملك بن أبي سليمان لين الحديث[3].

وقال الشافعي[4] - رضي الله عنه -: يخاف أن لا يكون محفوظًا.

وعن شعبة أنه أنكر هذا الحديث وقال: إن روى عبد الملك مثل هذا حديثًا تركتُ حديثه.

وإن ثبت فنحمله على الشريك لقوله: «إذا كان طريقهما واحدًا».

قال ذلك لأن الطريق [١٥٨/أ] إنما يكون واحدًا على الحقيقة في [المشاع دون المقسوم.

وأمّا حديث أبي رافع [فقد تكلم أهل الحديث فيه، واضطربت الرواية فيه فقال بعضهم: عن عمرو بن الشريد عن أبي رافع.

وقال بعضهم: عن أبيه عن أبي رافع.

وأرسله بعضهم وقال: فيه قتادة عن عمرو بن شعيب عن الشريد][5].

وأمّا خبر أبي سعيد والشريد على ما ذكروا فلا يثبتان أصلًا.

---

(١) قاله الخطابي في المعالم: ٣/٧٨٧.

(٢) قاله الخطابي في المعالم.

(٣) قاله الخطابي في المعالم: ٣/٧٨٨.

(٤) ينظر: حاشية (٢).

(٥) ما بين القوسين نقلًا من المعالم: ٣/٧٨٧.

وأمّا الأخبار التي رويت في نفي الشفعة إلّا للشريك فأخبار صحاح وليس لأحد فيها مقال[1].

وقد روى أبو داود بالإسناد الذي بيّنا عن جابر قال: «إنما جعل رسول الله ـ صلى الله عليه ـ الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[2].

وروى أيضًا بإسناده عن ابن المسيب عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ـ صلى الله عليه: «إذا قُسمت الأرض وحُدّت فلا شفعة فيها»[3].

وتأويلهم الأول ليس بشيء؛ لأن الخبر يقتضي نفي الشفعة في آخر الخبر لما أثبتها في أول الحديث، وذلك الشفعة بالبيع، وهذا التأويل لا يقوله إلّا مجازف.

وأمّا قولهم: «إنه محمول على الجار المقابل».

قلنا: في الخبر نفي الشفعة بالقسمة، ومعلوم أن الجار الملاصق يبقى جارًا بعد القسمة، وعلى هذا أكثر القسمة فإن الشريك يصير بعد القسمة جارًا ملاصقًا وقد كان شريكًا من قبل.

فأمّا ذكر صرف الطرق فالمراد منه هو الطريق في المشاع؛ وذلك لأن الطريق قد يكون في المشاع شائعًا بين الشريكين قبل القسمة وكل واحدٍ يدخل من حيث شاء ويتوصل إلى حقه من الجهات كلها، فإذا قسم العقار

(١) قاله الخطابي في المعالم: ٣/٧٨٧.
(٢) ينظر: سنن أبي داود: ٣/٧٨٤ مع المعالم، باب في الشفعة.
(٣) ينظر: سنن أبي داود: ٣/٧٨٥ مع المعالم، باب في الشفعة.

بينهم مُنع كل واحد منهم أن يتطرّق شيئًا من حق صاحبه وأن يدخل في ملكه إلّا من حيث جعل له فمعنى صرف الطرق هذا.

وقد قيل: إن صرف الطرق مذكور على العادات؛ لأن العادة أن الحدود إذا ضُربت صُرفت الطرق فذكر على ذلك؛ لأنه شرط النفي للشفعة وقد يوجد صرف الحدود وصرف الطرق والجوار على التلاصق، فهذا وجه الكلام في الأخبار والمعتمد هذا.

ومَنْ سَلَكَ طريق المعنى فيسهل جدًا؛ لأن استحقاق الإنسان مال الغير وتملكه عليه خارج عن قواعد الشرع وقوانينه، وإن ثبت للشريك فهو مسلم للإجماع أو للنص.

وأمّا الجار فلا حق له فوجب الرجوع إلى القاعدة الكلية في الشرع: وهو أن تملك مال الغير بغير رضاه لا يجوز.

وقد قال رسول الله ـ ﷺ: «كل امرئ أحق بماله من ولده ووالده والناس أجمعين»(١).

ولأن الجوار ليس بسببٍ لاستحقاق حقٍ ما على الجار، واستحقاق مال الغير بلا سببٍ باطل.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بالأخبار التي قدمناها، وقد ذكرنا الكلام عليها، ومن جهة المعنى قالوا: الشفعة وجبت للشريك بعلة الضرر، ونعني «بالضرر» سوء

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٤/٢٣٦.




المشاركة وأذى الصحبة، والشرع قد أوجب دفع الضرر ما أمكن، ووجه دفع الضرر: أخذ الشقص بالشفعة وتملّك نصيبه عليه إلّا أنهما ما داما أصلين لا تجب الشفعة؛ لأنه ليس إيجابهما لأحدهما بأولى من إيجابها للآخر، فإذا صار أحد الشريكين دخيلًا ترجح حق الآخر عليه؛ لكونه أصيلًا، فثبت له الأخذ لدفع ضرره.

وهذا المعنى بعينه موجود في الجار؛ لأن أذى المجاورة معهودة في العادة مثل أذى المشاركة.

وتحريرهم: وهو أن الجار خائف ضرره على وجه الدوام بجهةٍ معهودةٍ عرفًا فثبت له حق الشفعة فيما اشتراه.

دليله: إذا كان شريكًا.

قالوا: وليس كالجار المقابل؛ لأنه لا ضرر هناك فإن الطريق حاجز وأيضًا فإن الجار الملاصق كالشريك من حيث إن الأذى باتصال المِلك بالمِلك بخلاف الجار المقابل فإنه لا يخاف أذاه باتصال مِلكه بملكه فلم يشبه الشريك فلم تجب له الشفعة.

قالوا: وليس كالمنقول؛ لأن الضرر في المنقول وإن تصور لكنه يمكنه دفعه ببيعه نصيبه وليس في بيعه نصيبه كثير ضرر؛ لأن المنقول لا يشترى لِيُقْتَنى ولا يملك لِيُمْسَك، بخلاف العقار فتحقق الضرر في مسألتنا من حيث إنه لا يمكنه الخلاص عن ضرره إلا ببيع ما اشتراه للقِنية وبيع ما اشتراه للقِنية والإمساك ضرر عظيم، ولا يمكن تكليفه الصبر على هذا الضرر؛ لأن فيه إضرارًا بالأصيل بسبب الدخيل، وحفظ جانب الأصل أولى بدفع الضرر




عنه، فتعين أخذ ما اشتراه بالثمن الذي اشتراه به [١٥٨/ب] وليس في أخذه كثير ضرر يلحق المشتري؛ لأنه يوفّر عليه الثمن الذي اشتراه به ويعيده إلى رأس ماله الذي نقده، فغاية ما في الباب أن يصير كأنه لم يشتر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه يدفع ضَرَرَه بالمرافعة إلى القاضي؛ لأن الحاجة إلى المرافعة إلى القاضي ضرر، وربما لا يندفع أيضًا، والضرر لا يدفع بالضرر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إنه لو ثبت حق الشفعة للجار لوجب أن يزاحم الشريك كصاحب النصيب القليل مع صاحب النصيب الكثير؛ وذلك لأن حق الشفعة للجار عندنا واجب، إلّا أن يقدم عليه الشريك لقوة سببه.

ويجوز أن يقدم حق على حق ولا يدل التقديم على السقوط.

ألا ترى أن الأخ للأب والأم يقدم على الأخ من الأب ولا يدل ذلك على سقوط إرثه أصلًا، كذلك ههنا.

وبيان قوة سبب الشريك: هو أن الضرر الذي يلحقه من شريكه أكثر من الضرر الذي يلحقه من الجار لوجود الحاجز من الحائط بين الجارين وعدمه في الشريكين.

❁ **الجواب:**

إن الأصح عندنا أن إيجاب الشفعة للشريك غير معللٍ، وإنما هو بالنص أو الإجماع؛ لأنها إن عُلّلت باتصال المِلك بالمِلك فليس في اتصال الملك دليل على وجوب الشفعة، وإن عُلّل بالضرر فنفس الأخذ ضرر على المشتري،




والضرر لا يدفع بالضرر.

وقولهم: «هذا دخيل وهذا أصيل».

قلنا: ليس في صفة الدخيلية معنىً يوجب أخذه ملكه، ولا في صفة الأصيلية معنىً يوجب استحقاقه ملكه؛ وهذا لأنه وإن كان دخيلًا، ولكن إنما انتقل إليه الملك الذي كان للبائع وحين كان للبائع لم يكن لأحد فيه حق التملك فإذا انتقل إلى المشتري يوجب أن يكون كذلك أيضًا، وعلى أن الضرر الذي قلتم يمكن دفعه بالمرافعة إلى السلطان حين يدفع ظلمه ولا ضرورة في استحقاقه ملكه.

وقولهم: «إن المرافعة ضرر».

قلنا: المرافعة لدفع الضرر ودفع الضرر قط لا يُعَدّ ضررًا.

وقد قال الأصحاب: إن عللنا الأخذ بالشفعة بالضرر فهو ضرر مؤونة المقاسمة.

ويمكن الجمع بين هذا المعنى، والمعنى الذي قالوه؛ لأنه يخاف الأذى من الشريك فيحتاج إلى المقاسمة، وللمقاسمة مؤونة تلحقه فيأخذ بالشفعة لدفع هذه المؤونة.

يبينه: أن اعتبار هذا الضرر أولى من الضرر الذي قلتم؛ لأن ذلك الضرر يمكن دفعه بغير التملك بالشفعة وذلك بما ذكرنا من المرافعة إلى السلطان؛ ولأنه رجل ورجل فإذا ضارّ يضارّه وإذا آذاه يؤذيه وإذا مَاكَرَهُ يُماكِرُه.

وأمّا الضرر الذي قلناه فلا يمكن ولا يتصور دفعه إلّا بالأخذ بالشفعة.

فإن قالوا: هذا الضرر الذي قلتم لا يُعَدّ ضررًا؛ لأنه حق مستحق شرعًا فلا يُعَدّ ضررًا ليثبت لأجله حق التملك الذي قالوه.

ولأن هذا يبطل بدار بين ثلاثة نفر لأحدهم ثُلثها وللآخر نِصفها وللآخر سُدسُها باع صاحب الثُلث نصيبه فإنه يثبت لصاحب النِصف أخذه بالشفعة، ولا يتخلص من مؤونة القسمة بأخذه بل تزداد مؤونة المقاسمة.

قلنا: أمّا قولكم: «إنه حق مستحق شرعًا».

قلنا: مستحق شرعًا بجملة من مساوٍ له في الملك، فأما من دخيل لا يساويه فلا، وعلى أنا إذا أثبتنا له حق الأخذ بالشفعة ذَهَبَ الاستحقاق الذي قالوه، والسؤال مشكل.

«وأمّا المسألة التي أوردوا ههنا».

قلنا: هو بالأخذ يتخلص عن المؤونة التي تلحقه من جهة المالك الثُلث وبقي ما يلحقه من جهة الشريك الثالث فقد تخلّص من إحدى المؤونتين.

وقد بينّا أن الشفعة لدفع هذا الضرر، وقد تحقق في هذا الموضع دفع الضرر.

وقولهم: «إن حال الجار بمنزلة حال الشريك».

فمحال؛ لأن الشركة سبب لمواجب شرعية بدليل إيجاب القسمة، والمنع من التصرف بخلاف الجوار فإنه ليس بسببٍ لوجوب حقٍ ما.




إنما غاية ما في الباب أنه يجب ألا يؤذيه، وهذا واجب في حق كل الناس إلّا أن الشرع خص الجار بالزجر عن أذاه؛ لأن في العادة أن الجار أمكنُ من أذى الجار منه من أذى غيره.

ولهذا المعنى قدّم عليه الشريك عندهم، فثبت أنه لا يساويه، وإيجاب الشفعة غير مُعلّلٍ على الصحيح من الطريقين، فاختص بموضع النص، ولم يُلحق به الجار الذي لايساويه، كما لا يُلحق الجار المقابل بالجار الملاصق عندهم؛ لأنه لا يساويه، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

تجب الشفعة عندنا في الشقص الممهور، وكذلك إذا جعله بدلًا في الخلع والصلح عن [١٥٩/أ] دم العمد أو جُعْلًا في الإجارة[١].

وعندهم: لا شفعة في شيء من هذه العقود[٢].

❖ لنا:

أنه شقص مملوك بعوضٍ فتجب فيه الشفعة، كما لو ملك بالبيع؛ وهذا لأن الشفعة وجبت في المملوك بالبيع؛ لا لأنه عقد بيع لأنه ليس في كونه بيعًا معنًى يوجب الشفعة بل تجب لأنه شقص مملوك بعوضٍ.

---

(١) المهذب: ٤٩٨/١، النكت: ورقة: ١٧٧/ب، الحاوي الكبير: ٢٣٢/٧.

(٢) ينظر: الأسرار: ١٧٤/١/ب (مراد ملا)، مختصر القدوري: ٣٥٨/١، ٣٥٩، مختصر الطحاوي: ١٢١.

والدليل على أن المعنى هذا: أن حقيقة الشفعة استحقاق ملك لدفع ضرر، فإذا تحقق الضرر وأمكن إيجابُها نوجبُها وقد تحقق الضرر في هذه المسائل؛ لأنه إن لم يتحقق الضرر في هذه الصورة لا يتحقق أيضًا في البيع، وإنما قلنا: إن الإيجاب ممكن؛ لأنه لما ملك بعوضٍ فقد أمكن الأخذ؛ لأنه يأخذه بمثل العوض إن كان له مثل، وإن لم يكن له مثل يأخذه بقيمة العوض، كما لو باع شقصًا بعبدٍ أو ثوبٍ فإن الشفيع يأخذه بقيمة العبد أو الثوب، والعوض في مسألتنا متقوم؛ لأن عوض الشقص هو منافع البُضع وهي متقومة بدليل تقوّمها بالعقد الصحيح والفاسد؛ ولأن منافع البُضع أعزّ من كثير من الأموال، وحرمتها أكثر وأوفر، فإذا تقوّمت الأعيان فلأن يتقوّم منافع البُضع أولى، وكذلك في سائر منافع البدن، وكذلك دم العمد، وقد ذكرنا الدليل على هذا في كتاب النكاح والغصب.

وإذا ثبت التقوّم ثبت إمكان الأخذ فأشبه إذا ملك البيع.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: شقص مملوك لا في مقابلة مالٍ فلم تجب فيه الشفعة، كما لو ملك بالهبة.

وتحقيقهم: أن حقيقة الشفعة تملّك الشقص بمثل ما يملكه به صاحبه فلابد أن يكون التملك حاصلًا بمالٍ مثل، حتى يمكن إيجاب الشفعة والمنافع لا مثل لها، وقد ذكرنا هذا في كتاب الغصب وكذلك منافع البُضع غير متقومة في الأصل، وإنما تقوّمت نصًا في مواضع مخصوصة؛ وهذا لأن منافع البُضع جعلت كأجزاء الآدمي، وأجزاء الآدمي غير متقوّمة في الأصل، كذلك منافع البُضع.




وإذا ثبت أنها غير متقوّمة في الأصل فات شرط الأخذ فلم يوجد.

وخرّج على هذا إذا مَلَكَ بعبدٍ أو ثوبٍ؛ ولأن إيجاب الشفعة لا يمكن إلّا مع اعتبار الجهة التي وجبت الشفعة بها، ومعنى اعتبار الجهة: هو أن يكون وجوبها بجهة يطلب بها المال؛ لتكون جهة الأخذ بالشفعة مساوية للجهة الموجبة للشفعة، وهذا لا يوجد في مسألتنا؛ لأن النكاح لا يطلب بها المال، بل المطلوب من النكاح السكن والإلفة، وإنما المال تبع العرض في الابتداء، فإن مَنْ أراد أن يتزوج على شقصٍ لا يستحب، ولهذا المعنى لا يستحب فيه عرضه على الجار ليكون صداقًا لابنته بخلاف البيع.

وربما يقولون: إن الأخذ بالشفعة في الانتهاء واجب ليكون بدلًا عن العرض المستحق في الابتداء فلا يجب إلّا في موضع يستحق العرض في الابتداء.

وقد قال مشايخهم: إن البُضع لا يقوّم إلّا على عاقدٍ أو مُتلفٍ، والشفيع ليس بعاقدٍ ولا مُتلفٍ فلا يجوز تقويمه عليه، كما لا يجوز تقويمه على الغاصب.

❁ **الجواب:**

أما الفصل الأول:

قلنا: قولكم: «مملوك لا في مقابلة مال».

قلنا: كونه مملوكًا في مقابلة عوضٍ كافٍ[1] لوجوب الشفعة؛ لأن هذا

(١) في المخطوط: كافي.

القدر أمكن الإيجاب على سبق.

والحرف: أنه إذا ملك بعوض عقدًا لا بُدَّ، وأن يكون متقومًا، وإذا كان متقومًا أمكن الإيجاب.

وعلى أن ما قالوه، فهو كلام بنوه على مذهبهم.

وعندنا: أن منافع البُضع متقومة في الأصل على ما بيّنا في كتاب النكاح، وإذا كانت متقومة فتكون قيمة المنافع مثلًا لها معنى، كما تكون الدراهم والدنانير مثلًا للعبد والثوب معنًى.

وأمّا الطريقة الثانية:

قلنا: قد وجدت المماثلة جهة؛ لأن الشقص ملك بعوض والتملك من الشفيع حاصل بعوض.

وأمّا قولهم: «لا يطلب المال بالنكاح».

قلنا: من جانب المرأة مطلوب، وقد وصل إليها قيمة بُضعها؛ لأن عندنا يوجب الشقص بمهر مثلها.

أمّا في جانب الزوج فالنكاح قائم وملكه في البُضع على ما ثبت في ابتداء العقد ولا يمسُّه أخذ الشقص بالشفعة بحال، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

إذا وجبت الشفعة للجماعة فإنها تقسم بينهم على مقادير أنصبائهم في أحد قولي الشافعي[1].

وفي قول الآخر تقسم بينهم على عدد الرؤوس[2]، وهو قول أبي حنيفة[3] واختيار المزني[4].

والأصح هو القول الأول[5].

ووجه ذلك أن [١٥٩/ب] الشفعة حق الملك فيقسم بين الشركاء على قَدْر الملك.

دليله: الغلّات والأرباح.

ودليله: شِرب الأراضي.

ويمكن أن يقال مَرفِق الملك بدليل أن الرِّفق اسم النفع وهذا الحق واحد ينتفع بسبب ملكه، ألا ترى أنه متى كمل ملكه كمل منافعه ومرافقه بداره.

(١) المهذب: ١/٥٠٠، النكت: ورقة ١٧٧/ب، الحاوي: ٧/٢٦، روضة الطالبين: ٥/١٠٠.

(٢) المهذب: ١/٥٠٠، النكت: ورقة ١٧٧/ب، الحاوي: ٧/٢٥٦، روضة الطالبين: ٥/١٠٠.

(٣) الأسرار: ١/١٧٤/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٢١، مختصر القدوري: ١/٣٦٣ مع الجوهرة النيرة، إيثار الإنصاف: ٣٣٢.

(٤) المهذب: ١/٥٠٠، الحاوي: ٧/٢٥٧.

(٥) الحاوي: ٧/٢٥٦، وقال الماوردي: «قاله في الجديد وهو الصحيح».
وقال النووي في الروضة: «وهو أظهرهما»: ٥/١٠٠.

والأول أحسن.

والدليل على أنها حق الملك أن الشفعة حق من الحقوق، وإنما استحقه الشفيع بملك نصيبه، فثبت قطعًا أنه حق ملك.

وعلى أنا نعني بقولنا: «إنه حق ملكه» إنه يستحقه بملكه.

وإذا ثبت أنه حق الملك فنقول:

مَنْ كثر ملكه كثر حق ملكه وَمَنْ قلّ ملكه قلّ حق ملكه؛ وهذا لأن حقوق الملك أتباع الملك وفروعه، فإذا كثرت الأصول كثرت الأتباع والفروع، وإذا قلّت الأصول قلّت الفروع، بل تعتبر الفوائد الحكمية بالفوائد الحاصلة بالأفعال الحسّية، ومعلوم أن ما يحصل بالأفعال الحسّية من الأملاك فإنها تقسم بين الشركاء على مقادير الأفعال الحسّية بدليل الفُرسان مع الرَّجَالة في الغنائم، فإنها تقسم بينهم على التفاضل لتفاضل أفعالهم الحسية فإن مَنْ كانت آلته أكثر كانت أفعاله أكثر، وإذا كانت أفعاله أكثر كانت فوائد أفعاله أكثر، كذلك الفوائد الحاصلة بالأسباب الحكمية وجب أن يكون كذلك فمَنْ كان سببه أكثر كانت فوائده أكثر وإصابته أوفر، وهذا حرف معتمد.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: استووا في سبب الاستحقاق فيستوون في الاستحقاق كما لو استووا في الأنصباء.

وإنما قلنا: «استووا في سبب الاستحقاق»؛ لأن الشفعة حق مستحق بأصل الملك لا بقدر الملك بدليل أن مَنْ قلّ نصيبه يستحق الشفعة عند

الانفراد في نصيب مَنْ كثر نصيبه مثل مَنْ كثر نصيبه يستحق الشفعة على مَنْ قلّ نصيبه، وصورته:

إذا كانت دارًا بين اثنين لأحدهما سهم من عشرة أسهم والباقي للآخر فأيّهما باع نصيبَه استحقه الآخر؛ وهذا لأن الشفعة حق واجب لدفع ضرر عن الملك أو لضم ملكٍ إلى ملكٍ ليتم له مرافق الملك فيستوي فيه مَنْ كثر فيه نصيبه وَمَنْ قلّ نصيبه، كالمنع من التصرف لما ثبت لدفع الضرر عن الملك والمطالبة بالقسمة لما ثبت لإفراد مَرفِق الملك استوى في ذلك مَنْ قَلّ نصيبه وكثر نصيبه.

وقال أبو زيد[1]:

(نفس الشركة علة استحقاق الشفعة بدليل ما بيّنا فالزيادة في الشركة تصير علة أخرى مثل الأولى لذلك الحكم بعينه، وهو استحقاق المبيع فلا يزداد له الاستحقاق بزيادة العلة في ذلك الحكم بعينه؛ لأن المستحق بعلة لا يتصور أن يستحق بعلة أخرى غير الأولى، لأنه واحد)[2]، وصار هذا بمنزلة شاهدين شهدا له بشيءٍ وأربعة شهدوا لصاحبه يستويان؛ لأن شهادة شاهدين علة تامة في الاستحقاق فلم يزد الاستحقاق بزيادة العلة، (وكذلك مَنْ جرح إنسانًا جراحةً واحدةً وجرحه آخر عشر جراحات ومات المجروح استويا في الضمان الواجب؛ لأن الجرح علة تامة في الموت وإن كان واحدًا فزيادة الجرح يكون زيادة علة على علة صاحبه فلم يوجب زيادة ضمان، وكذلك منْ يحتج بآية واحدة والآخر يحتج بآيتين يستويان، وكذلك في الخبر.

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٧٤/أ (مراد ملا).
(٢) ما بين القوسين نقلا من الأسرار: ١٧٤/أ (مراد ملا).

قالوا: وليس كالغلة ؛ لأنها تجب بدلًا للمنفعة فتقدر بقدر الأصل ؛ وهذا لأن ما يقابل هذا الجزء من الثمن لا يقابل الجزء الآخر إنما يقابل غيره فلم تجتمع العلتان في محل واحد بل كل[1] واحدةٍ في محلٍ على حِدة)[2].

قالوا: وأمّا الثمار والأولاد فأشياء متولدة من الأصل فيكون بقدر الأصل، فإن ثُلثَ الشجرة لا يُولّد إلا ثلث الثمرة والثلثان يُولّد ثلثين آخرين.

وأمّا الشرب فاستحقاقه بحاجة الأرض فيكون حق هذه الأرض غير حق الأرض الأخرى ؛ لأن الحاجة تختلف فالحق يختلف.

قالوا: وقولكم: «إنه حق الملك».

قلنا: لا نسلم أنه حق الملك ؛ لأن محل الملك هو البقعة وهذا الشقص جزء من البقعة مثل الجزء الذي هو لصاحبه وإذا كان جزءًا من البقعة لا يكون حقًا له بل هو حق المالك بعلة الشركة لدفع ضرر الدخيل، فهذا سر المسألة.

قالوا: «وأمّا قولكم هو مرفق».

قلنا: بلى هو مَرفِقٌ لكن لا من حيث التولد من الأصل حكمًا باعتبار ورود العقد عليه مثل الغلة، ولا أيضًا يتولد من ذاته مثل الولد والثمرة، بل هو مَرفِقُ الملك من حيث إن ملك الأصل علة، وثبوت حق التملك بالمبيع حكم له، ثم الملك يتولد من الثمن الذي يعطيه، وإذا صار مَرفِقًا من حيث حكم العلة لم تؤثر فيه زيادة [١٦٠/أ] العلة على ما بينا.

---

(١) في المخطوط (كان) والتصويب من الأسرار.

(٢) ما بين القوسين نقلا من الأسرار: ١/١٧٤/أ (مراد ملا).




وإذا ازدحموا في محلٍ واحدٍ وتضايق المحل عنها استووا.

(قالوا: ولا يلزم الغنيمة؛ لأن القهر والاستيلاء فعل حسي في محلٍ، والمصاب يتفاوت الإصابة، ومعلوم أن إصابة الفُرسان أكثر من إصابة الرَّجَالة فهو كما لو رمى رجلان فأصاب أحدهما رجلًا والآخر أصاب رجلين تفاوتا في الضمان لتفاوتهما في الجرح والمجروح.

وأمّا في مسألتنا فالمحل هو المبيع قلّ أو كثر وكل نصيب وإن قلّ فهو علة تامة في استحقاق كله ولا يزداد المحل بازدياد النصيب فهو كالجراحات في شخصٍ واحدٍ والمصاب منه هو الحياة، وكل جرحٍ علة تامة في إصابتها فَلَغَتْ زيادة الجرح، كذلك ههنا تلغو زيادة النصيب؛ ولأن عناء الراجل غير عناء الفارس فلم يشتركا في أصل العلة، وههنا اشتركا في أصل العلة؛ لأن أصل العلة هو الملك)[1].

قالوا: ولا يلزم إذا مات الرجل عن بنتٍ وأخٍ وأختٍ حيث يتفاضلون في الاستحقاق وإن كان كل واحد لو انفرد استحق جميع الباقي؛ لأن في تلك المسألة، قد اختلفت العُصوبة؛ لأن العُصوبة بالبنت غير العُصوبة بالأخ، وعلة الاستحقاق العُصوبة، وقد جعل الشرع العُصوبة بالبنت علة لاستحقاق الباقي، وجعل العُصوبة بالأخ علة لاستحقاق نصف ما يستحقه الأخ فكان التفاوت للتفاوت في نفس العلة بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قال أبو زيد[2]:

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/١٧٤/ب (مراد ملا).
(٢) ينظر: الأسرار: ١/١٧٤/ب (مراد ملا).

(نحن علّلنا لإلغاء علة تنضم إلى علةٍ بحكمٍ واحدٍ في إيجاب زيادةٍ، فالأخ ما استحق الزيادة بانضمام علة إلى علةٍ فلم يكن من هذا الجنس.

قالوا: ولا يلزم العبد إذا فقأ عين رجل خطأ، وقتل آخر خطأ وَدُفِعَ لهما حيث يكون أثلاثًا، وإن كان كل واحدٍ يستحق الجميع عند الانفراد؛ لأنه يأخذه بدلًا عما فات بالجناية مقابلًا إياه فيتقدر بقدره عند المزاحمة بحكم المقابلة لا بزيادة علةٍ؛ ولأن القتل غير الجرح فلم يستويا في أصل العلة)[1] وقد ألزم المزني مسألة على أصل الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وهو أن العبد لو كان لثلاثة نفرٍ لأحدهم نصفه وللآخر ثلثه ولآخر سدسه اعتق صاحبُ الثُّلثِ والسُّدسِ نصيبهما يضمنان نصيب صاحب النصف على السوية، ولا يتفاوت الضمان بتفاوت مَا لَهما من النصيب.

❁ **الجواب:**

قولهم: «استووا في سبب الاستحقاق».

لا نسلم، وهل وقع النزاع إلّا في هذا؟.

أمّا قولهم: «إن سبب استحقاق الشفعة أصل الملك لا قدر الملك».

قلنا: قد بينا أن الشفعة حق الملك، أو مَرفِق من مَرَافِق الملك وإذا كان كذلك فلا يجوز أن يقال: أنه يستحق بأصل الملك ويُعرض عن القدر ولا يعتبر بحالٍ.

وأمّا قولهم: «إن صاحب القليل يأخذ جميع صاحب الكثير ولا يأخذ

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من الأسرار: ١/١٧٤/ب (مراد ملا).

بقدر ملكه».

قلنا: إنما كان كذلك بعارض دليلٍ: وهو أن الشفعة وجبت لدفع ضرر الدخيل ولا يندفع إلّا بأخذ الكل فثبت له أخذ الكل؛ لأن الفائدة لا تحصل بدونه.

وأمّا في مسألتنا قد اندفع ضرر الدخيل بإيجاب الشفعة للشركاء وإنما الكلام في قسمة الشقص فيما بينهم فيرجع إلى أن الشفعة في نفسها حق الملك أو مَرفِق الملك فتكون القسمة بقدر الملك.

يبينه: أنه لا شركة بين الشفيع والدخيل في الشفعة والتفاوت في القدر إنما يظهر بين الشركاء في الشيء فعند القسمة يظهر التفاوت، أمّا عند إيجاب أصل الحق فلا.

والحرف: أن ملك النصيب علة ثبوت الأخذ لكل المبيع بالوجه الذي بيّنا، والتفاوت بين الشركاء غيرِ ثابتٍ بهذه العلة، ولكن بعلة أن المأخوذ مَرفِق ملكه فوجب التفاوت بينهم لحق المرفق؛ لأنهم أصحاب الأصول الجالبة لهذه المرافق فكان المرفق بقدر الأصول إذا وقعت القسمة بين أصحاب الأصول.

والدليل على أن الواجب مَرفِق ملكه أن الرِّفق اسم للنفع، وهذا الحق أحد ما ينتفع به بسبب ملكه، ألا ترى أنه يكمل له الملك في البقعة فيكمل منافعه ومرافقه.

وهم يقولون: إن الشفيع لا يأخذ المبيع من حيث إنه حق ملكه أو مرفق

ملكه شرعًا، بل يصير بملكه القديم أحق من الدخيل بالمبيع فيكون معنى قول القائل: «حق ملكه» أيّ الحق له وهو كونه أحق به من الدخيل، وكذلك هذا هو المعنى بالمِرفَق فأما أن يكون حقًا أو مِرفقًا مثل سائر الحقوق والمرافق فلا.

يبينه: أنكم سلمتم أن أصل الملك سبب لوجوب الشفعة في جميع المبيع [١٦٠/ب] عند الانفراد، وعند الاجتماع، وقد وجد هذا السبب لكل واحدٍ من الشركاء، فقد استووا في السبب، فعند المزاحمة يستوون أيضًا.

والدليل على أن الحق قد ثبت لكل واحدٍ في جميع المبيع عند الاجتماع أن بعضهم لو ترك حقه يكون للباقين أن يأخذوا، ولو ترك كلهم وبقي واحد فلذلك الواحد أن يأخذ جميع المبيع، ونحن نقول إن الثابت حق الملك أو مَرفِق الملك.

قولهم: «إن الثابت له كونه أحق بالمبيع من الدخيل».

قلنا: هذا هو حق الملك؛ لأنه يأخذ بسببه؛ ولأن الأخذ يثبت ملكُه في المأخوذ، والمأخوذ يصلح أن يكون حقًا أو مَرفِقًا فصار بملك الشقص حقًا لملكه وهو مَرفِق أيضًا؛ لأنه إتمام ملكه في البقعة على ما سبق.

وقولهم: «إنه يثبت لكل واحدٍ جميع الشفعة»، قلنا: نعم، بتقدير الانفراد، فأمّا عند الاجتماع فحق كل واحد بقدر ملكه.

ونظيره: الفُرسان مع الرّجَالة يثبت لكل فريق الحق في جميع الغنيمة بتقدير الانفراد، ولهذا لو أعرض أحد الفريقين عن الغنيمة تكون جميعًا للفريق




الآخر مثل مسألتنا سواء، ومع ذلك عند الاجتماع ينظر: إلى قدر العَنَاء، كذلك ههنا عند الانفراد يثبت الحق في الجميع، وعند الاجتماع يقسم على قدر الملك.

وخرج على ما قلنا مسألة الجراحة؛ لأن الكلام في مرافق الملك وحقوقه، وعلى أن الجراحة عملها في الباطن فلا يمكن الوقوف على مقادير أعمال الجراحات، وربما يهلك بجراحةٍ واحدةٍ ويسلم مع جراحات كثيرة، فأعرض الشرعُ عن عدد الجراحات واعتبر عدد الجارحين لهذا المعنى.

وأمّا ههنا لا ضرورة في الإعراض على مقادير الأملاك عند القسمة فلا يعرض، وأمّا المسألة التي ألزمها المزني فقد منعوا.

وعلى أن الضمان وجب باعتبار الإتلاف فصار كالجناية المتلفة حقيقة من الجراحات، وقد ذكرنا وجه الجواب عن ذلك، والأولى هو المنع، والمسألة في نهاية الإشكال وما ذكرنا هو الكلام بقدر الإمكان، والله أعلم بالصواب.



※ (**مَسْأَلَة**):

المشتري إذا بنى في الشقص المشفوع لم يكن للشفيع أن ينقضه مجانًا لكن يقال له إن شئت خذه بقيمته وإن شئت فدع الشفعة(١).

وعند أبي حنيفة ومحمد: ينقضه مجانًا(٢).

---

(١) النكت: ورقة ١٧٨/أ، الحاوي الكبير: ٧/٢٦٧، روضة الطالبين: ٥/٩٤.
وهو رواية عن أبي يوسف ذكرها الطحاوي في المختصر: ١٢٣.

(٢) الأسرار: ١/١٧٥/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٢٣.

ولابد للمسألة من صورة معينة، فإن عندنا لا تجب الشفعة إلّا في البقعة المشتركة، وأحد الشريكين إذا بنى في البقعة المشتركة فللشريك الآخر أن يمنعه من ذلك، وإن بنى ينقضه.

فصورة المسألة: أن يكون باع الشقص بثمنٍ إلى أجلٍ، ورضى الشفيع أن يصبر إلى أن يحل الأجل، ثم حينئذ يطالب بالشفعة، فَقَبْلَ أن يَحُل الأجل قاسم المشتري مع الشفيع ثم بنى.

وصورة ثانية: وهو أن يغيب أحد الشريكين وَيُوكِّل وكيلًا بالقسمة ثم إن الشريك الحاضر باع نصيبه، فَقَبْل أن يصل الخبر إلى الغائب قاسم هو ووكيله مع المشتري وبنى المشتري ثم وصل الخبر إلى الغائب يطالب بالشفعة.

❁ **لنا:**

أن المشتري بانٍ بحق فلا يُنقض بناؤه عليه مجانًا.

دليله: إذا لم يكن للبقعة شفيع؛ وهذا لأن حق الحق أن يقر عليه فاعله، وحق الباطل أن يُنقضَ على فاعله، ودليل أنه بانٍ بحق أنه يبني في ملكه الذي لا حق لأحد فيه سواه.

فإن قالوا: «للشفيع فيه حق».

قلنا: للشفيع حق الأخذ وهو التملك فقبل أن يأخذ ويتملك لا حق له في المأخوذ، ولهذا جاز له البناء ولا إثم عليه، وكذلك يصح فيه كل تصرفاته

= وقال الطحاوي: «وهو الصحيح عند أبي يوسف وبه نأخذ».
مختصر القدوري: ١/٣٦٥ مع الجوهرة.

من البيع والرهن والإجارة والهبة وغير ذلك ولو كان حق الشفيع ثابتًا في البقعة وجب أن لا تصح تصرفاته؛ لأنه يكون متصرفًا في محل حق الغير فلا يجوز كالمالك إذا تصرف في البقعة المرهونة أو في البقعة المستأجَرة.

وتحقيق المسألة: أن شرط أخذ الشفيع أن لا يضر بالدخيل، ألا ترى أنه لا يأخذ المشتري إلّا بالثمن الذي قام عليه، وإذا قلنا إنه يُنقَضُ عليه بناؤه أضررنا به ضررًا عظيمًا فلم يجز له الأخذ إلّا بشرط أن يغرم له قيمة بنائه ليكون أخذ الشفعة بشرطها.

يبينه: أنه لو جاز أن يُنقض عليه بناؤه مجانًا ليصل إلى الشقص فجاز أن يعرض عن نقد الثمن ويأخذ الشقص فلما لم يجز له نقض شرائه إلّا بما قام عليه، كذلك لا يجوز نقض بنائه مجانًا، والحرف ما بيّنا.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: تصرف من المشتري يُؤدّي إلى إبطال حق الشفيع فيجوز للشفيع أن ينقضه عليه مجانًا.

دليله: إذا باع الشقص أو وهبه، [١٦١/أ] وهذا لأن المشتري ممنوع شرعًا عن كل تصرف يُؤدّي إلى إبطال حق الشفيع صيانة لحقه عن الفوات والبطلان وإنما قلنا إن «هذا تصرف يُؤدّي إلى إبطال حقه»؛ لأنه استحق أن يأخذ الشقص بالشفعة من المشتري بالثمن الذي سمّى في العقد بلا زيادة وههنا لا يمكن أن يأخذ به إلّا بعد أن يغرم قيمة البناء زيادة على الثمن.

والحرف: أن الشرع مكّنه من الوصول إلى الشقص بذلك القدر وقد

فات الوصول لما بيّناه على ما زعمتم.

قالوا: وأمّا الضرر الذي يلحق المشتري في نقض بنائه عليه مجانًا فهو شيء عمله بنفسه؛ لأنه كان ينبغي أن يُقْدِمَ على البناء على أصل صحيح، وإنما أقدم على البناء على أصلٍ فاسدٍ؛ لأنه بنى على تقدير أنه لا تؤخذ البقعة من يده، وهذا طمع كاذب، وتقدير فاسد فيكون في الحقيقة هو الذي جرّ هذا الضرر إلى نفسه فلا يُبالى به، وإن اضطرب من ذلك يقال له: «يداك أَوْكَتَا وفُوكَ نَفَخَ».

وأمّا الضرر الذي يلحق الشفيع ضرر يلحقه من قبل المشتري فيدفع عنه وذلك بنقض البناء عليه، وهذا كما لو باع المشتري الشقص من آخر وربح ربحًا كثيرًا، فإن للشفيع أن ينقض عقده وفي نقض عقده فوات ربحه عليه، وكما أن في نقض بنائه عليه ضرر فإهلاك ربحه عليه وثمن ملكه ضرر، ولكن فعل ذلك للمعنى الذي قدمناه.

وحرفهم: أنه تقابل ضرران، وهذا الضرر الذي يلحق الشفيع أولى بالدفع لما بيّنا.

قالوا: ولا يلزم إذا كان المشتري زرع زرعًا حيث لا يُقْلع عليه زرعه؛ لأنا ننقض عليه بناءَه؛ لأنه لا يصل إلى حقه إلّا بنقض بنائه، وهناك يصل إلى حقه بدون قلع زرعه بأن يصبر إلى أن يدرك الزرع ويحصده ثم يأخذ الموضع بالشفعة.

۞ **الجواب**:

قولهم: «إنه تصرف يُؤدّي إلى إبطال حق الشفيع».




قلنا: لا يُؤدّي ؛ لأن حقه أخذ الشقص بثمنه وهو باقٍ على ما كان ؛ لأنه لا يأخذ الشقص إلّا بثمنه.

وقولهم: «إنه لا يصل إلى الأخذ إلّا بغرامة قيمة البناء».

قلنا: بلى ، ولكن يملك البناء ولا يعد منعًا ، كما أنه لا يصل إلى الشقص إلّا بنقد الثمن ، ولكن قبل تملك الشقص المشفوع في مقابلته فلم يعد منعًا.

قالوا: ربما لا يكون له رغبة في البناء ، وربما لا يكون عنده قيمة البناء ، ثم قالوا: قد كان يأخذ الشقص قبل البناء بمال معلوم ، والآن بعد البناء لا يمكنه أن يأخذ به فقد تحقق إبطال حقه بالبناء بخلاف أصل الأخذ أنه لا يتصور ثبوت أصل الأخذ إلّا بثمن الشقص وما استحق الشفعة في الابتداء إلّا كذلك.

۞ الجواب:

إن إبطال أصل حقه بالبناء لا يمكن إثباته ، ألا ترى أنه لو أراد أن يأخذ ويغرم قيمة البناء له ذلك ، وإنما نهاية ما في الباب أنه لا يتمكن من الأخذ إلّا بزيادة غرم فيكون هذا نوع ضرر يلحقه في الأخذ من غير أن يكون مُنِعَ مِنْ أَخْذٍ وهذا الضرر وإن كان ضررًا ولكن يقابله ضرر آخر وهو الضرر الذي يلحق المشتري بنقض بنائه عليه مجانًا ، ونقض البناء مجانًا معاملة الظلمة ، والمشتري مالك ولا يجوز أن يعامل المالك معاملة الظلمة ، فهذا ضرر عظيم يقابل الضرر الذي صوّروه في جانب الشفيع ، فنقول دفع أعظم الضررين أولى ، والضرر الذي يلحق المشتري أعظم ؛ لأنه يُنقضُ عليه بناؤه ويهلك عليه حقه بلا عوض يجبره ، وأمّا الشفيع يملك مالًا بإزاء بدلٍ يعدله ، وهو

البناء الذي يدخل في ملكه، ومثل هذا لا يعد ضررًا في الشرع بدليل جواز أصل أخذ الشقص من المشتري، وبدليل جواز تملك الأب جارية ابنه عليه بالاستيلاد فتحقق الضرر في جانب المشتري ولم يبق ضرر في جانب الشفيع معنى لما ذكرناه.

وقولهم: «إنه هو الذي أضرّ بنفسه».

قلنا: لم يضر بنفسه.

وقولهم: «إنه بناء على تقدير فاسد».

قلنا: لم يبن على ذلك التقدير وإنما بنى على تقدير أنه إن لم يتفق أخذُ الشفيع يبقى له بناؤه وإذا أخذ يغرم له قيمته فيعود إلى رأس ماله، وهذا مثل أصل الشراء فإنه لا يقال إن المشتري اشترى على تقديرٍ فاسدٍ، وهو أن لا يأخذ الشفيع حقه، ولكن قيل اشترى على تقديرٍ صحيحٍ، وهو أنه إن لم يتفق أخذ الشفيع بقي له الشقص، ولو أخذ يغرم له الثمن، فيعود إلى رأس ماله.

والحرف: أنه في الصورتين حصل فعله لغرضٍ صحيحٍ، وَمَنْ فعل فعلًا لغرضٍ صحيحٍ لا يُعَدّ ضارًا بنفسه.

قال أبو زيد[1]: «الترجيح معنا؛ لأن المشتري قد رضي ببعض الرضا لما بنى مع علمه بأن [١٦٢/ب] للغير حق استحقاق الشفعة.

وأمّا الشفيع ما رضي به أصلًا فيكون ما قبله أولى؛ لأنه رجحان في نفس الضرر.

(١) أي في الأسرار: ١/١٧٥/ب (مراد ملا).

وما قلتم رجحان في بدله، وهذا كلام باطل، ونحن نقول: إن المشتري ما رضي بالضرر أصلًا، وقول القائل: «رضي بعض الرضا»، كلام مجازف، بل كلام عاجز؛ لأن الرضا لا يتبعض، وعلى الطريق الذي ذكرناه قد تبين لكل منصفٍ أنه لم يوجد الرضا بوجهٍ ما.

وأمّا سائر التصرفات فإنما ينقضها؛ لأنها تضمنت إبطال أصل حقه وهو أصل أخذ الشقص من المشتري بالثمن المسمى بخلاف مسألتنا على ما سبق فليس المعنى في نقض البيع الثاني دفع الضرر بدليل أن البيع الثاني لو كان بأقل من الثمن الأول نُقِضَ أيضًا ولا ضرر فيه بل فيه نفع، ولكن المعنى ما بيّنا من قبل، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة المساقاة):

المعتمد في جواز المساقاة حديث عبيد الله[1] بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبي ـ صلى الله عليه ـ «عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع...» وهذا الخبر في الصحيحين[2].

وقد تواترت الأخبار أن النبي ـ صلى الله عليه ـ لما فتح خيبر وغلب

(١) في المخطوط (عبد الله) والتصويب من صحيح البخاري، وسنن أبي داود، ينظر: حاشية (٢).

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ١٠/٥ مع الفتح، باب المزارعة بالشطر ونحوه، ومسلم في صحيحه: ٢٠٨/١٠ مع النووي، كتاب المساقاة والمزارعة، وأبو داود في سننه: ٦٩٦/٣، ٦٩٧، مع المعالم، باب في المساقاة، والدارمي في سننه: ٢٧٠/٢، باب أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر.

على الأرض والزرع والنخل؛ طلب منه أهل خيبر أن يتركهم عليها يقومون عليها ويصلحونها، فأعطاهم خيبر على أن لهم الشطر من كل ما يخرج من الأرض من تمر وزرع.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: «أجاز رسول الله - صلى الله عليه - المساقاة وأجزناها بإجازته، وحرّم كراء الأرض البيضاء ببعض ما يخرج منها فحرّمناها بتحريمه»[1]، وأراد بهذا خبر رافع بن خديج أن النبي - صلى الله عليه - نهى عن المخابرة[2].

وعن ابن عمر أنه قال: كنا نخابر كذا وكذا عامًا ولا نرى بذلك بأسًا حتى أخبرنا رافع بن خديج أن النبي - صلى الله عليه - نهى عنها فتركناها لنهي رسول الله - صلى الله عليه - عنها[3]، وأجاز الشافعي رحمه الله: العقد على الأرض البيضاء بين أضعاف النخيل قال: ولولا الخبر فيه عن رسول الله - عليه السلام - أنه دفع إلى أهل خيبر النخيل على أن لهم النصف من النخيل والزرع وله النصف لم أُجوّز فكان الزرع بين ظهراني النخيل[4]، وقولهم: «إن في الخبر تأويلات»، بعيدة ضعيفة ذكرناها في كتاب البرهان، وذكرنا وجوه بطلانها، وليس للقياس مجال في المسألة، وإنما جوّزناها بالسنة المحضة

---

(١) قاله في الأم: ٣/٢٣٨.

(٢) المخابرة: المزارعة، قاله الخطابي في المعالم: ٣/٦٩٤، والحديث رواه: أبو داود في سننه: ٣/٦٩١ (عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج) ورواه النسائي في سننه (مسندًا ومرسلًا).

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٢٨، باب ما جاء في النهي عن المخابرة والمزارعة، والبغوي في شرح السنة: ٨/٢٥٧، ومسلم في صحيحه بمعناه: ١٠/٢٠١، ٢٠٢.

(٤) نص عليه في الأم: ٣/٢٣٨.

ولولاها لم نجوّزها ، وقد ثبت أيضًا أن عبد الله بن رواحة كان يأتيهم فيخرصها عليهم ثم يضمّنهم الشطر فشكوا إلى رسول الله ـ صلى الله عليه ـ شدة خرصه وأرادوا أن يرشوه فقال: يا أعداء الله أتطعمونني السحت؟ ، والله لقد جئتكم من عند أحب الناس إليّ ، ولأنتم أبغض إليّ من عِدْلِكم[1] القردة والخنازير ، ولا يحملني بغضي إياكم وحبي إياه على أن لا أعدل بينكم فإن شئتم لي وإن شئتم فلكم فقالوا: بهذا قامت السموات والأرضون[2].

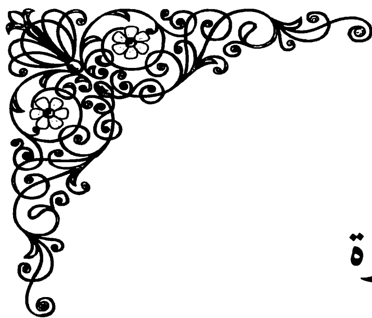
وقد فرق بعض الأصحاب من حيث المعنى بين المساقاة والمزارعة ، وليس يتضح.

والمسألة خبرية ، والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) هذه الكلمة ليست في الأموال لأبي عبيد.

(٢) رواه أو عبيد في الأموال: ٥١٥ ، ورواه أحمد بلفظ قريبًا من هذا: ٣/٣٦٧ ، ومالك في الموطأ ، مع المنتقى: ٥/١١٨ ، باب ما جاء في المساقاة.




كتابُ الإجارة

※ (مَسْأَلَة):

تملك الأجرة بنفس العقد عندنا[1].

وعندهم: لا تملك إلّا باستيفاء المنفعة أو بشرط التعجيل أو بنفس التعجيل[2].

لنا:

أنه عوض في بيع فيملك بنفس العقد.

دليله: الثمن؛ وهذا لأن الإجارة بيع المنفعة والأجرة عوضها، مثل الثمن عوض عن المبيع في بيع الأعيان، فلما ملك الثمن بنفس البيع وجب أن تملك الأجرة؛ ولأنها تملك بشرط التعجيل، ونفس التعجيل، ونفس العقد أدل على ملك العوض من شرط التعجيل، فإذا ملك بشرط التعجيل فلئن يملك بنفس العقد أولى.

يبينه: أن العوض إذا لم يملك بنفس العقد لم يملك وإن شَرَطَ ملكه،

---

(١) الأم: ٢٥١/٣، مختصر المزي مع الحاوي: ٣٩٥/٧، المهذب: ٥١٦/١، ٥١٧، النكت: ورقة ١٦٥/ب، الحاوي الكبير: ٣٩٥/٧.

(٢) الأسرار: ١٣٥/٢/ب (مراد ملا)، مختصر القدوري: ٣٣٤/١ مع الجوهرة، مختصر الطحاوي: ١٢٨، إيثار الإنصاف: ٣٣٤.




ألا ترى أن الثمن في البيع بشرط الخيار لما لم يملك بنفس البيع لم يملك وإن شَرَطَ ملكه؛ ولأن الكفالة بالأجرة جائزة، وكذلك الرهن [١٦٢/أ] والإبراء والشراء بها، وهذه الأحكام دالة على الوجوب؛ لأنه لا تتصور صحتها إلّا في عوض واجب.

وأمّا حقيقة المسألة: فهي أن المنافع جُعلت بمنزلة الأعيان الموجودة حكمًا بدليل جواز العقد عليها، والعقد لا يجوز إلّا على موجودٍ مملوكٍ، وإذا جُعلت كذلك بعقد الإجارة فيملك ما يقابلها من الأجرة.

والدليل على أنها جُعلت بمنزلة الأعيان القائمة حكمًا أنه يصح تسميتها صداقًا، والصداق لا يصح إلّا بمالٍ بدليل قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم﴾(١).

فإذا صلحت المنافع صداقًا، دل أنها جعلت كالأموال الموجودة القائمة حكمًا؛ لأن المال المعدوم لا يصح جعله صداقًا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الإجارة عقد معاوضة مطلقة فتقتضي تساوي العوضين في الملك كسائر المعاوضات؛ وهذا لأن عقد المعاوضة ملكٌ بملكٍ، وتسليمٌ بتسليمٍ، فإذا أفاد الملك في أحد العوضين أفاد في الثاني، وإذا لم يفد في أحدهما لم يفد في الآخر.

يدل عليه: أن العقد في كلا العوضين على وجهٍ واحدٍ، وقد نُزِّلا منزلة

(١) سورة النساء، آية: ٢٤.




واحدة فقضيَّتُه عند الإطلاق: إما إفادة الملك فيهما، أو منع الملك فيهما.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: المنفعة غير مملوكة للمستأجر بنفس العقد فلا يملك عليه الأجرة. وإنما قلنا: «إنها غير مملوكة»؛ لأنها معدومة والملك من صفات الموجود.

يبينه: أن المعدوم ليس بشيءٍ فكيف يوصف بالملك؟ ولأن الملك صفة ولابد للصفة من موصوفٍ، ودليل العدم أن معنى المنافع في المحل لا يمكن العبارة عنها إلّا بصلاحيّة المحل للانتفاع به، ونفس وجود المنافع بمباشرة الانتفاع ولا يتصور مباشرة الانتفاع لمدة سنةٍ في ساعةٍ واحدةٍ، فلم يتصور وجود منافع سنةٍ في ساعةٍ واحدةٍ أيضًا؛ ولأن المنافع لو كانت موجودة قائمة في الدار وجب أن يجوز العقد عليها مطلقًا وحين لم يجز العقد إلّا مؤقتًا دل أنه إنما لم يجز إلّا مؤقتًا لتكون المنافع المعقودة عليها معلومة.

ويدل عليه: أن الثوب المغصوب لو استهلك أو الدار المغصوبة لو هدمت لا يضمن منافعها إلّا للمدة التي كانت في يده ولو كانت جميع منافعها التي تصلح لها موجودة في الدار وجب أن يضمن جميعها؛ لأنها كانت موجودة في الدار فأتلفت.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن المعقود عليه عين الدار؛ لأن المعقود عليه ما يُستحق بالعقد، وما يُستحق بالعقد هي المنافع؛ ولأنه لو فسد العقد يرجع إلى قيمة المنفعة لا إلى قيمة العين والواجب عند فساد العقد قيمة المعقود عليه.

قالوا: ولأن الشافعي نص على أن عقد الإجارة بيع للمنفعة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن المنافع جعلت منزلة بيع دين من الذّمّة؛ لأن بيع الدين غير بيع المنفعة، كما أنه غير بيع العين.

وقد قالوا: إن البياعات ثلاثة: بيع عين، وبيع منفعة، وبيع دين. وكل عقد من ذلك غير صاحبه؛ ولأنه لو استأجر بأجرة مؤجّلةٍ في الذمة يجوز، ولو كانت المنافع بمنزلة الدين لم يجز؛ لأنه يكون بيع دين بدين، وهذا لا يجوز، فثبت أن المعقود عليه المنافع، وأنها معدومة تؤخذ بمباشرة الانتفاع فلا تكون مملوكة قبل الوجود، وإذا لم تملك لا يملك ما يقابلها.

قالوا: وأمّا جواز العقد عليها، فليس يدل على أنها جعلت منزلة الموجودة بدليل الثمار والأولاد في الوصايا والنصف المشروط للعامل في المساقاة، والربح المسمى للعامل في القراض.

فإن قلتم: إن شرط عقد البيع أن يَرِدَ على مملوكٍ موجودٍ.

نقول: إنما شرط هذا ليجد العقد محل الإضافة فتقام العين مقام المنفعة في محلية الإضافة؛ لأن العين سبب وجود المنفعة وإقامة السبب مقام المسبب أصل معمول به كمسألة الوصية ومسألة المساقاة التي بيّنا.

وكذلك السفر مقام المشقة في جواز القصر، والبلوغ عن عقلٍ يقام مقام اعتدال العقل في توجه التكليف، والنكاح يقام مقام الوطء عندنا(١): بمجرده، وعندكم(٢): مع الإمكان.

وكذلك استحداث الملك يقوم اشتغال الرحم في إيجاب الاستبراء.

---

(١) عند الحنفية، يشير إلى مسألة تزوج مشرقي بمغربية.

(٢) عند الشافعية.

قالوا: وهذا أولى مما قلتم من جعل المنافع المعدومة موجودة ؛ لأن ذلك قلب الحقيقة، والذي قلنا نقل الزرع من محلٍ إلى محلٍ وهذا أسهل ونظائره أكثر فكان أولى ؛ ولأنا إذا جعلناها موجودة حكمًا، فلا يتصور [١٦٢/ب] بقائها بعد الوجود حتى ينعقد عليها فإن زمان وجود المنفعة لا يسع للعقد ؛ لأنها حين وجدت تلاشت ؛ ولأنه إنما يقدر وجود الشيء حكمًا إذا تصوّر وجوده حقيقة، ولا يتصور وجود جملة المنافع حقيقة فكيف يصوّر حكمًا ؟ .

قالوا: وأمّا الإقامة التي قلناها فهي في حق الإضافة فحسب ؛ لأنه لابد من وجود محل الإضافة عند العقد، فأما محل حكم العقد هو المنافع على ما هو الأصل ويتأخر الحكم إلى حين وجودها وتأخير حكم العقد بعارض دليلٍ جائز، بدليل مسألة البيع بشرط الخيار وبدليل البيع بثمن مؤجل، فإنه يتأخر الملك في الصورة الأولى، والطلب في الصورة الثانية.

فإن قلتم: إن محل العقد ماذا ؟ فنقول: محل العقد كلام المتعاقدين ؛ لأن العقد هو: الإيجاب والقبول، وذلك كلامهما.

على أنا نقول: إن محل العقد فيما يرجع إلى الإضافة هو الدار وفيما يرجع إلى الحكم هو المنافع التي توجد من بعد، وكذلك المعقود عليه.

قالوا: وأمّا الانعقاد فهو حاصل في حق المتعاقدين، وأمّا في حق المحل فلا، وإنما العقد فيما يرجع إلى المحل بمنزلة العقد المضاف إلى زمان وجود المنفعة، فإذا وجدت المنفعة فينعقد العقد حينئذ في حق المحل ويثبت الملك.

قالوا: وعندنا: يجوز عقد الإجارة مضافًا إلى زمانٍ في المستقبل للضرورة




الملجئة إلى تجويز ذلك، وهذا لأن قضية العقد المطلق لما كان كذلك فبالتنصيص عليه لا يبطله، فهذا الذي قلناه نهاية ما يمكن لكلامهم من الشرح والإيضاح والإفهام.

قالوا: وليس كما لو شَرَطَ تعجيل الأجرة؛ لأنا نقول: قد انعقد سبب ملك المنفعة والأجرة فيما بين المتعاقدين في الحال، وإنما لا تملك المنفعة لا لعدم السبب بل لعدم المنفعة في نفسها، والأجرة تجب بدلًا عن المنفعة، والعقد عقد معاوضةٍ ومساواةٍ فإذا لم يملك أحد العوضين لا يملك الآخر تحقيقًا للمساواة، فمتى عَجّلَ الآخر أو شَرَطَ التعجيل فقد رضى بفوات المساواة، وقد وجد السبب فملكت الأجرة؛ لأن ملك المشترى تعيّن في المبيع فكان له جنس المبيع حتى يتعيّن ملك البائع في الثمن، فمتى أجّل وَسلّمَ المبيع فقد رضي بفوات حقه، فصح رضاه، ويؤمر بتسليم المبيع، كذلك ههنا.

قالوا: وهذا بخلاف الإجارة المضافة إلى وقتٍ في المستقبل حيث لا تملك بالتعجيل وشرط التعجيل؛ لأن هناك لم ينعقد سبب الملك في المنفعة في حق المتعاقدين في الحال.

وأمّا ههنا فقد انعقد السّبب بين المتعاقدين في الحال، وإنما تأخّر في حق المحل.

قالوا: ولهذا جوّزنا الكفالة والرهن بالأجرة، لوجود سبب ملك المنفعة والأجرة تجب بدلًا عنها، وقد وجد سبب ملك الأجرة فصحت الكفالة بها، وكذلك الرهن لسرعة نفوذهما ومعنى الرهن عندنا ليس إلا أن العين تكون مضمونة بالأجرة وقد صح الرهن بدون هذا، ألا ترى أنه إذا دفع إلى إنسان

عينًا وقال: أقرضني عشرة دراهم وتكون هذه رهنًا عندك فأخذها وَهَلَكَت العين قبل الإقراض، فإنها تكون مضمونة عليه، وإن لم يوجد السبب، وههنا وجد السبب فلأن تكون مضمونة أولى، وكذلك الإبراء جائز لوجود السبب.

وأمّا الشراء بالأجرة فعندنا: إنما يكون الشراء بمثل ما يُسمّى من الأجرة لا بالأجرة، ثم إذا وجدت الأجرة يصير الواجب بالشراء قِصاصًا.

قالوا: وأمّا فصل النكاح فنقول: إنما صح جعل المنافع صداقًا لأنا نقول: هي مال، والمعتبر عندنا في الصداق تسمية المال، فأمّا كونه مالًا في الحال فلا يعتبر فصحت التسمية وتصير مالًا عند الوجود.

قالوا: وأمّا إذا تزوّج امرأة على سكنى دار شهرًا فإنما ملك الزوج البُضع ولم تملك هي المنفعة في الحال؛ لأن ملك البُضع لا يحتمل التأخير بحالٍ، ونحن إنما ادّعينا التسوية تأخيرًا فيما يحتمل التأخير، فأمّا الذي لا يحتمل تأخير ملكه فلا يتصور تأخيره بتأخير العوض الذي يقابله، وأيضًا فإنا ادّعينا ما ذكرنا في عوضين أصليين في العقد.

وأمّا المهر فمحض تبع والبُضع أصل، فيجوز أن لا يطلب التسوية بينهما.

وقد استدل كثير من مشايخهم في أن المنافع لا تصير مسلمة بتسليم الدار: بدليل أن الدار لو انهدمت في يد المستأجر يكون من ضمان الآجر ولو صارت مسلمة إليه لكانت من ضمان المستأجر، فإذا لم تصر المنافع مسلمة لم يجب [١٦٣/أ] تسليم الأجرة التي تقابلها.

قالوا: وأمّا التصرف فإنما جاز بحكم الضرورة؛ لأنه لا يتصور أن ينتظر

حتى توجد المنفعة ثم يعقد عليها، فإذا صارت المنفعة بحيث إذا وجدت وحدثت في ملكه ويده صح تصرفه فيها.

قالوا: وأمّا إذا تزوّج امرأة على سكنى دارٍ سنةً فلا نقول إن تسليم نفسها يجب عليها بقبض الدار على قول بعض أصحابنا: بل ما لم تستوف جميع المنافع لا يجب عليها التسليم. وإن سلمنا أنه يجب عليها تسليم نفسها فلأنها لما رضيت بما يتأخر وجوده إلى سنةٍ جميعه فقد رضيت بوجوب تسليم النفس عليها وتأخر حقها، فهذا مجموع كلامهم في المسألة.

الجواب:

أما الأول يقال لهم: بطريق المجادلة لِمَ قلتم يجب التسوية بين العوضين ملكًا بملكٍ؟.

فإن قالوا: كالبيع، يقال لهم: لِمَ قلتم إذا وجبت التسوية ملكًا بملكٍ عند تساوي البدلين وجودًا وجبت التسوية ملكًا عند اختلاف البدلين وجودًا وعدمًا، وإذا جاز في الشرع أن يكون أحد العوضين بوصف الوجود والآخر بوصف العدم فيجوز أيضًا أن يكون أحد العوضين بوصف الملك والآخر لا بوصف الملك، وهذا كلام في غاية الحسن جدلًا، وقد دخل على معتمدهم من إثبات التسوية.

فأمّا الجواب الفقهي:

فنقول: المنفعة مملوكة؛ لأنها جُعِلَتْ بمنزلة الأعيان الموجودة حكمًا بدليل جواز العقد، وهذا كالنُّطفة في الرحم جُعِلَتْ بمنزلة الشخص الحي

شرعًا بدليل الإرث والوصية له.

والمرتد بعد دخوله دار الحرب جُعِلَ بمنزلة الميت على أصلهم حتى تقسم أمواله إرثًا وتعتق أمهات أولاده، ومدبّروه؛ وهذا لأن المنافع لما كانت بعرضية الوجود جُعِلَتْ بمنزلة الموجود باعتبار العرضية كالنُّطفة والمرتد.

وأعلم أنا لا نجعل المنافع كأنها بنفسها موجودة؛ لأنها لا تقبل البقاء لكن نجعلها بمنزلة الأعيان الموجودة حكمًا، ونظير هذا من أصلهم منافع البُضع جُعِلَتْ بمنزلة الأجزاء حكمًا على ما ذكروا في كتاب النكاح، وعلى هذا سقط قولهم: «إنه إنما يقدر حكمًا ما يتصوّر وجوده حقيقة».

وعلى أن النُّطفة حال كونها نطفة جُعِلَتْ بمنزلة شخصٍ حي ولا يتصور، وكذلك المرتد في حال حياته، وكذلك قالوا: يُقدَّر الإعلاق من المغربي في حق المشرقية والمشرقي في حق المغربية والتصور مفقود؛ وهذا لأن الحكميات لها من سعة المجال مالا يعتبر فيها ما قالوه.

وقولهم: «إن ما قلتم قلب الحقيقة».

قلنا: هو جائز حكمًا بدليل يقوم عليه كالنظائر التي قدمناها.

وأمّا قولهم: «إن العقد إنما جاز بإقامة الدار التي هي سبب المنافع مقام المنافع».

قلنا: إذا أقيم الدار مقام المنافع في محلية العقد فأقيموها مقامها في محليّة الحكم حتى تملك؛ لأن محل العقد ومحل حكم العقد واحد، لا تختلف بحالٍ.

وقولهم: «إن محل العقد كلام المتعاقدين».

قلنا: هذا محال لما بينا أن محل العقد ما يظهر فيه حكم العقد وحكم العقد هو الملك، وإنما يظهر في العين؛ وهذا لأن العاقدين فَاعِلَا العقد، فأما المعقود عليه هو العين فإن العقد معنًى متعدٍ[1] فيتعدى إلى العين، ألا ترى أنه إذا ظهر التعدي يقول: «عقدتُ العقد على كذا من ثوب أو دارٍ»، وههنا إذا ظهر التعدي يقول: «عقدتُ على المنفعة».

وإذا ثبت أن المعقود عليه هو المنفعة فصارت محل العقد قطعًا فلابد من وجودها حسًّا أو تقدير وجودها حكمًا، ولا وجود حسًّا فيقدر الوجود حكمًا ليتصوّر بهذا العقد محل يرد عليه.

وأمّا الذي قالوا: «وجد العقد في حق المتعاقدين لا في حق المحل».

قلنا: لا يتصوّر انفصال العقد في حق المتعاقدين عن وجود محل العقد بحيلةٍ ما، وأيضًا إذا انفصل فلماذا قلتم أنا نقيم الدار مقام المنافع ولأيّ شيءٍ يحتاج العقد إلى هذه الإقامة إذا كان الأمر على ما زعمتم؟؛ ولأن العقد لا يُراد لعينه وإنما يُراد لحكمه، فكيف ينفصل العقد المعقود لحكمه على محل يظهر فيه.

وأمّا قولهم: «إن تأخر الحكم جائز».

قلنا: لا نسلم، بل عندنا لا يتصوّر تأخر الحكم عن عقد البياعات بحالٍ؛ لأن العقد علة الحكم، فإذا وجدت لا يتصوّر تأخر الحكم عنها كسائر

---

(١) في المخطوط: متعدى.

العلل لا تتأخر معلولاتها عنها بحال، فإن العلة في المحل ما يوجب تغيّر المحل كالعلة الحسيّة من المرض فإذا لم يوجد تغير لا تكون [١٦٣/ب] علة.

ومسألة البيع بشرط الخيار على أصلهم، وعندنا: هو موجب للملك من غير تأخير.

وأمّا مسألة تأجيل الثمن فليس يدخل على ما قلنا؛ لأن الطلب ليس بموجب العقد، إنما موجب العقد استحقاق الثمن ملكًا ولم يتأخر، وأمّا الطلب فثاني الملك، وعلى أنه وإن سُلّم لهم جواز تأخر الحكم فلا ينفعهم في هذه المسألة؛ لأن الكلام في محل الحكم وهو المعقود عليه ولا يتصوّر تأخره على ما سبق.

وأمّا المسائل التي أوردوها من الوصية والقِراض والمساقاة فيجوز أن يقال هناك أيضًا تجعل تلك الأشياء المعدومة بمنزلة الموجودة حكمًا، وعلى أن الوصية تقبل من الخطر والغرر مالا يقبله غيره على ما عرف ولا يقاس عليها المعاوضات.

وأمّا عقد المساقاة فإنما جوّزنا بالنص على ما عرف، ولا مجال للقياس فيه.

وأمّا أعذارهم عن المسائل الإلزامية فكلها ضعيفة ولا يُشتغل ببيان ضعفها لاستغنائنا عنها بما ذكرنا من التحقيق.

وَمَنْ اعتمد على الأحكام ففصل شرط التعجيل معتمد.

وكذلك مسألة نكاح المرأة على سكنى الدار في إبطال التسوية التي بنوا

كلامهم عليها.

وحرف الإشكال عليهم في مسألة شرط التعجيل: أن إطلاق العقد في إثبات موجب العقد أبلغ من شرط التعجيل، وحقيقة شرط التعجيل: إظهار قضية العقد.

وقوله: «إنه رضي بفوات التسوية».

قلنا: فقولوا بنفس عقده على منفعة معدومة بإيجابه أجرة موجودة رِضًى بفوات التسوية.

وأمّا عذرهم عن النكاح من قولهم: «إن منافع البُضع لا تقبل التأخير».

قلنا: فاعطفوا على الجانب الثاني وامنعوا إثبات الصداق إلّا بما لا يتأخر الملك فيه حتى تثبت التسوية من هذا الوجه إن تعذر من ذلك الوجه.

وقولهم: «إن الصداق تبع».

قلنا: هذا مذهبنا[1]، فأمّا عندكم هو أصل والإلزام على مذهبكم[2].

وأما قولهم: «إنه لا يصير قابضًا للمنافع بقبض الدار».

قلنا: إذا ثبت أن المنافع جُعِلَتْ بمَنزلة الأعيان القائمة ثبت قبضها بقبض الدار.

وأمّا مسألة انهدام الدار فإنما كانت المنافع من ضمان البائع؛ لأنها وإن

(١) أي عند الشافعية.

(٢) أي عند الحنفية.

جعلت موجودة حكمًا لكنها معدومة حسًّا، فظهر حكم العقد من حيث الحسّ في أمر الضمان، وهذا كما قالوا: فيمن اشترى عبدًا حلال الدم وَقُتِلَ في يد المشتري يكون من ضمان البائع وإن كان قد قبضه حقيقة، ولكن لما كان مستحق الهلاك وهو بمنزلة الهالك حكمًا ظَهَرَ أثر ذلك في أمر الضمان خاصة لا في غيره، وعلى أنا إنما جعلنا المنافع بمنزلة الأعيان الموجودة باعتبار عرضية وجودها، وإذا انهدمت الدار التي عرضية الوجود؛ لأنها لا توجد بعد، فبطل هذا التقدير الحكمي واعتبر أصل العدم، وهذا كالنُّطفة جُعِلَتْ كالشخص الحي باعتبار عرضية الحياة، فلو عرض سقوط النُّطفة من الرحم أو خَرَجَ الولدُ ميتًا يبطل الإرث والوصية واعتبر أصل العدم، كذلك ههنا.

وهذا جواب معتمد، وعلى هذا القول يبطل العقد من أصله.

والله أعلم.



※ (مَسْألة):

إذا مات أحد المتكاريين لم يبطل العقد عندنا[1].

وعندهم: يبطل[2].

والمسألة مبنية على المعنى الذي ذكرنا في المسألة المتقدمة في المذهبين.

---

(١) مختصر المزني: ٣/٨١ مع الأم، الأم: ٣/٢٥٥، المهذب: ١/٥٣٣، النكت: ورقة ١٦٦/أ، الحاوي الكبير: ٧/٤٠٠، ٤٠٨، روضة الطالبين: ٥/٢٤٥. وهو قول مالك وأحمد، وإسحاق، ينظر: الإشراف للبغدادي: ٢/٦٦/ المغني: ٨/٤٣، الحاوي الكبير: ٧/٤٠٠.

(٢) الأسرار: ٢/١٤٦/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٣١، مختصر القدوري: ١/٣٥٣ مع الجوهرة.

أمّا عندنا: فلأنا بينا أن المنافع جُعِلَتْ بمنزلة الأعيان الموجودة حكمًا فجرى فيها الإرث بمنزلة الأعيان.

ويقال: ما يقبل نقل الملك عقدًا يقبل نقل الملك إرثًا.

دليله: العين.

وأمّا هم يقولون:

إن العقد غير منعقدٍ في حق المنفعة وإنما ينعقد عند حدوث المنافع شيئًا فشيئًا وإن مات المؤاجَر فالعقد لم ينعقد في حق المنفعة التي تحدث في المستقبل، وقد صارت العين مملوكة للوارث فتصير المنفعة أيضًا مملوكة له ولم يوجد العقد من جهة الوارث فبطل عقد الإجارة، وإن مات المستأجر فالمنفعة لم تصر مملوكة؛ لأن المنفعة إنما تصير مملوكة بناء على العقد ولم ينعقد العقد عليها فكيف تصير مملوكة؟ وإذا لم تصر مملوكة له لا تتنقل إلى الورثة وقد أجبنا عن هذا وأبطلنا الأصل الذي قالوه، وإذا بَطَلَ الأصلُ بَطَلَ ما يتفرع عنه.

وقد أورد بعض مشايخهم مسألة على طريق الإلزام، وهي: أن مَنْ أوصى بالجارية لإنسان برقبة عبده وأوصى لآخر بخدمته ثم رَدَّ الموصَى له بالخدمة فالوصية بكون الخدمة لصاحب الرقبة دون ورثة الْمُوصِي، ولو كانت المنفعة تورث بانفرادها لكانت لورثة المُوصِي، كما إذا أوصى بالجارية لإنسان وحملها لآخر ثم رَدَّ الموصَى له بالحمل الوصية فإن الحمل [١٦٤/أ] يكون لورثة الْمُوصِي.

وهذه المسألة قد منعها بعض أصحابنا، وعلى أنه ليس فيها دليل على أن المنفعة لا تورث بانفرادها.

وقال أصحابنا: إن المُوصَى له بالخدمة لو مات انتقلت الخدمة المستحقة إلى مورثه.

وأمّا هذه المسألة التي صوّرها فالوصية إيجاب الملك بعد الموت وإضافتها إلى زمان في المستقبل جائز، فإذا رد المُوصَى له الوصية ارتدت وصار العقد كالعدم، فتكون المنفعة لصاحب الرقبة تبعًا.

وأمّا عقد الإجارة فهو عقد معاوضة لا يقبل الغرور والخطر وفي إضافته إلى الزمان في المستقبل غرر وخطر فيجوز أن لا تبقى العين إلى أن يوجد الوقت فلابد من جعل المنافع بمنزلة الأعيان الموجودة ليصح العقد وإذا جُعِلَتْ كذلك ثبت الإرث.

فأمّا في الحمل فهو عين قائمة في الحال، وقد صح الإيجاب فيها من غير اعتبار الإضافة، فإذا رَدَّ المُوصَى له الوصية ارتدت إلى المُوصِي فتكون لورثته.

وعلى المنع يقع الخلاص الكافي، والله أعلم.



❊ (مَسْأَلَة):

إجارة المشاع جائزة عندنا سواء كان من الشريك أو من الأجنبي[1].

وعند أبي حنيفة: يجوز مع الشريك ولا يجوز مع الأجنبي[2].

❊ لنا:

إن الإجارة بيع المنافع وبيع المنافع جائز بدليل بيع العين؛ وهذا لأن المشاع له منفعة؛ لأنه جزء من الجملة فإذا كانت الجملة ذات منفعة فتكون أجزؤها ذات منفعة؛ ولأنهم قالوا: لو آجر نصف داره من إنسان وسكنها المستأجر تجب عليها الأجرة ووجوب الأجرة كان لانعقاد العقد وإن كان على الفساد، وانعقاد العقد في المحل دليل وجود المنفعة للمحل؛ لأنه لا يتصور أن لا يكون المحل منفعة وينعقد عليه عقد بيع المنفعة.

وإذا ثبت أن للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بتسليم الدار إليه صار كما أنه يبيع منه نصف داره ويسلم جميع داره إليه فيكون قد حصل تسليم المبيع إليه، فكذلك لو آجر منه نصف داره ويسلم جميع داره إليه فيكون قد حصل تسليم ما آجر منه إليه؛ وهذا لأن تسليم كل شيء على حسب ما يليق به ويمكن فيه عادة.

---

(١) النكت: ورقة ١٦٧/ب (مراد ملا)، المهذب: ٥١٨/١، الحاوي الكبير: ٤٤٥/٧، وبه قال الصاحبان (محمد، وأبو يوسف). ينظر: مختصر الطحاوي: ١٣١، مختصر القدوري: ٣٤٨/١ مع الجوهرة، إيثار الإنصاف: ٣٣٤.

(٢) الأسرار: ٢/١٤٠/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٣١، وقال الطحاوي: «وبه نأخذ». مختصر القدوري: ٣٤٨/١ مع الجوهرة، إيثار الإنصاف: ٣٣٤.

وقد ذكرنا هذا من قبل فتسليم الدار المشاعة بتسليم جميع الدار إليه ثم القسمة تكون بالمُهايَاة(١) على ما سنبين، فتبين بما قلنا أن المشاع له منفعة وأن التسليم فيه ممكن فأشبه المفرز من هذا الوجه، فوجب أن يجوز عليه عقد الإجارة كالمفرز سواء.

ويدل عليه: أنه لو آجر داره من رجلين يجوز، وهو في الحقيقة عاقد عقد الإجارة مع كل واحد منهما في المشاع ومع ذلك جاز فكذلك عند إفراد أحدهما بالعقد وجب أن يجوز أيضًا.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: آجر منه ما لا يمكن تسليمه إليه فوجب أن لا يجوز، كما لو آجر عبدًا آبقًا أو دارًا مغصوبة، وإنما قلنا ذلك لأن تسليم المنافع باستيفائها بدليل أنه لو سَلّم إليه الدار فانهدمت قبل استيفائه منافعها كانت المنافع من ضمان الآجر حتى تسقط الأجرة من المستأجر، ولو حصل تسليم المنافع بتسليمه الدار لكانت من ضمان المستأجر.

وإذا ثبت أن تسليم المنافع تكون باستيفائها فالمنافع من المشاع غير متصورٍ؛ لأن سكنى نصف الدار مشاعًا ولبس نصف الثوب مشاعًا أو ركوب نصف الدابة مشاعًا غير معقول.

قالوا: وأمّا في البيع فيوجد تسليم المشاع بالتخلية بينه وبين الدار فثبت القبض في النصف المبيع حكمًا من غير أن يتعدى إلى النصف الثاني، ولهذا

---

(١) المُهَايَاة: الأمر المهايا عليه، والمهاياة: أمر ينهايأ القوم فيتراضون به، وعرفها في التحرير: المناوبة. ص ٢٣٦. وينظر: القاموس مادة (الهيئة).

لو استحقت الدار بعد أن خلّى بينه وبينها فقد انهدم البنيان لا يكون للمستحق تضمين المشتري ما انهدم في النصف الذي لم يتناوله البيع فقد تحقق مما قلنا أن القبض حكمًا ثبت في المشاع فجاز بيعه لهذا.

وأمّا المنافع فلا يوجد قبضها إلّا باستيفاء المنافع محسوسًا بدليل ما بينا وهو غير متصور في المشاع.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن استيفاء منافع المشاع يمكن بالمُهَايَاة؛ لأن المُهَايَاة قسمة المنافع، وقسمة المنافع لا تكون [١٦٤/ب] إلّا بعد ملكها وملكها بالعقد، وشرط العقد قد انعدم، وهو القدرة على التسليم في المعقود عليه.

وحرفهم: أن القدرة على تسليم المعقود عليه شرط يعتبر اقترانه بالعقد ليصح العقد فيما يوجد من القدرة لمعنىً بعد العقد بدرجةٍ أو درجتين لا يعمل في تصحيح العقد ولا ينوب عن هذا الشرط.

قالوا: وليس كما لو آجر من رجلين ابتداءً؛ لأن ابتداء العقد تناول جميع الدار فإن عندنا العقد من رجلين والعقد من رجل في محل العقد بمنزلةٍ واحدةٍ، وإذا تناول العقدُ جميع الدار وتسليمها ممكن وتسليم منافعها، وإنما الإشاعة بعد انقسام الملك في المنفعة وانقسام الملك معنًى يثبت بعد العقد حكمًا له ولا ينقسم إلّا والمُهَايَاة مستحقة فيرتفع العجز باعتبار المُهَايَاة فيكون الرافع للعجز مُقترنًا بالموجب للعجز بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قالوا: ولا يلزم إذا آجر من شريكه؛ لأن العجز عن التسليم كان لوجود الإشاعة، وقد ارتفعت الإشاعة بالإجارة من الشريك؛ لأن جميع المنفعة قد

صارت للمستأجر وإذا انعدمت الإشاعة انعدم العجز فجاز العقد.

۞ **الجواب:**

إن التسليم ممكن بأحد **الوجهين**: بتسليم الدار وقد بينا أن تسليم الدار يتضمن تسليم المنافع، واعتذرنا عن مسألة الانهدام، وهو كالبيع فإن تسليم المشاع بتسليم الدار.

وقولهم: «إن قبض المنافع باستيفائها».

قلنا: بل يكون بقبض الدار.

يبينه: أنه لو سلّم المفتاح إليه ومضت المدة ولم يسكن الدار تتقرر عليه الأجرة ولم يوجد الاستيفاء الذي قالوه.

فإن قالوا: جعل بمنزلة المستوفي بالتمكن.

قلنا: فاجعلوه بمنزلة المستوفي بقبض الدار إذ كل واحدٍ منهما إثبات قبضٍ من حيث الحكم لا من حيث الحسّ.

وأمّا مسألة التخلية فهي على أصولهم، ونحن لا نثبت القبض بالتخلية، وإن أثبتنا لا نفرق بين قبض الغصب وبين قبض العقد.

والوجه الثاني: هو أنا وإن سلمنا أن قبض المنافع باستيفائها فالاستيفاء ممكن بسكنى جميع الدار ولبس جميع الثوب، وإذا فعل هذا فلابد أن يصير قابضًا لمنفعة المشاع.

فإن قالوا: «لا يمكنه قبض منافع المشاع على انفراده».




قلنا: يمكن بالمُهَايَاة، والذي قالوا على المُهَايَاة فوجه فساده أنا قلنا: إن قبض المنفعة في المشاع ممكن بسكنى جميع الدار فقد اقترن بالعقد شرط صحته.

وأمّا قولهم: «إنه لا يمكن استيفاؤه على انفراده».

قلنا: يمكن أيضًا تقديرًا بوجهٍ صحيحٍ في الشرع، وذلك بالمُهَايَاة؛ وهذا لأنهما وإن تهايآ على الزمان فكل واحدٍ من الشريكين يسكن جميع الدار في اليوم بشرط أن يمكّن صاحبه من سكنى جميع الدار في اليوم الثاني وصاحبه كذلك، فصار كل واحدٍ منهما ساكنًا نصف جميع الدار، فنصفها هو عين ما استحقه بالعقد، ونصفها هو بدل عما استوفاه صاحبه من حقه، فيصير في التقدير من حيث الحكم كأنّ كل واحد منهما استوفى منفعة نصف الدار على الدوام من غير انقطاعٍ، وهو نظير ما لو آجر من رجلين؛ فإنهما إذا تهايآ على الزمان، وسكن هذا الدار يومًا وسكن صاحبه الدار يومًا؛ صار في التقدير كأن كل واحد منهما سكن نصف الدار على الدوام، كذلك ههنا.

فثبت أنه يمكن استيفاء نصف المشاع على حياله حكمًا وإن تعذر حسًّا، والمعتبر بالوجود حسًّا كان أو حكمًا.

فإن قالوا: هذا التقدير ممكن في المستأجِرِين؛ لأنه يجوز أن يستوفي كل واحد منهما المنفعة لنفسه بحقه، ويستوفي المنفعة بإذن صاحبه في نصيبه فيصير كأنه هو المستوفي فيقدّر على الوجه الذي قلتم، فأمّا في مسألتنا فلا يمكن هذا التقدير؛ لأن أحدهما مالك، والمالك لا يجوز أن يستوفي منفعة الدار بإذن غيره؛ لأنه على أيّ وجهٍ استوفى يكون بحق الملك وإن أعار

المستأجر الدار لا يجوز من المالك وكذلك إجارته منه، وإذا لم يجز أن يستوفي المنفعة بنفسه لحقه بإذن صاحبه لا يصير استيفاؤه بمنزلة استيفائه فلم يمكن إثبات التقدير الذي قلتم.

قلنا: لا فرق بينهما كما يجوز لكل واحدٍ من المستأجِرينِ أن يستوفي المنفعة لنفسه بحقه وبإذن صاحبه، كذلك للمالك أيضًا يجوز على هذا الوجه؛ وهذا لأن المستأجر ملك المنفعة فكما يجوز أن يُعير من الأجنبي ويؤاجر منه، يجوز أيضًا من الآجر كالمشتري بقبض المبيع ثم يُعيره من البائع أو يبيعه منه ولا فرق بوجهٍ ما، والله أعلم بالصواب.



※ (**مَسْأَلَة**):

الأجير المشترك إذا أتلف [١٦٥/أ] **الشيء بعمله لم يجب عليه الضمان**(١).

وهو قول زفر من أصحابهم(٢).

وعندهم: يجب عليه الضمان(٣).

وصورة المسألة: القَصّار إذا تخرق الثوب بدقه والصبّاغ إذا أفسد الثوب بصبغه.

(١) الأم: ٢٦٢/٣، ٢٦٣، المهذب: ٥٣٤/١، النكت: ورقة: ١٦٩/ب، روضة الطالبين: ٢٢٨/٥.

(٢) الأسرار: ١٤١/٢/ب (مراد ملا)، إيثار الإنصاف: ٣٣٥، وهو قول أبي حنيفة أولًا وبه أخذ الطحاوي في المختصر: ١٢٩، مختصر القدوري: ٣٤١/١ مع الجوهرة.

(٣) الأسرار: ١٤١/٢/ب (مراد ملا)، المختصر للطحاوي: ١٢٩، مختصر القدوري: ٣٤١/١ مع الجوهرة.
وهو القول الثاني عند الشافعية، ينظر: النكت: ورقة ١٦٩/ب، المهذب: ٥٣٤/١.

❋ **لنا:**

أن الفساد حصل بعملٍ مأذونٍ فيه من قبل المالك فلا يجب عليه الضمان.

دليله: إذا كان أجيرًا منفردًا.

وإنما قلنا: «إنه مأذون فيه من قبل المالك»؛ لأن صورة المسألة إذا دقّ دق مثله وحصل منه الخرق، ولا خلاف أن دق مثله مأذون فيه حتى يطلق له ذلك من غير حرج ونقول لو زاد على دق المثل وتخرق منه الثوب يجب عليه الضمان، فتبين قطعًا أن الفساد حصل من عمل مأذون فيه.

فإن قالوا: لما تخرق الثوب تبين أنه قد تجاوز الدّق المأذون فيه إلى ما لم يؤذن فيه.

قلنا: ليس دق المثل مما لا يوجد منه الخرق بحال، بلى، لا يحصل منه الخرق في غالب الأحوال ولكن قد يتأدّى إلى الخرق في بعض الأحوال.

وقد قال الأصحاب: إنه دق على وجهٍ يشهد أصل الصنعة أنه ما زاد على دق المثل أو يوافقه رب الثوب أنه ما زاد على المأذون فيه.

والدليل من حيث الحكم على أن هذا العمل مأذون فيه: أن مالك الثوب لو رضي به يلزمه المُسمّى من الأجرة، ولا يتصوّر وجوب المُسمّى إلّا بعملٍ تناوله العقد، وإذا تناوله العقد يكون مأذونًا فيه بلا خلاف.

والحرف لنا: أن المعقود عليه عمل واحد وهو دقّ المثل الذي قلنا،

وكلّ ما يدخل تحت هذا الاسم يكون مأذونًا فيه ونظيره: البزغ[1] والفصد فإن المعقود عليه لما كان عملًا واحدًا فكل ما يتناوله هذا الاسم يكون مأذونًا فيه فسواء حصل منه فساد أو لم يحصل لم يجب عليه به الضمان.

وكذلك في الأجير المنفرد.

يدل عليه: إنه إذا كان مأذونًا فيه من قبل المالك ذهبت صفة التعدي منه على الإطلاق ويصير من وجهٍ كأن المالك هو المتلف فلم يمكن إيجاب الضمان به.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: حصل فساد الثوب بعمل غير مأذون فيه فيجب عليه الضمان.

دليله: إذا جاوز دق المثل، وإنما قلنا ذلك؛ لأنه أذن له في الدّق المزيّن المصلح لا في الدّق المخرق المفسد؛ وهذا لأن الأجير بائع عمله، وإطلاق البيع يقتضي سلامة المعقود عليه بدليل سائر البياعات، والعمل المعيب لا يكون سليمًا، فلم يدخل تحت العقد، وهذا لحقيقةٍ وهو أن العمل نوعان: عمل معيب، وعمل سليم، والذي لا يحصل منه الخرق هو عمل سليم، والذي حصل منه الخرق هو عمل معيب، والعقد يقتضي السلامة على ما ذكرنا، فصار الداخل تحت العقد هو العمل السليم لا العمل المعيب، فصار المعيب غير مأذون فيه؛ فوجب به الضمان، كما لو غيّر نوعًا من الدق وجاء بنوع آخر وحصل به الخرق.

---

(١) البزّاغ: يقال: بزغ: البيطار والحاجم (بزاغًا) من باب قَتَلَ شَرَطَ وأسال الدم. ينظر: المصباح مادة (بزغ).

قالوا: وليس لو اشترى ثوبًا أو عبدًا معيبًا حيث يدخل تحت العقد معيبًا كان أو غير معيب؛ لأن المعقود عليه هناك هو عين مشار إليها، وهي شيء واحد معيبًا أو غير معيب.

وأمّا ههنا المعقود عليه عمل التزمه في الذمة وهو نوعان على ما بينا.

ولهذا لو أحضر عبدين فيدخل السليم دون المعيب، وصار هذا كالثمن فإنه لو باع عبدًا بألف درهم، والألف نوعان: جيد، ورَّدِئ، دخل الجيد في العقد دون الرَّدِئ، كذلك ههنا.

وكذلك في السلم فصار العمل في مسألتنا جاريًا مجرى الديون لا مجرى الأعيان.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن المعيب في الديون يدخل تحت العقد أيضًا، بدليل أنه لو يجوّز به يجوز حتى لو قبض الزُّيوف مكان الجياد في الثمن أو الرَّدِئ مكان الجيد في السَّلم ورضي به يجوز؛ وذلك لأنا نقول المعيب غير السليم مادام حقه في السلامة قائمًا فكان أحدهما موصوفًا بصفة السلامة والآخر غير موصوف بصفة السلامة فأقل ما في الباب أن يكون بمنزلة المطلق والمقيد فيكونا شيئين، فأما إذا رضي بالعيب فقد أسقط حقه من الجودة فسقط وبقي حقه في أصل الحنطة في السَّلم، والرَّدِئ والجيد حنطة، وكذلك في الثمن بقى حقه في أصل الدراهم، والجياد والزيوف دراهم، فكان الجميع داخلًا تحت العقد.

قالوا: ولهذا نقول في مسألتنا إن المالك لو رضي بهذا العمل يلزمه المُسمّى؛ لأنه بالرضا أسقط حقه في السلامة فصار حقه في مطلق الدّق فصار

المعقود عليه واحدًا عند الرضا فيكون داخلًا في العقد كيفما كان.

قالوا: ولهذا نقول لو قبض رأس المال في السَّلم وهو زيوف وتفرقا، لا يبطل العقد في الحال؛ لأن المقبوض وإن كان غير حقه في الحال ولكن يحتمل أن [١٦٥/ب] يصير المقبوض حقًا له بأن يرضى المسلم إليه بالزُّيوف إذا علم، فلا جرم نقول: إن القبض موقوف، فإن رضي به صار المقبوض حقًا له وصح العقد، وإن لم يرض به وردّه بطل العقد؛ لأنه بطل القبض من الأصل، وتبين أنهما تفرقا من غير قبض رأس المال فبطل السَّلم فهذا الذي قلناه معتمدهم ونهاية كلامهم.

قالوا: ولا يلزم الأجير المنفرد؛ لأن المعقود عليه ليس هو العمل وإنما هو بائع منافعه في ذلك الزمان المعين، بدليل أنه لا يقدر على تمليكها من غيره، حتى لو آجر نفسه فيعمل في تلك المدة من آخر لم يجز، ولا يجوز أيضًا إلّا أن يعمل بنفسه، ولو سلَّم نفسه استحق الأجرة من غير عملٍ بخلاف الأجير المشترك في هذه المسائل، وإذا كان المعقود عليه المنفعة والمنفعة شيء واحد غير مختلف فصار بمنزلة العين المشار إليها فيكون داخلًا تحت العقد كيفما كان؛ وهذا لأن العقد وإن اقتضى السلامة عن العيب ولكن العين لا تختلف باختلاف الوصف فإنها بالإشارة تعرف فسواء كان سليمًا أو معيبًا كان داخلًا تحت العقد.

وأمّا الدين في الذمة يعرف بالوصف وهو يتنوّع إلى سليمٍ ومعيبٍ، فيصير السليم داخلًا تحت العقد دون المعيب بالمعنى الذي قدمناه.

وأمّا الأجير الواحد لما كان المعقود عليه المنفعة وهي بمنزلة الأعيان

والعمل لإظهار المنفعة فسواء كان سليمًا أو معيبًا كان داخلًا تحت العقد.

قال أبو زيد في الأمالي:

الأجير الواحد بائع منافعه، ألا ترى أنه إذا سلّم نفسه من غير عملٍ استحق الأجرة، والخرق لا يتولد من المنفعة فلم يكن عينا فيها، وإنما جاء الخرق من قبل العمل، والعمل منه حصل باستعمال صاحب الثوب إياه من غير أن يكون في مقابلته بدل فلم يتقيد بالتسليم؛ لأنا إنما قيّدناه بالسلامة بقضية عقد المعاوضة، فإذا لم يكن في مقابلته بدل فلا معاوضة في العمل حتى يقتضي السلامة، والإذن من المالك موجود من غير تقييدٍ فأشبه المعين في حق القصّار ولا جرم نقول: وإن حصل الخرق بدقه لا يجب الضمان، وكان المعنى في المعين أنه واهب عمله وعقد الهبة لا يقتضي السلامة عن العيب، فدخل العمل مطلقًا في الإذن غير مقيد بصفة السلامة.

قالوا: ولا يلزم البزّاغ والفصّاد والختّان إذا حصل بعملهم تلف حيث لا يجب الضمان؛ لأنا إنما لم ندخل المعيب من العمل في العقد؛ لأن العمل يتنوّع نوعين إلى مصلح ومفسد وعقد المعاوضة يقتضي السلامة على ما سبق.

وأمّا في تلك المسائل فنفس العمل إفساد محض؛ لأنه جرح وإنما السلامة والصلاح في البُرء والشِّفاء وليس ذلك من صنع العامل، وإنما هو بقوة طبع المجروح، وإذا كان في نفسه إفسادًا لم يمكن تقييده بالسلامة بخلاف مسألتنا فإنه متنوّع على ما سبق.

وقالوا أيضًا: إن الاحتراز عن السِّراية ليس في وسعه وما ليس في وسَعَة

الإنسان لا يكلفه الله ذلك فيسقط اعتبار السِّراية بهذا الوجه، وأمّا في مسألتنا ففي وسع القصّار أن يأتي بدقٍ مصلح، ولكن ربما يلحقه حرج وذلك باختيار الآلة المصلحة، ومعرفة أجزا الثوب ظاهرها وباطنها، ثم معرفة ضعيفه وقويه، وإرسال المدقة على رِفقٍ بقدر ما يحتمله الثوب ويحصل المقصود به.

قالوا: وبهذا الحرج لا يسقط الضمان عنه؛ لأنه التزم العمل باختياره، وما يلتزم العبد باختياره لزمه وإن كان فيه حرج؛ لأن دفع الحرج نظر وهو يستحقه فيما يُلزمه الله ابتداءً، فأمّا فيما يلتزمه العبد باختياره لا يستحق النظر؛ لأنه كان يمكنه أن لا يلتزمه.

قالوا: ولهذا نقول: إن السِّراية تكون مضمونة على مستوفي القصاص في الطرف؛ لأنه كان يمكنه أن لا يستوفي ويعفو وهو الأولى فلم يسقط عنه ضمان السِّراية وإن لم يمكنه الاحتراز عنه.

وربما يقولون: إن الموت في هذه المسائل لا يقع بالجرح بل بضعف طبع المجروح والبرء يحصل بقوة طبع المجروح.

وأمّا في مسألتنا فقد حصل الخرق بدقه لا محالة، والأول أحسن.

وزعم بعضهم: أن المعقود عليه صفة القصارة أو صفة الصباغة لأنها هي المطلوبة بالعقد والعوض يُبذل في مقابلة المطلوب والمقصود، ولكن العمل لإظهار هذه الصفة، والمظهر بصفة القصارة المطلوبة عمل يسلم معه الثوب أو عمل مصلح لا عمل مفسد مخرّق، وهذا قريب من الطريقة الأولى.

واستدل مشايخهم بالطريق المعروف: وهو أن العمل مضمون فما يتولد

عنه يكون مضمونًا.

وخرجوا قولهم: «مضمون: إنه مضمون بالأجرة، وهذا لأن ما يقابل المضمون مضمون».

وخرجوا [١٦٦/أ] مسألة البزاغ بحصول التسليم فيه حكمًا إلى صاحب الدابة، وخروج العامل من الوسط على ما ذكرا[١] في مسألة السراية فلا نعيد.

۞ الجواب:

أمّا قولهم: «إنه حصل فساد الثوب بعملٍ غير مأذون فيه».

قلنا: قد بينا أنه مأذون فيه.

أمّا قولهم: «إنه بائع للعمل».

قلنا: ليس كذلك، بل هو بائع للمنفعة في الإجارة، فإن الإجارة بيع المنافع والأجرة عوض المنفعة.

يبينه: أنه إنما يجوز عقده على ما هو حقه معتاضًا عنه وحقه المنافع فيعتاض عنها بالأجرة كما يعتاض عن العين بالثمن.

وأمّا العمل وجب تسميته لإعلام المنفعة.

ويمكن أن يقال إن ذكر العمل لتقدير المنفعة المعقودة عليها لا غير؛ وهذا لأن المعقود عليه في الشرع ثلاثة: أعيان، وديون، ومنافع، ولا يعرف في المعاملات غيرها، ولا فرق عندنا بين الأجير المشترك وبين الأجير

---

(١) كذا في المخطوط، ولعله: «ذكروا»؛ لأن المعنى لا يستقيم.

الواحد في المعقود عليه.

وقولهم: «إنه بتسليم النفس في الأجير الواحد يستحق الأجرة بخلاف الأجير المشترك».

قلنا: إنما جاء هذا الافتراق لا من حيث اختلاف المعقود عليه لكن إنما اختلفا؛ لأنا في الأجير الواحد نقيم التمكن من الاستيفاء مقام حقيقة الاستيفاء؛ لأنا لو لم نجعل كذلك أدَّى إلى ضررٍ عظيمٍ بالأجير، فإن المنفعة لما كانت مقدرة بزمانٍ معلومٍ وبمضي الزمان تتعطل المنفعة عليه وينتهي العقد بانتهائه فلو لم نقرر عليه الأجرة بتمكنه من استيفاء المنافع في الزمان المعين أدّى إلى أن تتعطل المنافع على الأجير؛ من غير أن يحصل على شيءٍ، لا من قبل هذا المستأجر، ولا من قبل غيره، فإنه لا يجوز أن يؤاجر نفسه في هذا الزمان من إنسان آخر وهذا ضرر عظيم، ومثل هذا لا يوجد في الأجير المشترك؛ لأن المنفعة إنما أعملت بالعمل والعمل ممكن في أيّ زمان كان، وله أيضًا أن يعمل لغيره فلا يؤدّي إلى تعطيل منفعة عليه.

وباقي المسائل التي يفرقون بها بين الأجير المشترك والأجير الواحد غير مسلمة، وإنما الْمُسلّم هذه المسألة خاصة والفرق ما ذكرنا، وعلى هذا يبطل قول مَنْ قال من أصحابهم: إن المعقود عليه صفة الخياطة، وذلك لأن الإجارة بيع، ومن شرط البيع وجود مبيع، ولا يمكن تقدير الوجود إلّا في المنافع فقدّرنا وجودها على ما ذكرنا في مسألة الأجرة، وجوّزنا بيعها.

فأمّا بيع صفة القصارة أو صفة الخياطة، فمحال من الكلام، وهذا لأن منافعه مملوكة له وإذا حدثت حدثت على ملكه فيجوز أن يعقد عليها البيع،

فأما صفة الخياطة فغير مملوكة له وإذا حصلت لا تكون له بحالٍ فكيف يتصور أن يعقد عليها للغير أو يعتاض عنها؟، وهذا جواب معتمد.

وأمّا جواب آخر:

وهو أنا وإن سلمنا أن العقد ورد على العمل لكن العمل واحد وهو دق المثل والدّق المعتاد في مثل هذا الثوب.

أما قولهم: «إنه يتناول السليم دون المعيب».

قلنا: يتناول كل ما يدخل تحت هذا الاسم سواء سَلِمَ منه الثوب أو لم يسلم.

وأمّا قولهم: «إن عقد المعاوضة يتناول السليم».

قلنا: ليس كذلك، فإنه لو كان المعيب لا يدخل تحت العقد لكان في المبيع العين إذا وجد معيبًا لا يجوز العقد، وفي الدين إذا تجوّز بالرَّدِئ أو الزُّيوف لا يجوز.

وقد قال أبو حنيفة ـ رحمة الله عليه: إنه لو هَلَكَتْ الزُّيوف ولم يكن عَلِمَ القابضُ أنها زيوف ثم عَلِمَ كان القبض واقعًا موقعه ولم يرجع بشيء مما له في رأس مال السَّلم وغيره.

وقولهم: «إن العقد يتناول السليم مادام حقه قائمًا في وصف السلامة فأمّا إذا أسقط فلا».

قلنا: إذا كان العقد ابتداءً يتناول السليم دون المعيب فلا يتصور بالرضا

من بعد أن يدخل في العقد ما لم يكن دخل في الابتداء وكيف يتبدل محل العقد بمعنًى داخل على العقد؟، إنما الصحيح أن العقد يتناول السليم والمعيب إلّا أنه يصير كأنه شرط السلامة بحكم العادة، وعمل الشرط في ثبوت الرد عند وجوده على خلاف المشروط لا في صرف العقد عن تناوله إياه مثل ما لو شرط في العبد الذي يشتريه أنه خبّاز أو كاتب فإنه سواء وجده على ما شرطه أو لم يجده على ذلك يكون داخلًا تحت العقد إلّا أنه إذا لم يجد على الوصف المشروط فعمله في جواز الرد؛ ولأنه إذا هَلَكَت الزُّيوف عنده، أين الرضا في هذه الصورة؟ وقد قال أبو حنيفة رحمه الله: إن القبض يقع موقعه ولم يرجع بشيء.

فإن قالوا: نحن نعلم قطعًا أن المعيب غير السليم والمعقود عليه واحد فإذا دخل السليم في العقد فلا يتصور أن يدخل المعيب وهو شيء آخر. [١٦٦/ب]

قلنا: المعقود واحد، فإن كان سليمًا فهو المعقود عليه وإن كان معيبًا فهو المعقود عليه ويكون المعيب مكان السليم.

والعلة في ذلك: أن العقد يتناول عملًا مطلقًا مشتملًا على السليم والمعيب على ما سبق، فأيّهما وجُدِ فَهو الذي يتناوله العقد مثل الزُّيوف والجياد في رأس مال السَّلم، فعلى هذا يكون المعقود عليه واحدًا، وهو عمل مطلق يوجد مرة على هذا الوصف، ومرة على ذلك الوصف وهو في نفسه واحد غير متعدد فهذا نهاية الكلام.

يبينه: أن عمل قضية السلامة لما كان هو الرد فحسب، والعمل في

مسألتنا قد اتصل بالثوب وصار مقبوضًا من هذه الجهة ولا يمكنه رده فسقط حكم قضية السلامة ولزمه المقبوض، كما قال صاحبهم(١) فيما لو قبض الزُّيوف، وهلكت ثم علم أنها زيوف لزمه المقبوض وسقط حكم الرد، وهذا غاية الإلزام.

فإن قالوا: عندنا لا يصير العمل مقبوضًا لصاحب الثوب حتى إن للقصار أن يحبس الثوب لاستيفاء الأجرة، ولا تسقط الأجرة.

قلنا: لا يجوز هذا؛ لأن إيصال العمل بالثوب فوق إيصال الطعام بالغرائر(٢)، وعندهم لو كان المسلم إليه الطعام في غرائر رب السَّلم وقد سلمها إليه ليكيل فيها يصير قابضًا فههنا أولى، وبهذا يبطل عذرهم عن الأجير في مسألةِ البزاغ أنه صار مسلّمًا إليه للعمل فإن هناك قد صار أيضًا مسلّمًا إليه للعمل بالوجه الذي بينّا وقدمنا؛ ولأن الإنسان إذا جرح غيره ففعله لا يكون في يده؛ لأنه متصل ببدن المجروح ومع ذلك يكون في ضمانه، فليس ما قالوه بشيء.

والإلزام الذي ذكره الأصحاب في مسألة البزاغ في نهاية اللزوم؛ لأنها مثل مسألتنا سواء، ويوجد فيها النوع الذي اعتمدوا عليه.

وقولهم: «إنه في نفسه إفساد».

قلنا: لا، بل إصلاح؛ ولهذا أطلق الشرع فعله وإنما يكون فسادًا إذا تأدّى إلى هلاك الدابة.

---

(١) يقصد أبا حنيفة في قوله السابق.

(٢) الغرائر: جمع غِرارة بالكسر شبه العِدل. ينظر: المصباح المنير مادة (الغِرة).

وقولهم: «إنه لا يمكنه الاحتراز عن الهلاك».

قلنا: كذلك في مسألتنا؛ لأنا بينا أن المسألة مصورة فيما إذا دقّ الدق المعتاد ولم يزد على دق المثل أصلًا وعند هذا الفعل لا يمكنه الاحتراز عن الخرق اللهم إلّا أن يقصّر في دق المثل ولا يجوز له أن يقصّر، لأنه يجبر على دق المثل وينتقص هذا القدر أيضًا بمسألة القصاص في الطرف فإن الاحتراز عن السِّراية فيه غير ممكنٍ ومع ذلك كان مضمونًا.

وقولهم: «إنه يمكنه أن يعفو ولا يقبض».

قد أجبنا عن هذا في تلك المسألة، وعلى أن سلمنا إنما يشبه مسألة القطع في السرقة؛ لأن القطع هناك مستحق، وههنا العمل مستحق فإذا لم تكن السِّراية في تلك الصورة مضمونة فكذلك في مسألتنا.

وأمّا طريقة مشايخهم وقولهم: «إن العمل مضمون».

فطريقة في نهاية الضعف؛ لأن الدق المخرق غير مضمون بالأجرة عندهم وهو الموجود، فكيف يتصور قولهم: «عمل مضمون» في هذه الصورة؟

وعلى أن الضمان الواجب ضمان عقد، وضمان العقد ضمان التزامٍ وشرطٍ، فكيف يكون سببًا لضمان التعدي؟ وينتقض بالبزاغ والحجام.

والله تعالى أعلم بالصواب، وهو الموفق والمعين.



❊ (مَسْألة إحياء الموات):

إذا أحيا المسلم مواتًا بغير إذن الإمام ملكها عندنا، وإن أحياها ذمي لم يملكها وإن أذن له الإمام(١).

وعند أبي حنيفة: يملكان بإذن الإمام ولا يملكان بغير إذنه(٢).

وعند أبي يوسف ومحمد: يملكان جميعًا وإن لم يأذن الإمام(٣).

❊ لنا:

حديث سعيد بن زيد أن النبي صلى الله عليه قال: (مَنْ أحيا أرضًا ميتة فهي له)(٤).

وظاهره أنه نُصِبَ شرع لعموم الناس في عموم الأوقات.

مثل قوله ﷺ: (مَنْ قتل قتيلًا فله سلبه)(٥).

---

(١) المهذب: ٥٥٣/١، ٥٥٤، النكت: ورقة ١٧٩/أ، ب، الحاوي الكبير: ٤٧٦/٧، ٤٧٨، روضة الطالبين: ٢٧٨/٥، وبه قال المالكية والحنابلة، الإشراف للبغدادي: ٧٧/٢، المنتقى للباجي: ٢٦/٦، المغني: ١٤٨/٨.

(٢) مختصر الطحاوي: ١٣٤ وهو اختيار الطحاوي، مختصر القدوري: ٤٦٨/١، (مع الجوهرة).

(٣) مختصر الطحاوي: ١٣٤، ١٣٥، مختصر القدوري: ٤٦٨/١ (مع الجوهرة).

(٤) رواه البخاري في صحيحه تعليقًا: ١٨/٥ مع الفتح، باب من أحيا أرضًا مواتًا.
والترمذي في سننه: ١٤٦/٦ (مع العارضة، باب ما ذكر في إحياء الموات) والإمام مالك في الموطأ: ٢٦/٦ مع المنتقى، باب القضاء في عمارة الموات، والإمام أحمد في مسنده: ٣٢٧/٥.
والدارمي في سننه: ٢٦٧/٢، باب من أحيا أرضًا ميتة فهي له من كتاب البيوع.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٢٤٧/٦ مع الفتح، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب من كتاب الخمس، ومسلم في صحيحه: ٥٧/١٢ ـ ٥٩ مع النووي، باب استحقاق القاتل سلب=

(ومَنْ بَدّل دينه فاقتلوه)[1]، (ومَنْ باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلّا أن يشترط المبتاع)[2].

ومن جهة المعنى: أنه مباح في عرضة التمول، فلم يفتقر تموله إلى إذن الإمام.

دليله: الصيود.

ودليل أنه مباح أنه لم تثبت عليه يد ويملك باليد فيكون مباحًا للأيدي كالأصل أيضًا.

ودليل أنه يملك باليد أنه إذا اتصل به إذن الإمام مُلِكَ، وإنما مُلِكَ باليد لا بإذن الإمام، فإن السبب عندهم هو الإحياء والإذن شرط.

وقد قال بعضهم: «إن الموات ملك جميع المسلمين».

= القتيل، وأبو داود في سننه: ٣/١٦١ مع المعالم، باب السلب يعطى للقاتل، والترمذي في سننه: ٧/٥٧ مع العارضة، باب ما جاء فيمن قتل قتيلًا.
والإمام أحمد في المسند: ٣/١١٤، ١٢٣، ١٩٠، ٢٧٩، ٣٠٦، ٥/١٢، ٢٩٥.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٦/١٤٩ مع الفتح، باب لا يعذب بعذاب الله من كتاب الجهاد. وأبو داود في سننه: ٤/٥٢٠ مع المعالم، باب الحكم فيمن ارتد من كتاب الحدود، والترمذي في سننه: ٦/٢٤٣ مع العارضة باب ما جاء في المرتد، والنسائي في سننه: ٧/٩٦، باب الحكم في المرتد.
والإمام أحمد في المسند: ١/٢٨٠، ٢٨٣، ٣٢٣، ٥/٢٣١.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٤٩ مع الفتح، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط، ومسلم في صحيحه: ١٠/١٩١ مع النووي، باب مَنْ باع نخلًا عليها ثمر، وأبو داود في سننه: ٣/٧١٤ مع المعالم، باب العبد يباع وله مال (الإجارة)، والترمذي في سننه: ٥/٢٥٣ مع العارضة، باب ما جاء في ابتياع النخل بعد التأبير والعبد وله مال.

وليس بشيء، فإنه لو جاء إنسان وحفره حتى غار بحيث لا يقبل العمارة لا يضمنه، ولو كان على ما قالوه ضمن، ولو جاء [١٦٧/أ] إنسان وأخذ منه التراب لتطيين السطوح وضرب اللبن لم يمنع منه، ولو كان مملوكًا للمسلمين يمنع من ذلك.

وأمّا الدليل في الذمي على أنه لا يملك قوله ﷺ: «موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني أيّها المسلمون»(١).

ولأنه لو ملك الموات بالإحياء صار أصلًا في دار الإسلام وهو من جملة السكان بالأجرة فلم يجز تصرفه في دار الإسلام على وجهٍ يكون هو الأصل، وإذا جوّزنا إحياءه صار أصلًا؛ لأن كل مَنْ يملك هذه البقعة يتلقاها من قبله، وهذا بخلاف ما إذا اشترى أرضًا؛ لأن جواز شرائه لا يجعله أصلًا بل الأصل غيره، وهو تلقى من قبله.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا: تعلقوا بقوله ﷺ: «عادي(٢) الأرض لله ورسوله»(٣).

فلا يجوز التصرف فيها إلّا بإذن من قبل الشارع أو نائب عنه وليس إلّا الإمام؛ ولأن للإمام ولاية الموات بدليل أنه يجوز إقطاعة لذلك، فنقول

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ١٤٣/٦، باب لا يترك ذمي يحييه.

(٢) العادي: «كل أرض كان لها ساكن في آباد الدهر فانقرضوا فلم يبق منهم أنيس فصار حكمها إلى الإمام، وكذلك كل أرض موات لم يحيها أحد ولم يملكها مسلم ولا معاهد». قاله أبو عبيد في الأموال: ٣١١، ٣١٢.

(٣) رواه أبو عبيد في الأموال: ٣٠٦، باب الإقطاع. والبيهقي في سننه: ١٤٣/٦، باب لا يترك ذمي يحييه.

ما ثبت فيه ولاية الإمام بالدفع والمنع لم يملك منه شيء بغير إذنه.

دليله: مال بيت المال.

واستدلوا في الذمي وقالوا: سبب الملك فيستوي فيه المسلم والذمي.

دليله: الاصطياد؛ وهذا لأن المسلمين وأهل الذمة يستوون في أسباب الملك كما ذكرنا في كتاب السير.

❁ الجواب:

أما الخبر فهو الخبر الذي ذكرناه من قوله: «موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني أيها المسلمون»[1].

وقد غفلوا عن باقي الخبر، وليس مَنْ لم يعلم كمَنْ علم ولا مَنْ لم يصل إلى شيء كمَنْ وصل إليه وأدركه.

وأمّا الإقطاع فقد نقضوا بالمعادن يجوز فيه الإقطاع وتملك بمجرد الأخذ بغير إذن الإمام، وعلى أن عندنا ليس بحقيقة الإقطاع، ولو بادر إنسان وأحياها قبل إحياء المُقْطع لها يملكها الأول، فأما إذا اجتمعا يترجح المأذون له من قبل الإمام لوجود الولاية له في دار الإسلام، وهذا قطعة من دار الإسلام فإذا ترجح أحدهما بإذنه يكون أولى، كَمَنْ يقدمه للصلاة يكون أولى من غيره، ومَنْ يقدمه القاضي للخصومة يكون أولى من غيره، وإن لم يكن إذن الإمام شرطًا في واحدٍ منهما.

وقد عملوا أكثر من هذا فإنهم جوّزوا تنفيل السَّلب وقبل التنفيل يكون

(١) سبق تخريجه في ص: ٦٤٢.

مالًا لجميع الجيش.

وأمّا الذمي فقد ذكرنا وجه منعه من الإحياء، وخرج على ذلك الصيود؛ لأنها ليست من أصول دار الإسلام.

والحرف: إنه ليس من أهل دار الإسلام فلا يساوي في دار الإسلام أهل دار الإسلام، كما لا يساوي في كثير من الأشياء على ما عرف. والله تعالى أعلم بالصواب وبه الحول والقوة.



❋ (مَسْألة الوقف):

مذهبنا ومذاهب أكثر أهل العلم بأن الوقف صحيح ويلزم بنفسه ويخرج الموقوف عن ملك الواقف ثم يجري أمره على شرائطه[1].

وعند أبي حنيفة: لا يلزم ما لم يقض القاضي بلزومه أو يخرجه مخرج الوصايا ويسع الثلث له، ولا يظهر دين فحينئذ يصير وقفًا أبدًا لا رجوع فيه لأحد[2].

❋ لنا:

حديث ابن عون عن نافع عن ابن عمر أن عمر قال: يا رسول الله إني

---

(١) الأم: ٣/٢٨١، المهذب: ١/٥٧٨، النكت: ورقة: ١٨٢/أ، الإشراف للبغدادي: ٢/٧٩، ٨٠، المغني: ٨/١٨٥.

(٢) الأسرار: ٢/٣٣٥/أ (مراد ملا)، مختصر القدوري: ١/٤٣٠ مع الجوهرة، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٢/٥٦٢.

أصبتُ أرضًا بخيبر ما أصبتُ قط مالًا هو أنفس عندي منه فما تأمرني؟ فقال رسول الله صلى الله عليه: (إن شئت تصدّقت بها وحبست أصلها) قال: فتصدق بها على أن لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث في الفقراء وذوي القربى، ولا جناح على مَنْ وَلِيَها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقًا غير متموّلٍ». وهذا الخبر في الصحيحين[(١)].

وأخرج البخاري[(٢)] بطريق حماد بن زيد عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أن عمر أصاب أرضًا من يهودي حارثة يقال لها: ثمغ[(٣)] فقال يا رسول الله: إني أصبت مالًا نفيسًا أريد أن أتصدق به، قال: «فجعلها صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث يليها ذوو الرأي من آل عمر فما عفى من ثمرتها جعل في سبيل الله وابن السبيل والفقراء ولذي القربى، وليس على مَنْ يليها جناح أن يأكل بالمعروف أو يطعم[(٤)] صديقًا غير متموّلٍ منه».

قال: وتصدقت حفصة أرضًا لها على ذلك وتصدق ابن عمر أرضًا له على ذلك، وأعلم أن صحة الوقف اتفق عليها الصدر الأول ووقف

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٣٥٤/٥، ٣٩٩ مع الفتح، باب الشروط في الوقف، وباب الوقف كيف يكتب.
ومسلم في صحيحه: ٨٦/١١ مع النووي، باب الوقف.

(٢) ينظر: صحيح البخاري: ٣٥٤/٥ مع الفتح، لكنه لم يخرج إلا آخره فقط كما قال البيهقي في السنن، وأخرجه البيهقي في سننه: ١٥٩/٦، باب الصدقات المحرمات مع اختلاف في اللفظ.

(٣) ثمغ: بالفتح: مال في شامي المدينة قرب كومة أبي الحمراء أصابه عمر من يهود بني حارثة، ينظر: خلاصة الوفاء: ٥٣٠.

(٤) في المخطوط بياض، وأكمل من صحيح البخاري ٣٥٤/٥ مع الفتح.

رسول الله ﷺ والصحابة [١٦٨/ب] من بعده أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، وعلي ، وطلحة ، وزبير ، وعبد الرحمن بن عوف ، وابن مسعود ، وابن عباس ، وابن عمر ، والمسور بن مخرمة ، وجبير بن مطعم ، وعمرو بن العاص ، وأرقم بن أبي الأرقم ، وأنس ، ووقفت فاطمة ، وعائشة ، وحفصة(١) ، وغيرهم ممن يكثر عددهم(٢) واعتقدوا لزوم هذه الأوقاف فإنه روي عن عمر وعلي أنهما وَقَفا بتًّا بتلًا»(٣).

وهذا اللفظ يقتضي قطع الحقوق.

وحكى الشافعي عن أكثر من ثمانين نفر من الأنصار إنهم تصدقوا بصدقات محرمات موقوفات ، وكذلك وقف التابعون من بعد الصحابة ولم يرو أن أحدًا رجع عن وقفه أو خاصم أحد من الورثة في وقف وقفه مُورّثه واعتقد إرثه إياه وجواز بيعه وملكه فصار هذا إجماعًا من الأمة.

فإن قالوا: «عمدتكم خبر عمر ، وليس فيه أن النبي صلى الله عليه أذن له فيما فعل أو عرّفه فَرَضَيهُ ، وإنما هو فعل عمر بنفسه».

قلنا: هذا مُحال ، وإنما سأل عمر رضي الله عنه(٤) رسول الله ـ صلى الله عليه ـ عن ذلك واستأمره فيما يفعله وَفَعَلَ بإشارته ، وقد روى عبد العزيز(٥) بن

---

(١) روى هذه الآثار عنهم: ابن قدامة في المغني: ١٨٥/٨ ، الشافعي في الأم: ٢٧٦/٣.
ينظر: سنن الترمذي: ١٤٤/٦ ، مع العارضة.

(٢) المغني: ١٨٥/٨.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ١٦١/٦ ، باب الصدقات المحرمات.

(٤) في المخطوط زيادة (عن).

(٥) عبد العزيز بن المطلب بن عبد الله بن حنطب المخزومي أبو طالب المدني صدوق ، من السابعة ،=

المطلب عن يحيى بن سعيد عن نافع عن ابن عمر في هذه القصة قال: فقال له النبي ـ صلى الله عليه: «تصدق بثمره واحبس أصله لا يباع ولا يورث»[1].

وهذا نص أن ما فعله عمر رضي الله عنه إنما أخذه من رسول الله صلى الله عليه.

فإن قالوا: قد روي عن عمر أنه قال: «لولا أني ذكرتُ صدقتي لرسول الله صلى الله عليه لرددتُها»[2].

وهذا يدل على أنه ما اعتقد اللزوم في الوقف الذي وقَفَه.

قلنا: هذا شيء رواه ابن شهاب منقطعًا عن عمر، والمنقطع لا يكون حجة فلا تترك الأخبار الصحيحة الثابتة في الباب بمثل هذا، وعلى أنه يجوز أن يكون معناه ردّها إلى سبيل آخر من سبل الخير؛ لأنه لا يظن بعمر ـ رضي الله عنه ـ مع حرصه على الخيرات أنه يفعل خيرًا أو يشترط ما شرطه ثم يرجع عن ذلك الخير ويرده، وقد كانت رغبتهم في الخير على الزيادة لا على النقصان.

وقد تعلق المخالفون بقول شريح: «جاء محمد ـ صلى الله عليه ـ بإطلاق الحُبُس»[3].

وبحديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي ـ عليه السلام ـ قال: (لا حبس في فرائض الله)[4].

= مات في خلافة المنصور، روى له البخاري تعليقًا، ومسلم والترمذي، وابن ماجة، ينظر: التقريب: ٢١٦.

(١) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٠، باب الصدقات المحرمات، والدارقطني في سننه: ٤/١٨٧.

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/٩٦.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٢، باب مَنْ قال لا حبس عن فرائض الله.

(٤) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٢ من طريق الدارقطني، الدارقطني في سننه: ٤/٦٨.




وبحديث عبد الله بن زيد بن عبد ربه أنه أتى النبي ـ صلى الله عليه ـ وقال: حائطي هذا صدقة، وهو إلى الله ورسوله فجاء أبواه وقالا: إنه كان قِوام عيشنا فرده رسول الله ـ صلى الله عليه ـ إليهما فلما ماتا ورثهما ابنهما[١] عبد الله بن زيد[٢].

❁ **الجواب:**

أمّا الأول: فقوله: «جاء محمد بإطلاق الحُبُس» معناه التي كانت تفعلها الجاهلية مثل السوائب والحامي، وما أشبه ذلك فجاء رسول الله ـ صلى الله عليه ـ بإبطالها وردّها إلى أصحاب أملاكها ولا ينبغي أن يكون معنى الحديث غير هذا؛ لأن قوله: «بإطلاق الحُبُس» يقتضي حُبُسًا معهودة، والتي كانت معهودة هي هذا الحُبُس التي كانت الجاهلية يعتادونها.

فأمّا الوقوف فإنما هي شرعية ولم يعرف فعلها من أهل الجاهلية، فكيف يجيء محمد بإطلاقها؟.

وأمّا الحديث الثاني:

رواه ابن لهيعة[٣] عن أخيه عيسى[٤] بن لهيعة، وأجمع أهل العلم

---

(١) في المخطوط: «مهما»، والتصويب من سنن البيهقي.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٣، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله.

(٣) عبدالله بن لهيعة بن عقبة الحضرمي أبو عبدالرحمن المصري القاضي صدوق من السابعة خلط بعد احتراق كتبه ورواية ابن المبارك وابن وهب عنه أعدل من غيرهما وله في مسلم بعض شيء مقرون مات سنة ١٨٤هـ روى له مسلم وأبو دواد والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب ١٨٦.

(٤) عيسى بن لهيعة له ترجمة في لسان الميزان: ٤/٤٠٣.

بالرجال: أنهما ضعيفان[1] ولا تقوم بروايتهما حجة، وإنما هذا شيء روي عن شريح أيضًا[2].

وعلى أن الوقف ليس بحبسٍ عن فرائض الله؛ لأن فرائض الله تعالى توجد بعد الموت، فإذا وقف في حال الحياة، فأين الحبس عن فرائض الله؟.

وأمّا الخبر الثالث:

فرواه أبو بكر بن عبدالله بن محمد بن عمرو بن حزم، وهو لم يلق عبد الله ابن زيد فيكون مرسلًا[3] ثم يحتمل أنه كان فوّض أصل الصدقة إلى رسول الله ـ صلى الله عليه ـ فرأى ـ صلى الله عليه ـ ردّها إلى أبويه.

وأمّا الكلام من حيث المعنى:

فاعلم أن المعتمد السنة، وقد وردت موردًا لا يسع خلافها وفيها غُنية عن القياس، وإن احتج محتج به فوجه ذلك التعلق بالمساجد؛ فإن جعل الأرض مسجدًا جائز بالإجماع[4]، والوقف بمثابته؛ لأنه حبسُ أصلٍ على نفعٍ عائدٍ إلى المسلمين.

ويمكن أن يقال: إنه تحبيس أصلٍ وتسبيل ثمرةٍ مثل الوقف سواء وهذا

---

(١) قال الدارقطني بعد رواية الحديث: «لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان» ينظر: السنن: ٤/٦٨.

(٢) ينظر: سنن البيهقي: ٦/١٦٢.

(٣) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٦٢ وقال: «هذا مرسل، أبو بكر بن حزم لم يدرك عبد الله بن زيد». ا. هـ.

(٤) ينظر: المغني ٨/١٩١.

لفظ روى عن النبي ـ صلى الله عليه ـ أنه قال ذلك لعمر: حبّس الأصل وسبّل الثمرة.

وهو موجود في وقف الأراضي وبناء المساجد على وجهٍ واحدٍ؛ ولأن الصدقة الجارية بعد الموت مطلوبة من قبل الشرع بدليل قوله ـ ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلّا من ثلاث: ولد صالح، وعلم علّمه الناس، وصدقة جارية»(١)، ولا توجد صدقة جارية بعد موته إلا الوقف؛ ولأن الحاجة تدعو إلى بناء الرباطات والمدارس واتخاذ [١٦٨/أ] السقايات ووقف المقابر على الموتى وغير ذلك للسابلة والمسافرين والفقهاء من الغرباء والمجتازين على الطريق مثل ما توجد الحاجة إلى اتخاذ المساجد، فإذا لم نجوّز مع عموم الحاجة أدّى إلى حرج عظيم، والحرج مدفوع في الشرع، بل الحاجة إلى اتخاذ الرباطات في المفاوز واتخاذ السقايات في الطرقات أكثر من اتخاذ المساجد؛ لأن موضع النزول في المفاوز يعوز مالا يعوز موضع الصلاة.

وأمّا المخالف: ذهب إلى أن الوقوف مُجراة على شرط الواقف ولو كان يوجب زوال ملك الواقف بنفسها لم يجر على شرطه بعد زوال ملكه كالمسجد حتى لو شرط في المسجد أن يصلي قوم دون قوم لا يجوز.

قالوا: ولأنه ليس في لفظ الوقف ما يدل على زوال الملك، وإنما الوقف لمعنى الحبس، والحبس لا يدل على زوال الملك؛ ولأن جواز الحبس بالوقف يؤدّي إلى تعطيل الأملاك فلا يجوز، كما لا تجوز سوائب الجاهلية.

---

(١) رواه مسلم في صحيحه مع النووي ٨٥/١١ كتاب الوصية باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد موته والترمذي في سننه: ١٤٤/٦ مع العارضة، باب الوقف.

قالوا: وأمّا الحاجة التي قلتم فترتفع بفعل الوقوف على جهة الوصية وعندنا يجوز ذلك؛ وهذا لأنه على جهة الوصية مالا يلزم منجزًا في حال الحياة.

ألا ترى أن التبرع بالمنافع لا يلزم في حال الحياة ويلزم بعد الموت وتجوز الوصية بثمرة البستان ونتاج المواشي بعد الموت ولا يجوز في حال الحياة.

قالوا: وأمّا المسجد فاتخاذ الأرض مسجدًا إبطال الملك فيها فهو كتحرير العبد فيجوز مثله، ومسألتنا بعيدة عن هذا؛ لأن الوقف لا يتضمن إبطال الملك في الموقوف فيكون الوقف في المعنى تمليك مجهولٍ من مجهولٍ أو معدومٍ من معدومٍ.

۞ الجواب:

أمّا التمسك بالسنة مانع من التعلق بهذه الكلمات؛ وهذا لأن المعاني إذا كانت تَرُدّ النصوص وَخَرَجَتْ عليها كانت باطلة مردودة، وعلى أن في هذه المعاني ليس لهم كثير تعلق.

أمّا إجراء الوقف على شرط الواقف فليس ذلك بدليل على فساد الوقف بدليل ما لو أخرجه مخرج الوصية ويجري على شرطه، وعلى أن ليس في إجرائه على شرطه إلّا إثبات نوع ولاية له في الوقف.

ومثل هذا جائز في الشرع، كما ثبت للمضحي من الولاية في الأضحية منعًا وإعطاءً وادخارًا وَقِرًى وغير ذلك، وإن كانت الأضحية توجب زوال

الملك، وكذلك وجوب الزكاة يقتضي إستحقاق إزالة الملك، ومع ذلك ثبت له نوع ولاية فيها بتعيين المحال من الأصناف الثمانية؛ ولأن عندنا إنما تجوز شروطه ما كانت مقرونة بأصل الوقف، والأراضي عند الوقف على ملكه فتكون شروطه فيها تصرفًا فيما يملكه فلم يمنع منه حتى لو وقف مطلقًا وجوّزنا لم يجز بعد ذلك منه شرط فيه ليجري عليه.

وأمّا قولهم: «إن لفظ الوقف لا يدل على زوال الملك».

قلنا: يتضمنه اقتضاءً وإن كان نصه لا يدل عليه.

ومعنى قولنا: «إنه تضمنه على طريق الاقتضاء»؛ لأن صرف منافع الوقف إلى جهات معلومة بقصد القربة يقتضي زوال ملكه عن الأصل وإنفاقه على تلك الجهات؛ لأنها إذا بقيت على ملكه تكون المنافع له فلا تنصرف إلى تلك الجهات فاقتضى الوقف زوال الملك ليصح الوقف».

وأمّا قولهم: «إن جواز الوقف يتضمن تعطيل الأملاك».

فليس كذلك؛ لأن تعطيل الأملاك إنما يتحقق إذا لم يكن في الوقف غرض وفائدة مثل ما كان يفعله أهل الجاهلية، فأما إذا كان حبس الأصل لفائدة إجراء الصدقة في المنافع والفوائد الحاصلة من هذا الأصل فإنه لا يكون تعطيلًا للملك ولم يكن له شبه بسوائب الجاهلية.

وأمّا الإلزام بالوقف على جهة الوصية فإلزام متوجه.

وقولهم: «قد يلزم بعد الموت ما لا يلزم في حال الحياة».

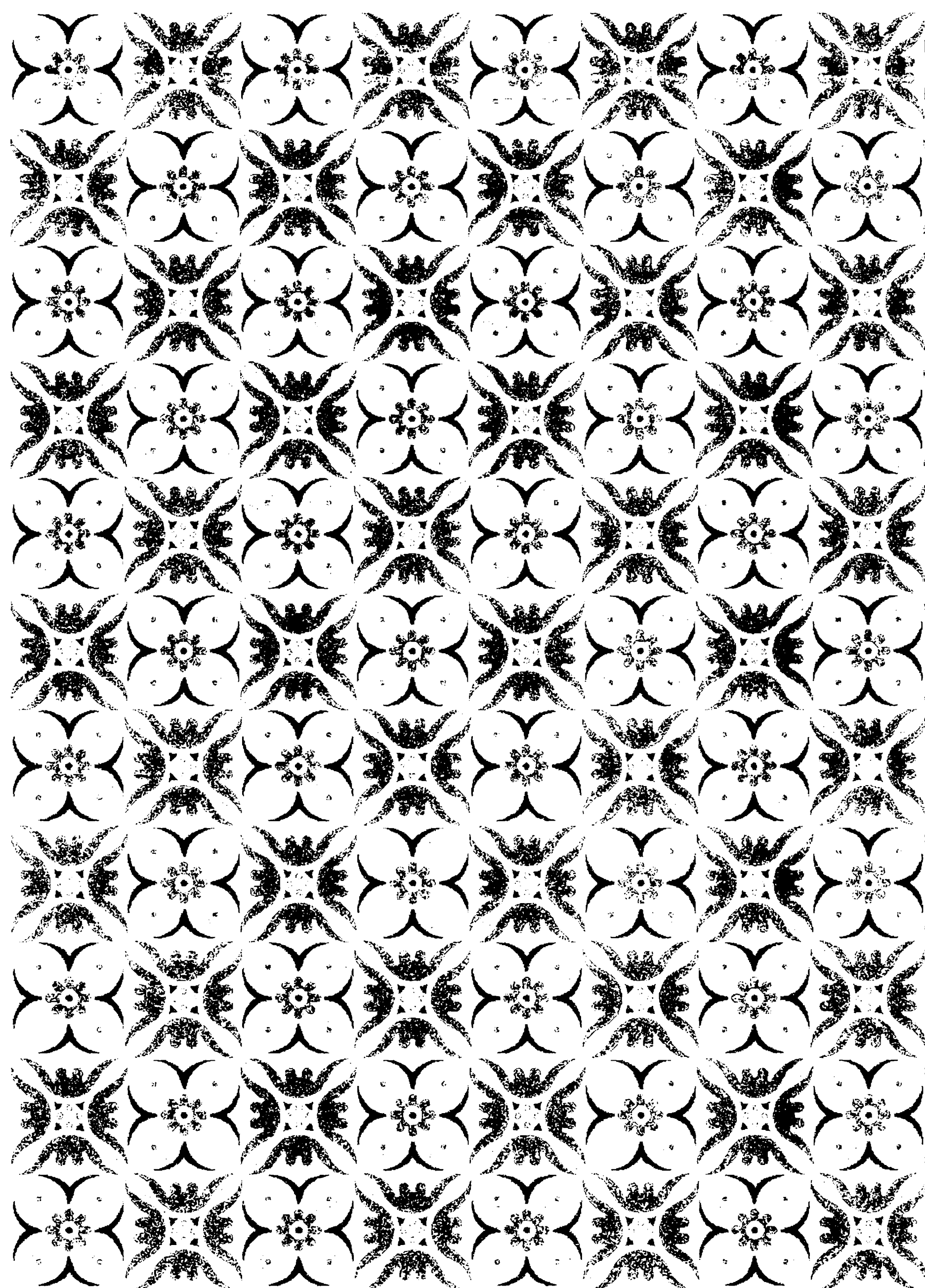
قلنا: الأصل في الوقف إزالة الملك عن هذا الأصل وإرصاد منافعه

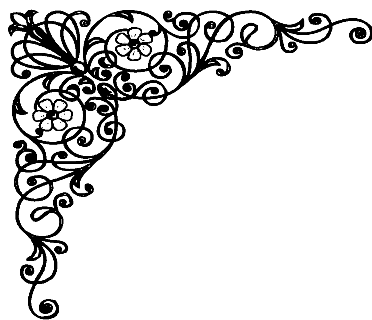
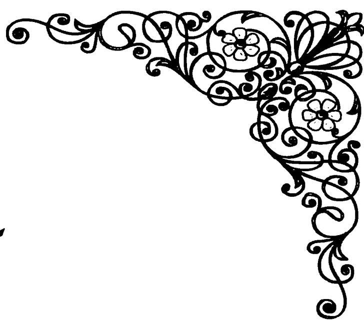
لجهة من الجهات تُصرف إليها، وهذا الإرصاد تبع لزوال الملك، وإزالة الملك عن الأصول لغرضٍ صحيحٍ يستوي فيها حال الحياة، وحال الوفاة بدليل اتخاذ المسجد وعتق العبد وغير ذلك على ما سبق.

هذا نهاية الإمكان، والمعتمد السنة التي ذكرناها.

والله تعالى أعلم بالصواب





كتَابُ الهبة

※ (مَسْأَلَة): [١٦٨/ب]

الملك الواقع بالهبة ملك لازم لا رجوع فيه للواهب إلّا في الأب يهب لولده[(١)].

وعندهم: الملك الواقع به غير لازم، وإنما يلزم بعارض دليل فإذا وهب شيئًا لأجنبي فله أن يرجع فيها ما لم يعوّض وإن وهب لذي رحم محرم فلا رجوع له، وكذلك إذا وهب أحد الزوجين لصاحبه[(٢)].

لنا:

حديث عمرو بن شعيب عن طاووس عن ابن عباس، وابن عمر عن النبي عليه السلام أنه قال: «لا يحل للرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة ويرجع منها إلّا الوالد فيما يهب لولده»[(٣)]. وهذا نص في المسألتين.

---

(١) الأم: ٢٨٣/٣، ٢٨٤، مختصر المزني مع الأم: ١٢٢/٣، المهذب: ٥٨٣/١، النكت: ورقة ١٨٣/ب، ١٨٤/أ، روضة الطالبين: ٣٧٩/٥، معالم السنن: ٨٠٩/٣، وبه قال الحنابلة. ينظر: المغني: ٢٧٧/٨.

(٢) الأسرار: ١٩٠/١/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٣٨، ١٣٩، مختصر القدوري مع الجوهرة: ٤٢٣/١ ـ ٤٢٥، المبسوط: ٥٣/١٢، رؤوس المسائل: ٥٥٠ إيثار الإنصاف: ٢٨٢.

(٣) رواه الترمذي في سننه: ٢٦٤/٨ مع العارضة وقال: حديث حسن، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، وأبو داود في سننه: ٨٠٨/٣ مع المعالم، باب الرجوع في الهبة،=




قالوا: رواه حسين المعلم عن عمرو بن شعيب وقد كان مدلّسًا.

قلنا: قد وثقه يحيى بن معين[1]، والتدليس إذا لم يكن في عامة روايات الرجل لا يقدح في روايته.

قالوا: روى هذا الخبر ابن جريج عن الحسن[2] بن مسلم عن طاووس مرسلًا[3].

وهذا هو الأصح، والمرسل لا يكون حجة.

قلنا: رواه مسندًا أبو داود في سننه[4]، وما يرونه حجة.

فإن قيل: يحمل الخبر على الكراهية، وعندنا يكره للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد عند الحاجة لا يكره له ذلك فقد قلنا بموجب الخبر.

❁ **والجواب:**

أن ظاهر النهي للتحريم إلّا أن يقوم دليل، فأما استثناء الوالد فلا يستقيم عندهم بحال في المحل الذي ورد فيه الحديث؛ لأن الاستثناء في الرجوع،

= وابن ماجه في سننه: ٢/٧٩٥، باب مَنْ أعطى ولده ثم رجع فيه، والإمام أحمد في المسند: ٢/٧٨، والدارقطني في سننه: ٣/٤٢، ٤٣.

(١) ينظر: تهذيب التهذيب: ٢/٣٣٨، سنن الدارقطني: ٣/٤٢.

(٢) الحسن بن مسلم نيّاق المكي، ثقة، من الخامسة، ومات قديمًا بعد المئة بقليل، روى له البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجة.
ينظر: التقريب: ٧٢.

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه: ٩/١١٠، والدارقطني في سننه: ٣/٤٣.

(٤) سنن أبي داود: ٣/٨٠٨، ٨٠٩ مع المعالم.

وإذا وجدت الحاجة فلا رجوع إنما هو أخذ ماله بسبب الحاجة بقيام الدليل عليه مثل ما يأخذ سائر أمواله إذا احتاج إليها، ونحتج في جانب الوالد على الخصوص بحديث الزهري عن حميد[1] بن عبد الرحمن عن النعمان بن بشير أن أباه نحله غلامًا له، فأتى النبي ـ صلى الله عليه ـ يشهده عليه فقال: أكل ولدك نحلت هذا؟ قال: لا، قال: فاردده».

وفي رواية: «فارتجعه»[2]، وفي رواية: «فرد أبي تلك الصدقة»[3].

فإن قالوا: «يحتمل أنه لم يكن سَلَّم إليه».

قلنا: هذا لا يصح؛ لأن النعمان بن بشير كان صغيرًا في زمان النبي ـ صلى الله عليه ـ وقيل: إنه كان ابن عشر سنين عند وفاة النبي - عليه السلام - وعندكم مَنْ وهب لابنه الصغير شيئًا يصير مسلّمًا إليه بنفس العقد؛ ولأنه قال: «فارتجعه». والارتجاع: يكون بعد التسليم.

والمعنى: أن الهبة عقد تمليك فإذا تمّ به الملك لم يجز للمالك الرجوع فيه بنفسه.

---

(١) حميد بن عبد الرحمن بن عوف الزهري أبو إبراهيم ويقال: أبو عبد الرحمن ويقال: أبو عثمان المدني، ثقة، مات سنة ٩٥هـ، وسنّه (٧٣) سنة، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: تهذيب التهذيب: ٤٥/٣.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٢١١/٥، مع الفتح، باب الإشهاد على الهبة.
ومسلم في صحيحه: ٦٥/١١، ٦٦ مع النووي، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة.
وأبو داود في سننه: ٨١١/٣، ٨١٢، مع المعالم، باب في الرجل يفضل بعض ولده في النحل.
والإمام أحمد في مسنده: ٢٦٨/٤، والدارقطني في سننه: ٤٢/٣.

(٣) في صحيح البخاري قال: «فرجع فردّ عطيته» ٢١١/٥ مع الفتح.

دليله: البيع.

والفقه: أن العقد إذا تم مفيدًا لحكمه فلا يجوز لأحد المتعاقدين فسخه ونقضه إلّا بسببٍ جديدٍ ولا سبب سوى العقد، والعقد لا يكون سببًا لنقضه؛ لأن الشيء لا يوجب ضده؛ ولأن الرجوع ردّ ملك الموهوب له، وردّ ملك الموهوب له تصرف عليه ولا ولاية له عليه حتى يتصرف في رد ملكه.

وقد قال بعض أصحابنا: «إن الملك بالهبة شبيه الملك بالمواريث فلا يرد».

وليس هذا بشيء؛ لأن الملك بالميراث يثبت شرعًا فلا يقبل الردّ، والملك في مسألتنا يثبت بالعقد، والعقد يقبل الفسخ؛ لأن ما يعقد يُحلّ، ولهذا لو تراضيا على فسخه ورد الملك إلى الواهب جاز.

وأمّا رجوع الوالد فيحال به على النص هذا هو الصحيح، وليس فيه معنى يمكن الاعتماد عليه.

والذي قالوا: إنه وهب كسبه لكسبه.

«فليس تحته معنىً ولو كان كذلك لم يجز العقد أصلًا، كما لو وهب لغلامه شيئًا».

والذي قالوا: «إن للوالد حقًا في مال ولده».

فليس فيه دليل أيضًا على جواز الرجوع؛ لأن ذلك الحق إن ثبت لا يظهر عمله إلّا في موضع خاص وهو جواز الاستيلاد فأما في غيره من الأحكام فلا عمل له فيه أصلًا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: روى أبو هريرة أن النبي ـ صلى الله عليه ـ قال: (الواهب أحق بهبته ما لم يُثبْ منها)[1].

قالوا: وقوله: «أحق» يقتضي ثبوت حق للموهوب له وثبوت حق للواهب ثم تقديم حق الواهب على الموهوب له، وذلك لا يكون إلا بعد أن يهب ويسلّم.

قالوا: وروي عن علي وعمر أنهما قالا: «فيمن وهب لذي رحم محرم له، لا رجوع له»[2].

وربما يسندون إلى النبي عليه السلام[3].

قالوا: ولأن المقصود تخلّف في الهبة للأجنبي إذا فات العوض وفوات المقصود يثبت حق الفسخ للعاقد إذا كان العقد يقبل الفسخ.

دليله: المشتري إذا وجد بالمبيع عيبًا، فإن السلامة لما كانت مقصودة وفاتت بوجود العيب يثبت حق الفسخ، وإنما قلنا إن المقصود تخلّف؛ لأن العوض مقصود في الهبة بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا۟ بِأَحْسَنَ مِنْهَآ أَوْ رُدُّوهَآ﴾[4]، وهذه الآية في الهبة أظهر منها في السلام، لأن الرد

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٤٤.
وابن ماجة في سننه: ٢/٧٩٨، باب مَنْ وهب هبة رجاء ثوابها.

(٢) رواه مالك في الموطأ: ٦/١١٠ مع المنتقى، باب القضاء في الهبة (عن عمر).
وذكره ابن قدامة في المغني: ٨/٢٦٤، واستدل به الدبوسي في أسراره: ١/١٩٠/أ (مراد ملا).

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٤٤، وقال: تفرد به عبد الله بن جعفر.

(٤) سورة النساء، آية: ٨٦.

للشيء يقتضي ردّ ذلك الشيء بعينه، وهذا يتصور في الهبة فأما في السلام فلا؛ لأن رد [١٦٩/أ] مقابلته بمثله لا ردّه بعينه.

وقال ﷺ: «مَنْ اصطنع عندكم معروفًا ـ يعني إليكم ـ فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تعلموا أنكم قد كافأتموه»(١)؛ ولأن المعروف بالمال يسمي قرضًا، والقرض يقتضي الجزاء وقد قال لبيد(٢):

وإذا جُوزِيت قَرْضًا فاجْزِهِ إنما يجزي الفتى ليسَ الجَمَلْ

ويقال: الأيادي قروض، وبهذا الطريق سُمّيت الصدقة قرضًا؛ لأنها تقابل بمثلها؛ ولأن في عادة عامة الناس إنما يطلب من الهبات محض الثواب، ألا ترى أن الإنسان إذا عَدّ مِنّة على الإنسان بعدّ مَنّها أعطاه إياه من المال، ثم عدم تعويضه مِنّة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن المطلوب هو التودد والتحبب واستجلاب الشكر والثناء؛ لأن هذه عادة أهل الكرم والجود، فأمّا عادة أهل البخل واللؤم فنفس المال مقصود، وكذلك يقصدون الثواب، والمعتبر عادة عامة الناس وعامّة عادتهم طلب الثواب.

وأمّا مَنْ يطلب التودد والتحبب فنادر بين الناس فلا يعتبر.

قالوا: وأمّا إذا وهب لذي رحم محرم فإنما سقط الرجوع لاتصال المقصود بالهبة وهو صلة الرحم، فصار كما لو وهب من أجنبي وعُوّض منه.

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ٢/٣١٠ مع المعالم، باب عطية من سأل بالله.

(٢) ينظر: ديوانه: ١٧٩.

قالوا: وكذلك إذا وهب أحد الزوجين لصاحبه قد اتصل به المقصود وهو طلب المودة والمحبة[(١)].

الجواب:

أما الخبر الأول: فقد رواه إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع[(٢)].

قال أبو نعيم: لا تساوي روايته فلسين[(٣)].

وقال يحيى وأبو حاتم: هو ضعيف[(٤)].

وقال أبو زرعة: يكتب حديثه ولا يحتج به[(٥)].

ورواه عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة[(٦)]، وعمرو بن دينار لم يلق[(٧)].

وأمّا الذي نقلوا عن عمر[(٨)] وعلي فلا يُعرف، وإنما رُوي مثل ما زعمه أبو حنيفة في ذوي المحارم عن عبيد الله[(٩)] بن الحسن العنبري فحسب.

---

(١) ذكر هذه الاستدلالات الدبوسي في أسراره: ١/١٩٠/أ، ب (مراد ملا).

(٢) إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع الأنصاري أبو إسحاق المدني، ضعيف من السابعة، روى له البخاري تعليقًا، وابن ماجة، ينظر: التقريب: ١٩.

(٣) ينظر: تهذيب التهذيب: ١/١٠٥.

(٤) ينظر: تهذيب التهذيب: ١/١٠٥.

(٥) المرجع السابق.

(٦) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٤٣، ٤٤.

(٧) كذا في المخطوط ولعله: «يلقه».
قال ابن حجر في تهذيب التهذيب نقلًا عن ابن أبي حاتم عن أبي زرعة إنه «لم يسمع من أبي هريرة».
ينظر: تهذيب التهذيب: ٨/٣٠.

(٨) قول عمر سبق تخريجه في أول المسألة وأما قول علي فلم أقف عليه.

(٩) عبيد الله بن الحسن العنبري البصري قاضيها، ثقة، فقيه، لكن عابوا عليه مسألة تكافؤ الأدلة،=

وقد نقل أصحابنا مثل قول الشافعي عن عمر وابن عباس وابن عمر[1].

والذي أسندوه إلى الرسول نقطع إنه باطل[2].

وقد روى قتادة عن ابن المسيب عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالعائد في قيئه».

قال همام[3]: قال قتادة: «ولا نعلم القيء إلّا حرامًا»[4].

وأمّا المعنى الذي تعلقوا به. وقولهم: «إنه عقد تخلّف عنه مقصوده».

قلنا: ليس كذلك؛ لأن الأحكام مقاصد العقود، وقد اتصل به حكمه في مسألتنا وهو الملك، وفي المبيع إذا وجد معيبًا إنما يرده باعتبار فوات جزءٍ من المبيع على ما عرف.

والمعتبر من الجواب أن الهبة غير معقود لطلب العوض إنما هي تبرع

= من السابعة، ما سنة ٦٢، وليس له عند مسلم سوى موضع واحد في الجنائز، روى له مسلم وأبو داود في الناسخ والمنسوخ، ينظر: التقريب: ٢٢٤.

(١) ذكر ذلك الشيرازي في النكت: ورقة ١٨٣/ب.

(٢) ينظر: سنن الدارقطني: ٤٣/٣، وقال بعد سياق الحديث: «لا يثبت مرفوعًا».

(٣) همام بن يحيى بن دينار العَوْذِي (بفتح المهملة وسكون الواو وكسر المعجمة)، أبو عبد الله، أو أبو بكر البصري، ثقة ـ ربما وهم ـ من السابعة، مات سنة ١٥٤هـ، روى له أصحاب الكتب الستة.

ينظر: التقريب: ٣٦٥.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٢٣٤/٥ مع الفتح، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته. ومسلم في صحيحه: ٦٤/١١ مع النووي، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة، وأبو داود سننه: ٨٠٨/٣ مع المعالم، باب الرجوع في الهبة، وابن ماجة في سننه: ٧٩٧/٢، باب الرجوع في الهبة.

بالملك على الغير أو محض إفضالٍ وإحسان مع الغير.

قالوا: العاقل لا يفعل سببًا إلّا لنفعٍ يصل إليه، فأيش نفع الواهب؟.

قلنا: الذكر الجميل، والثناء الحسن، واكتساب المودة والمحبة في قلوب الناس، واصطناع المعروف؛ وهذا لأن فعل المعروف مدعو إليه لعينه، والإفضال إلى الناس حسن في الطباع لنفسه.

ويقال لهم: اعتبار عادة الكرام أولى من اعتبار عادة الأخسّة.

وقولهم: «إن أهل الكرم قد قلّوا».

قلنا: لَمّا قلّ أهل الكرم فقد قلّت المكارم أيضًا، وأهل الفضل نادر، والإفضال نادر، فهو نادرٌ من نادرٍ، وعلى أنه كان ينبغي أن يقال: إنه إذا وَهَبَ مَنْ يعلم أنه يَقْصِدُ بهبته محض الإفضال لا يرجع، وإذا وَهَبَ مَنْ يعلم أنه يَقْصِد التعويض يرجع إذا كان التعويض مطلوبًا في العادة، والمعتاد منزلة المشروط فينبغي أن يكون حكم كل الهبات حكم الهبة بعوضٍ فيأخذ حكم البياعات.

وعندهم: أن الهبة بشرط العوض تنعقد هبة وتتم معاوضةً حتى تجب فيه الشفعة ويرد بالعيب، فاجعلوا هذا حكم جميع الهبات.

فإن قالوا: «إن هذا في العوض المصرّح به».

قلنا: المعهود عرفًا كالمصرّح به.

بدليل: مسألة نقد البلد.

فإن قالوا: إن العوض هناك معلوم، وههنا مجهول.

قلنا: فاجعلوا الهبة بعوضٍ مجهولٍ بمنزلة البيع الفاسد وَوَفّروا عليه أحكامه، فهذه وجوه معتمدة في الجواب عن طريقتهم.

وقد قال الأصحاب: إنه لو كان المقصود عرفًا معتبرًا وجب أن لا يسقط الرجوع إلّا إذا كان العوض أكثر من الموهوب؛ لأن المعتاد أنه يُوهبُ الشيء لِطَلَبَ ما هو أكثر منه، وحين سقط الرجوع بالعوض اليسير دل أن العرف ساقط. وهم يقولون على هذا إنما سقط الرجوع في الهبة التي قلتم لرضا الواهب بالسقوط حين قبل العوض اليسير...[1] ينبغي أن لا يرضى به ولا يقبله حتى لو رضى [١٦٩/ب] بشكره وثنائه عند الناس فإنه يسقط رجوعه أيضًا، أورده بعضهم.

وما قدّمناه من الأجوبه كافٍ[2].

وأمّا قولهم: «إن في هبة ذوي الأرحام اتصل بها مقصودها».

قد دخل الجواب عن هذا فيما قدمناه، وعلي أنه إذا وَهَب لجاره أو لابن عمه فإنه يرجع عندكم وإن اتصل بها المقصود من صلة الجار وابن العم.

وقد قال أبو حنيفة[3]: لو وهب لعبد أخيه يرجع، وقد اتصل به المقصود من صلة الأخ، فإن الملك يقع له.

ألا ترى أنه لو أوصى لعبد قاتله لا يجوز عندهم؛ لأن الملك واقع للقاتل.

---

(١) في المخطوط الكلمة غير واضحة.

(٢) في المخطوط: كافي.

(٣) ينظر: الأسرار ١/١٩١/أ (مراد ملا).

قالوا: إذا وهب لابنه الصغيركيف يجوز رجوعه؟ وهو يتضمن إبطال ملكه، وقد قُيِّد تصرفه بشرط النظر، ولا نظر في الرجوع.

قلنا: ولايته في أملاكه قيّدت بشرط النظر وليس الرجوع بحكم الولاية.

وإنما الرجوع مبتنى على عقدٍ عُقِدَ له يكون الرجوع موجبه، بدليل قام عليه، فليس هذا من الباب الذي ظنّوه.

والله أعلم بالصواب



※ (مَسْأَلَة):

هبة المشاع صحيحة موجبة لملك عند اتصال القبض بها سواء كانت فيما يحتمل القسمة أو فيما لا يحتمل القسمة[1].

وعندهم: توجب الملك في المشاع الذي لا يحتمل القسمة ولا توجبه في المشاع الذي يحتمل القسمة[2].

لنا:

أن الهبة عقد تمليك فصح في المشاع موجبًا لحكمه.

---

(١) الأم: ٣/٢٨٤، المهذب: ١/٥٨٣، النكت: ورقة ١٨٣/أ، روضة الطالبين: ٥/٣٧٦، معالم السنن: ٣/٨٠٩.
وبه قال الحنابلة. ينظر: المغني: ٨/٢٤٨.

(٢) الأسرار: ١/١٨٦/أ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٣٩، مختصر القدوري: ١/٤٢٠ مع الجوهرة، إيثار الإنصاف: ٢٨٠.

دليله: البيع ؛ وهذا لأنها لما كانت عقد تمليك فصحته بصدره من أهله في محله ، ومعلوم أن الواهب من أهل الهبة .

وأمّا وجود المحل: فإن الهبة لما كانت عقد تمليك فما يكون محل الملك يكون محل الهبة .

ونقول أيضًا: إن الهبة عقد شرعي مشروط بشرط ، والعقد في المشاع منعقد ، أمّا عندنا فظاهر ، وعندهم: فلأنه لو وهب نصف دار ثم قسم وسلّم فإنه يجوز ويملكه الموهوب له ، ولا يحتاج إلى تحديد الهبة ، فدل أن العقد في المشاع قد وُجِدَ وانعقد .

يبينه: أنه إذا كان هذا النصف محل العقد والعقد لا يُعنى لعينه إنما يُعنى لحكمه فوجب أن يكون محل حكمه ؛ لأنه لا يتصور أن ما لا يكون محل حكم العقد يكون محل العقد .

وأمّا الشرط فهو التسليم وقد وُجِدَ في المشاع حسب ما يوجد في المفرز .

والدليل عليه: الحسّ والعيان فإنه لو وهب منه نصف الثوب وسلّم الثوب إليه فقد حصل الجزء الشائع في قبضه قطعًا .

وأمّا من حيث الحكم: فالدليل عليه: القبض في عقود المعاوضات فإنه صحيح في المشاع مفيد حكمه ، ويلزمهم البيع الفاسد على أصلهم وصورته: لو باع شقصًا بيعًا فاسدًا من إنسانٍ وسَلّم إليه مَلَكَه عندهم وهو نظير الهبة من أصولهم ، فإن العقد بنفسه لا يفيد الملك في الموضعين ما لم يتصل به القبض ومع ذلك حكموا بالملك في الصورة المذكورة وهذا في نهاية الإلزام .

❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا بقول أبي بكر الصديق لعائشة - رضي الله عنهما - حين نحلها أوساقًا[1] من التمر بالعالية: «وأنكِ لم تكوني حُزتيه ولا قبضتيه، وإنما هو اليوم مال الوارث»[2].

قالوا: والحيازة عبارة عن القسمة؛ لأن الحيازة هي جمع الشيء في حيّز، والمشاع متفرق فبالقسمة يجمع في حيّزٍ واحدٍ.

دل أن الحيازة: عبارة عن القسمة.

ورووا أيضًا عن جماعة من الصحابة[3] أنهم قالوا: لا تصح الهبة إلّا محوزة مقبوضة.

وقد عبّروا عما قلناه وقالوا: الحيازة جمع الشيء المتفرق.

قال الشاعر:

كقابض ماءٍ لم تحُزْهُ أنامِلُه[4]

---

(١) الوسق: ستون صاعًا بصاع النبي ﷺ، والصاع: خمسة أرطال وثلث، وجمعه أوساق. ينظر: المصباح المنير مادة (وسق).

(٢) رواه الإمام مالك في الموطأ: ٦/٩٣ مع المنتقى، باب ما لا يجوز من النحل.
والبيهقي في سننه: ٦/١٧٠، ١٧٨، باب شرط القبض في الهبة، وباب ما يستدل به على أن أمره بالتسوية بينهم في العطية.

(٣) ذكر ذلك ابن قدامة في المغني عن أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم.
ينظر: المغني: ٨/٢٤٥.

(٤) البيت لضابئ بن الحارث البرجمي وصدره:
فإني وإيّاكُمْ وشوقًا إليكُمُ كقابض ماءٍ لم تسِقْهُ أنامِلُهْ
ذكره في اللسان في مادة (وسق)، وفي الخزانة للبغدادي: ٩/٣٢٧ (تُطِعْهُ أنامِلُهْ).




أيّ لا يجتمع ذلك، والقسمة جمع الأجزاء الشائعة؛ لأنها إفراز وإنما يفرز النصيبان بحيّزين، وذلك إذا اجتمعت هذ الأجزاء في هذا الحيّز وهذه الأجزاء في هذا الحيّز.

قالوا: ولأن الهبة لا توجب الملك إلّا بقبضٍ وهو بمنزلة القبول في باب الشراء، وتمام القبض في مشاعٍ يحتمل القسمة بالقسمة فلا يقع الملك قبلها لعدم تمام الملك، كما إذا لم يتم القبول في البيع من المشتري لا يقع به الملك.

والدليل على أن تمام القبض بالقسمة أن القبض عبارة عن الحيازة باليد، وتمام الحيازة بالقسمة؛ لأنها كاسمها إفراز في مكانٍ ولا سبيل إلى ذلك إلّا بالاجتماع ولا اجتماع إلّا بالحيازة؛ ولأنا بيّنا أنها عبارة عن الحيازة فدل أن تمام القبض بالقسمة.

ويدل من حيث الحكم: أن مَنْ اشترى شقصًا يملك أن يطالب البائع بالقسمة قبل القبض، والأصل أن المشتري لا يطالب البائع قبل القبض إلّا بالتسليم.

ويدل عليه: أن المشتري للشقص إذا قاسم مع البائع ليس للشفيع أن ينقضه إنما لم [١٧٠/أ] ينقضها لأنها قبض، ألا ترى أنه لو كان تصرفًا آخر يبطله.

قالوا: وليس يلزم هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة؛ لأنه إذا لم يحتمل القسمة فلا قَبَضَ فيه أكثر من التخلي به شائعًا إذا لا تتصور فيه الحيازة التي قلناها فسقط ما وراءه وجعل هذا قبضًا تامًا لعذر العجز فيما سواه.




قالوا: ولا يلزم البيع الفاسد في الشقص حيث يجب الملك فيه بالتسليم؛ لأن سبب الملك هو العقد في البيع الفاسد؛ لأنه بيع وإنما القبض شرط فإذا لم يكن الملك بالقبض لم يُعتبر تمامه، وفي مسألتنا الملك واقع بالقبض؛ لأنه تبرع فاعتبر تمامه.

وقد سلكوا طريقة أخرى فقالوا: لو جوّزنا الهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة يؤدّي إلى إيجاب الضمان على المتبرع في عين ما تبرع به وهذا لا يجوز.

وَعَنَوا ضمان القسمة وقاسوا على ضمان التسليم.

وحرفهم في هذه الطريقة: أن الهبة عقد تبرع بما ليس عليه فلا يلزمه حق كان ثابتًا له قبل الهبة إلّا أن يتبرع به باختياره.

قالوا: وليس يلزم هبة النصف من الشريك؛ لأن الشيوع عندنا يمنع الملك في الهبة لمعنًى ثم أدير الحكم على الشيوع لا على ذلك المعنى كالسفر يفيد الرخصة لمعنى المشقة ثم يدار الحكم على السفر لا على المشقة.

❁ **الجواب:**

أمّا أخبار الصحابة فالمراد من لفظ «الحيازة» هو القبض، وقد وجد القبض في المشاع.

وقولهم: «إن تمام القبض لم يوجد».

لا يصح، بل وُجِدَ تامًا؛ لأن القبض شيء حسّي فإذا وُجِدَ لم يتصور نقصانه ولا الزيادة عليه كسائر الأفعال الحسّية.

وهذا لأن القبض حقيقة تحصيل الشيء في يده، والقسمة إفراز نصيبٍ من نصيبٍ وهما شيئان مختلفان حقيقة فلا يكون أحدهما بمعنى الآخر.

وقولهم: «إن القبض حيازة، والحيازة جمع الأجزاء المتفرقة».

قلنا: بلى، الحيازة جمع الشيء، ولكن هو جمع الشيء بتحصيله في يده واحتوائه عليه قبضًا، فأمّا إفراز هذا المقبوض عن شيء آخر فليس من التحصيل من اليد في شيء.

ويقال لهم: من حيث التصوير الحسّي إذا باع نصف ثوبٍ من إنسانٍ وسلّم الثوب إليه فإنا نعلم قطعًا أن الجزء المشاع قد حصل في يده، إلّا أنه مع جزء آخر لا يتميز عنه، فإذا مُيّز عن ذلك الجزء ـ القسمةُ محضُ إفرازٍ ـ فعلى أيّ وجهٍ ازداد القبض في ذلك الجزء الشائع؟ وكيف يتصور أن يكون تمييز مختلطين في يده زيادة في إثبات يده على شيء من أجزاء العين؟ فتبين أن ما قالوه كلام غير معقول.

وأمّا دليلهم على هذا من هذا الحكم: «فليس بشيء».

أمّا القسمة قبل القبض إن قلنا تمليك لا يجوز، وإن قلنا محض إفراز جاز؛ لأنه ليس في عدم القبض معنًى يمنع من الإفراز.

وأمّا مسألة الشفعة: فليس ينقض الشفيع كُلَّ تصرفٍ يفعله المشتري كالبناء عندنا، والزراعة عندكم؛ وهذا لأنه إنما ينقض من التصرفات ما يمنع حقه، والقسمة ليست بتصرفٍ يمنع حق الشفيع حتى يبطله الشفيع فيدخل على هذه الطريقة بيع الشقص بيعًا فاسدًا فإن عندهم يملك الشقص بالقبض

ولو لم يكن تامًا لم يملكه.

وقولهم: «إن الملك هناك بالعقد وههنا بالقبض».

قلنا: وفي الهبة بالعقد؛ لأن الهبة إيجاب الملك والموجب للملك عقد إيجاب الملك، والقبض يكون شرطًا لضعف العقد مثل البيع الفاسد عندهم شرط القبض فيه لإفادة الملك لضعف العقد.

وأمّا الطريقة الثانية:

قلنا: نقول بطريق المجادلة: أن القسمة باختياره للطلب، ومتى دخل اختيار مختارٍ على سببٍ قطع حكم السبب بدليل مسألة فتح القفص على الطائر على أصلهم، ثم تبطل هذه الطريقة معنًى بهبة المشاع من الشريك فإنه لا يجوز عندكم وضمان القسمة منتفٍ[1]، وعذرهم باطل؛ لأنه لو كان المعنى ما قالوه وجب أن لا تجوز الهبة في المشاع الذي لا يحتمل القسمة ويدور الحكم على الإشاعة، ويدخل القرض أيضًا على جميع ما يقولونه، فإن عندهم يصح القرض في المشاع وإن كان تبرعًا.

وصورة الإلزام هي مسألة نصوا عليها، وذلك إذا دفع ألف درهم إلى إنسانٍ ليكون نصفه قراضًا ونصفه قرضًا.

قالوا: يجوز وهو إثبات القرض في المشاع، وإذا صح في القرض فتكون الهبة مثله.

ثم الجواب فقهًا: إن الموجب للقسمة هو اختلاط الملكين ليس هو

---

(١) في المخطوط: منتفى.

نفس الملك.

فإن قالوا: إن الملك علة الاختلاط فينسب الحكم إلى علة العلة كما ذكروا في مسألة شراء [١٧٠/ب] القريب.

قلنا: نسبة الحكم إلى علة العلة يؤدّي إلى ما لا يتناهى وما من شيءٍ إلا له علة وما لا يتناهى يقطع، وعلى أن المعنى المخيل في وجوب القسمة اختلاط الملكين دون أصل الملك فيحال بالقسمة على الاختلاط لا على ما قالوه.

والله أعلم بالصواب.



❋ (مَسْأَلَةُ اللُّقَطَةِ):

جهة اللقطة بعد تعريفها سنةً جهة التملك بشرط الضمان حتى يجوز للغني والفقير جميعًا[1].

وعندهم: جهتها جهة الصدقة حتى يجوز للفقير دون الغني.

قالوا: فإذا تصدق إذا كان غنيًا أو استنفق على جهة الصدقة إذا كان فقيرًا ثم ظهر المالك خيّره بين الأجر والضمان[2].

(١) المهذب: ٥٦١/١، النكت: ورقة ١٨٠/أ، شرح النووي على مسلم: ٢٨/١٢.
وبه قال أحمد وإسحاق بن راهويه. ينظر: معالم السنن: ٣٢٩/١، شرح السنة للبغوي: ٣١٠/٨.

(٢) الأسرار: ١٨٤/١/أ (مراد ملا).

❊ لنا:

حديث مالك عن[1] ربيعة [2] عن يزيد[3] مولى المُنْبعِث عن زيد بن خالد الجهني أنه قال جاء رجل إلى النبي ـ صلى الله عليه ـ فسأله عن اللقطة فقال[4]: «اعرف عفاصها[5] ووكاءها ثم عرّفها سنة فإن جاء صاحبها وإلّا فشأنك بها»، قال: فضالّة الغنم، قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»، قال: الإبل، قال: «مالك ولها، معها سقاوها وحذاوها ترد الماء وتأكل الشجر، دعها حتى يلقاها ربها».

وفي رواية: (وإلّا فاستنفقها فإن جاء ربها فأدّها إليه).

يعني الضمان، والخبر في الصحيحين[6].

---

(١) في المخطوط (ابن) والتصويب من صحيح البخاري ومن موطأ مالك. ينظر: حاشية (٣) في ص ٢٩٢.

(٢) ربيعة بن أبي عبد الرحمن التيمي مولاهم أبو عثمان المدني المعروف بربيعة الرأي واسم أبيه فروخ، ثقة، فقيه مشهور، من الخامسة، مات سنة ١٣٢هـ، وقيل سنة ١٤٢هـ، روى له أصحاب الكتب الستة.
ينظر: التقريب: ١٠٢.

(٣) يزيد مولى المُنْبِعث بضم الميم وسكون النون، مدني صدوق، من الثالثة، روى له أصحاب الستة.
ينظر: التقريب: ٣٨٥.

(٤) في المخطوط: فقا.

(٥) عفاصها: العِفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة، أو غير ذلك.
ينظر: المصباح المنير مادة (عفص).

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٨٤ مع الفتح، باب إذا لم يوجد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لمن وجدها، ومسلم في صحيحه: ١٢/٢٠ مع النووي، كتاب اللقطة، ومالك في الموطأ: ٦/١٣٤ مع المنتقى، باب القضاء في اللقطة، وأبو داود في سننه: ٢/٣٣١ مع المعالم،=




ويدل عليه: «حديث أبيّ بن كعب أنه وجد صُرةً فيها مئة دينار فأمره النبي ﷺ أن يعرفها ثلاثة أحوال».

وفي رواية: «حولًا» فعرّفها فلم يجد صاحبها فقال: «اعرف عددها ووعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها وإلّا فاستمتع بها» ذكره البخاري في صحيحه[1].

وروى عطاء بن يسار أن عليًا وجد دينارًا فذكر ذلك للنبي ﷺ «فأمره أن يعرّفه، فلم يُعرفْ فأمره أن يأكله ثم جاء صاحبه فأمره أن يغرمه»[2].

والاستدلال بهذه الأخبار ظاهر.

أمّا الخبر الأول: قال: «فشأنك بها»، ولم يفصل بين الغني والفقير.

وأمّا الخبر الثاني: فقد كان أبيّ بن كعب من مياسير أهل المدينة[3]

= كتاب اللقطة.

والترمذي في سننه: ٦/١٣٦ مع العارضة، باب ما جاء في اللقطة، وضالة الإبل والغنم.

وابن ماجة في سننه: ٢/٨٣٧، ٨٣٨، باب ضالة الإبل والغنم.

(١) ينظر: صحيح البخاري: ٥/٧٨ مع الفتح، باب إذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه.

ومسلم في صحيحه: ١٢/٢٦ مع النووي، كتاب اللقطة، وأبو داود في سننه: ٢/٣٢٩ مع المعالم، كتاب اللقطة، والترمذي في سننه: ٦/١٤١، باب ما جاء في اللقطة، وضالة الإبل والغنم.

وابن ماجة في سننه: ٢/٨٣٨، وأحمد في المسند: ٥/١٢٦، ١٢٧، ١٤٣.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٨٧، كتاب اللقطة.

وأبو داود في سننه: ٢/٣٣٧، ٣٣٨ مع المعالم عن عبد الله بن مقسم عن رجل عن أبي سعيد الخدري، وذكره الخطابي في المعالم: ١/٣٣١.

(٣) قاله الخطابي في المعالم: ١/٣٢٩.

وأكاسرهم قاله الشافعي.

وأمّا الخبر الثالث: فلأن عليًا كان من بني هاشم، والصدقة محرمة عليهم فلو كانت جهة اللقطة جهة الصدقة لمنعه من أكلها لا أن يُطلق له ذلك.

قالوا: أمّا الخبر الأول: فيحتمل أن ذلك وارد في حق الفقير.

وأمّا الخبر الثاني: فقد كان أبيّ بن كعب من فقراء أصحاب النبي ﷺ، روي أن أبا طلحة أراد أن يتصدق بحائط له فقال له النبي ﷺ: «تصدق على فقراء قرابتك أُبيّ وحسان»[1].

ويدل عليه: أن في بعض روايات ذلك الحديث أن النبي ﷺ قال: «أنفقها فإنك ذو حاجة».

وأمّا الخبر الثالث: فقد كان علي فقيرًا، وقولكم: (إن الصدقة لا تحل لبني هاشم، قال: قد كان الصدقة تطوعًا، وصدقة التطوع تحل لبني هاشم).

وروى مثل مذهبهم عن علي[2] وابن عباس[3].

قالوا: وروى عامر[4] عن أبيه[5] عن عبد الله أنه اشترى جارية بسبع

---

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٣٧٩ مع الفتح، باب إذا وقف وأوصى لأقاربه.
ومسلم في صحيحه: ٨/٨٥ مع النووي، باب فضل النفقة والصدقة على الأقربين.

(٢) ينظر: سنن البيهقي: ٦/١٨٨، الأسرار: ١/١٨٤/ب (مراد ملا).

(٣) ذكره البغوي في شرح السنة: ٨/٣١٠، الأسرار: ١/١٨٤/ب (مراد ملا).

(٤) عامر بن شقيق بن جمرة الأسدي الكوفي، لين الحديث، من السادسة.
وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجة. ينظر: التقريب: ١٦١.

(٥) كذا في المخطوط، وفي شرح معاني الآثار (عن أبي وائل) وهو شقيق بن سلمة الأسدي=




مئة درهم فغاب صاحبها فأخرج ابن مسعود ثمنها وجعل يتصدق بها ويقول: (اللهم عن صاحبها فإن كره فلي وعلي الغرم، وهكذا يصنع باللقطة)[1].

وعن ابن عمر أنه منع من أكل اللقطة بعد التعريف[2].

قالوا: وهذا في الغني؛ لأنه جائز للفقير بالإجماع[3].

❁ **الجواب:**

أما الخبر الأول: فظاهره عام في الغني والفقير؛ ولأنه لو كان يختلف الحكم لاستفسره النبي عليه السلام.

وأمّا حديث أبيّ بن كعب فقد نقلنا عن الشافعي أنه كان من مياسير أهل المدينة.

وقد روى في رواية: «فاخلطها بمالك»، وعلى أنه وإن كان فقيرًا فلم تكن الإباحة على جهة الصدقة؛ لأن عندكم يكره أن يتصدق بنصابٍ على فقيرٍ واحدٍ دفعةً واحدةً.

وأمّا حديث علي فالحجة فيه ظاهرة.

= أبو وائل الكوفي، ثقة، مخضرم، مات في خلافة عمر بن عبد العزيز، وله مئة سنة. روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ١٤٧.

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٣٩، والشافعي في الأم: ٣/٢٩٢.

(٢) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار: ٤/١٣٩، ولفظه: «أن رجلًا سأل ابن عمر فقال: إني أصبتُ ناقة، فقال: عرّفها، فقال: عرفتُها فلم تعرف، فقال: ادفعها إلى الوالي.

(٣) ينظر: بدائع الصنائع ٨/٣٨٧٠.

وأمّا تعلقهم بما رووا عن ابن مسعود فقد روى شعيب[1] عن أبي قيس قال: سمعت هذيلًا يقول: رأيتُ عبد الله بن مسعود وأتاه رجل بِصُرّة مختومة فقال: وجدتُها، فقال: عرّفها، قال: عرّفتُها فلم أجد مَنْ يعرفها، قال: استمتع بها)[2].

وهذه الرواية أشهر من تلك الرواية، وعلى أنهم لا يقولون بتلك الرواية؛ لأنهم لا يأمرون المشتري بالتصدق بالثمن عن البائع عند غيبته. وروي مثل مذهبنا عن عمر[3] وعائشة[4] وعمر[5] أيضًا.

هذا وجه الكلام من حيث الأخبار في هذه المسألة ذكرتُه على الاختصار وهي معتمدة.

وأمّا المعنى [١٧١/أ] فنقول: مَنْ جاز له الالتقاط جاز له إنفاقها بعد التعريف.

دليله: الفقير.

وفقه المسألة: أن اللقطة مال للغائب في يده، وحق الغائب في ماله هو الحفظ، والحفظ له طريقان:

إمساك عين المال، أو التملك بشرط الضمان ليصير ملكه محفوظًا له

---

(١) كذا في المخطوط، وفي سنن البيهقي (شعبة): ٦/١٨٧.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٦/١٨٧، ١٨٨.
والشافعي في الأم: ٣/٢٩٢. وفيه (دخل عليّ ابن قيس قال: سمعت هذيلًا...)

(٣) ذكرهما البغوي في شرح الشنة: ٨/٣١٠.

(٤) ذكرهما البغوي في شرح الشنة: ٨/٣١٠.

(٥) كذا في المخطوط ولعله: (ابن عمر).

مثله في ذمته فيثبت حفظ معنى المال وإن فات حفظ عين المال.

فهذا حق الغائب في ماله فيخيّر بينهما بولاية الشرع.

فأمّا التصدق فيتضمن تفويت حقه؛ لأن الصدقة ليست بجهة الضمان، ومتى دخل الضمان في الصدقة خرج من جهة الصدقة فأدّى ما قالوه إلى تفويت حق الغائب وذلك لا يجوز.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: مَنْ لا تحل له الصدقة لا تحل له اللقطة.

دليله: غنيّ آخر(١) إذا أعطاه لا بجهة الصدقة.

وأمّا فقههم في المسألة هو: أن النظر للمالك واجب وجهة الصدقة أجمع للنظر وأنفع للمالك من جهة التملك؛ لأن كل النظر في إيصال اللقطة إلى مالكها ولا وصول في التملك بجهة الضمان أصلًا.

وأمّا الصدقة ففيها إيصال اللقطة إلى مالكها معنًى وإن فات عينًا، فإن جهة الصدقة جهة الأجر، ومتى وصل الأجر إلى المالك فقد وجد وصول المال إلى مالكه معنًى وإن لم يصل عينًا.

يبينه: أن هذه الجهة أقرب إلى رضا المالك من الجهة التي قلتم؛ لأن المالك إذا طُلِبَ سنة ولم يوجد والظاهر أنه لا يوجد من بعد فيكون الأقرب إلى رضاه هو التصدق عنه فإن الإنسان يطلب وصول عين ماله إليه، فإذا عرف أنه لا يصل يطلب وصول أجره إليه حتى لا يفوته الكل.

---

(١) في المخطوط: آخرا.

وأمّا التملك بالضمان فيبعد عن رضاه؛ لأن رضاه هو بالإمساك عين ماله عليه أو لوصول أجرٍ من هذه الجهة إليه، فأمّا بأن يجعل عين ماله دينًا في ذمته وذمة إنسان فلا غرض له في ذلك.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن الأصل حفظ مال الغائب عليه قال: «بلى، ولكن قد جاز ههنا غير الحفظ فإن الحفظ غير معين وكان ينبغي على ما قلتم أن لا يجوز إلّا الحفظ ومع ذلك جاز غيره بنوع نظرٍ للمالك فعندكم التملك بالضمان، وعندنا: بالتصدق، فينظر: إلى أن النظر للمالك في أيّهما أكثر فيقدمه ويعمل عليه وقد وجدنا أن النظر في التصدق أكثر وأجمع فيكون أولى على ما سبق بيانه.

قالوا: وأمّا قولكم: «إن جهة التصدق ليست بجهة الضمان».

قال: بلى: ولكن عدلنا في هذا الأصل في هذا الموضع نظرًا للمالك؛ لأن النظر للمالك لا يكون إلّا بجهة الصدقة وفي إثباتها بلا ضمان على المتصدق إضرار بالمالك؛ لأنه ربما لا يرغب في الصدقة، فقلنا: إن الصدقة تقع منجزة في الحال حتى يملك المتصدق عليه، وفي حق المالك تكون موقوفة حتى إن أجاز تقع عنه وإن لم يجز تقع عن الملتقط ويكون له ضمان ماله.

فهذا غاية ما يمكن إثباته على جهة النظر.

وأمّا التملك بالضمان ففيه نظر من وجهٍ لا من وجهٍ فكان ما قلناه أولى.

۞ الجواب:

أمّا التحرير: فليس بشيء؛ لأن أمر اللقطة غير، وأمر الصدقة غير،

فيجوز أن لا يتفق محلها.

أمّا الفقه الذي قالوه:

قلنا: لو كان في الصدقة إيصال اللقطة إلى مالكها وجب أن يتعين ذلك ولا يجوز الإمساك أصلًا ؛ لأن في التصدق إيصالًا ، وفي الحفظ ترك الإيصال فوجب أن لا يجوز ترك الإيصال مع إمكان الإيصال.

قالوا: بلى فيه إيصال معنًى لا عينًا ويجوز الإمساك ليتوصل إليه عينًا.

قلنا: الإيصال في الحال لا يجوز تركه لأمرٍ موهومٍ، ثم نقول إيصال الأجر على الوجه الذي قلتم إنما يوجد إذا وقعت الصدقة عن مالك اللقطة، ومن أين قلتم تقع الصدقة عن مالكها ولا ولاية للملتقط عليه؟.

فإن قالوا: يثبت ذلك بولاية الشرع.

قلنا: وأين تولية الشرع إياه ذلك؟.

فإن قالوا: أين تولية الشرع إياه في التملّك الذي قلتم؟.

قلنا: التملّك بالضمان في مال الغير فقد وجدنا له نظيرًا في الشرع وهو التملّك بالشفعة، والتملّك بالاستيلاد والتملّك من المضطر إلى طعام الغير.

فأمّا ولاية التصدق بمال الغير عن الغير فلا نظير له أصلًا ؛ ولأنه لا يخلو: إمّا أن تكون الصدقة من الملتقط أو صاحب اللقطة، فإن كان من الملتقط بطل الوصول الذي قالوه، وإن كان من صاحب اللقطة فينبغي ألا يجب الضمان ؛ لأن التصدق بشرط الضمان لا يجوز بحال.




وقولهم: «إنا فعلنا ذلك بخلاف القياس»[(١)]؛ لأنه بجهة النظر.

قلنا: قد بينا أنه لينظر: فيما قالوه [١٧١/ب] وإنما النظر فيما قلناه، وعلى أنا لا يجوز ارتكاب ما يخالف أصول الشرع لتوهم نظر، فإن النظر كله فيما وافق أصول الشرع لا فيما يخالفها.

وأمّا قولهم: «ينبغي أن يتعين الإمساك ولا يجوز التملّك أصلًا كما في الوديعة للغائب».

قلنا: إنما جاز التملّك ليكون ترغيبًا من الشرع في أخذ الأموال الضائعة، فإن اللقطة على الطريق مال ضائع، وهي عرضة للأيدي ويصل إليها الطالح والصالح، وأخذُها التزام عهدة فربما يصل إليها صالح فلا يرغب في أخذها لما فيه من التزام عهدة ثقيلة فإذا لم يأخذه وتركها وصل إليها طالح فاسق فيأخذها ويفوز بها ويهلك مال هذا الإنسان عليه فالشرع، أثبت للملتقط ولاية التملّك بالضمان ترغيبًا له في أخذها؛ ليكون له شبه الجعل على هذه الحسنة، وهذا لا يوجد في الوديعة؛ لأنه قد التزم حفظها بلا شيء وأدخل نفسه في عهدتها باختياره فلا حاجة إلى ترغيبٍ وتطميعٍ.

فإن قالوا: «المثوبة كافية للترغيب في الأخذ».

قلنا: ليس بكافٍ[(٢)] بل لابد من نفعٍ عاجلٍ لينضم إلى الثواب الآجل فيرغب في الأخذ، وهذا كردّ الآبق على أصلكم هو نوع حسنة وفيه ثواب

---

(١) قال في الأسرار: وكان القياس أن يضمن إذا تصدق بمال الغير بغير إذنٍ ولا تنفذ الصدقة فصار النفاذ بخلاف القياس؛ لأن النظر فيه فصار وليًا في حق النفاذ...» اهـ. ١/١٨٥/أ (مراد ملا).

(٢) في المخطوط: بكافي.

عظيم ولكن لم يكتف به، بل أوجبتُم الجعلَ له لينضم النفع العاجل إلى الثواب الآجل فيرغب في الرد.

فإن قالوا: عندكم لا يجب له الجعل برد الآبق، فلا يستقيم هذا المقال على أصلكم.

قلنا: نحن اعتمدنا على الأخبار في المسألة ثم وجدنا ما تضمنه الخبر منقاسًا على معاني الشرع، فقلنا بذلك، وقدمناه على ما سواه.

وأمّا الذي قلتم فهو محض قياس على خلاف أصول الشرع فوجب تركه وطرحه.

والله أعلم بالصواب



❊ (مَسْألة):

الصبي إذا أسلم لا يصح إسلامه وإن عقل عقل مثله[1].

وعندهم: يصح إسلامه[2].

---

(١) الأم: ٤/٢٠٢، المهذب: ٢/٣٠٧، وقال الشيرازي (في ظاهر المذهب)، النكت: ورقة ١٨١/ب، الحاوي: ٨/٤٦، وقال في الحاوي: «وهو الظاهر من مذهب الشافعي».
وأورد هذه المسألة الشيرازي في نكته في كتاب اللقيط».
وقال في المهذب: «وإن وصف الإسلام صبي عاقل من أولاد الكفار لم يصح إسلامه على ظاهر المذهب»، فمن هذا يظهر أن المقصود بالمسألة فيما إذا أسلم وأبواه كافران.

(٢) وهو الوجه الثاني عند الشافعية. ينظر: المهذب: ٢/٣٠٧، الحاوي: ٨/٤٦.
مختصر الطحاوي: ٢٦٠، البدائع: ٩/٤٣١٥، رؤوس المسائل: ٣٥٩، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف: ٢٤٨.

وقال بعض أصحابنا[1]: يصح إسلامه في أحكام الآخرة، ولا يصح في أحكام الدنيا، وليس بشيء.

فنقدم أولًا طريقة جدلية، ونتكلم أن لا يحكم بإسلامه مثل ما يحكم بإسلام البالغ إذا أتى بالشهادتين فنقول:

لم يعرف إسلامه فلا يحكم بإسلامه.

دليله: سائر الكفار، وإنما قلنا لم نعرف إسلامه؛ لأن الاعتقاد لابد منه في الإسلام بل هو الأصل، ونحن وإن سمعنا الشهادتين من الصبي فلا نعرف اعتقاده، وإذا لم نعرف اعتقاده لم نعرف إسلامه.

فإن قالوا: «نعلم اعتقاده بإخباره».

قلنا: خبره محتمل والمحتمل لا يكون حجة فيجوز أنه أخبر عن اعتقاده ولا يعتقد.

قالوا: مجرد الإخبار يكفي ويحكم بوجود الاعتقاد كالبالغ؛ ولأنه إذا لم يعرف اعتقاده إلّا من قبله وجب أن يقبل خبره عن اعتقاده، وهذا كَمَنْ يعلق طلاق امرأته بطهرها أو بحيضها فأخبرت.

والجواب:

أن الأصل أن الخبر المحتمل لا يكون حجة في وجود الشيء إلّا بدليل.

ودليل الشرع قد اتصل بخبر البالغ ولم يتصل بخبر الصبي؛ وذلك لأن

---

(١) المهذب: ٢/٣٠٧.

البالغ مخاطب بالإسلام واجب عليه ذلك وإذا لم يقبل خبره تعذر عليه الإسلام، ولا يجوز أن يخاطب الله عبده بشيءٍ ولا سبيل له إلى الوصول إليه فألجأتنا الضرورة إلى قبول خبره ولا يوجد مثل هذا في الصبي؛ لأنه غير مخاطب بالإسلام فرجعنا إلى الأصل الذي عرفناه وهوأن الخبر المحتمل لا يكون حجة في وجود الأشياء وإذا لم يعرف وجو د الاعتقاد لم يحكم بالإسلام.

وكذلك في مسألة تعليق الطلاق بالحيض والطهر قام دليل الشرع على قبول قولها، ودليل الشرع قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[1].

قيل: هو الحيض والحبل، والنهي عن الكتمان أمر بالإظهار، والأمر بالإظهار أمر بالقبول، وهذه طريقة جدلية حسنة مُغنية لمن اكتفى بها واقتصر عليها.

وإن زعموا أن أصل الإسلام واجب على الصبي.

نستدل على فساد هذه المقالة من بعد.

وأمّا المعتمد من طريق التحقيق نقول:

لو حكمنا بصحة إسلامه لحكمنا به بناءً على وجوده ولو حكمنا بوجوده حكمنا بناءً على عقله وعقله ناقص ولا وصول بالعقل الناقص إلى الإسلام.

فإن قالوا: لِمَ؟

قلنا: لأن العَقل آلة، والإسلام أكمل العقود فلا يوصل بالآلة الناقصة

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

إلى العقد الكامل ؛ لأن الوصول إلى الأشياء بقدر الآلآت ، وبهذا الطريق لم يخاطب الصبيان ؛ لأن عقولهم لما انتقصت وحالة الخطاب أكمل الأحوال ؛ لأن شرف الآدمي وكمال حاله بخطاب الشرع ، فلم يصل الصبي إلى هذا الكمال بعقل ناقص فكذلك لا يصل(١) هذا العقد الكامل بعقل ناقص.

وخرج على هذا النسوان اللاتي الشرع [١٧٢/أ] أعرض عن نقصان عقولهن إلّا في شيء مخصوص بدليل الخطاب ؛ ولأنه لا حالة لهن فوق تلك الحالة بخلاف الصبي فإن له حالة منتظرة في الكمال ، وذلك عند البلوغ فيجوز أن ينتظر ، وهذا كله لحقيقة وعليه الاعتماد في الفقه ؛ وذلك لأن دين الحق ذو شبهات كثيرة وشعب في الإشكال عظيمة وقد تحير فيه الأمم بأسرها وإلى أن يصل الواحد بعد الواحد إليه فقد ضَلّ عنه الألوف وخاب سعيُهم وتردّوا في المهاوي والمهالك التي لا منتهى لها وهذا أمر لا يخفى على أحدٍ ، وإذا كان كذلك فلا ينال إلّا بنظرٍ كاملٍ ولا يوجد النظر الكامل إلّا بعقلٍ كاملٍ ، فإذا لم يكمل العقل لم يكمل النظر ، وإذا لم يكمل النظر لم تنحل الشبهة ولا إسلام إلّا بعد انحلال الشبهة فصار الإسلام غير موجود من الصبيان أصلًا على هذا الوجه وما لا وجود له لا صحة له.

فإن قالوا: إن الكلام في صبي يُسلم عن عقيدةٍ صحيحةٍ وشبهةٍ منحلةٍ ويعرف ذلك بذكره الدلائل وإقامته الحجج وسبره البراهين ، ورُبّ صبي يُربي في ذلك على كثير من البالغين.

قلنا: الشُّبه لا يكون انحلالها بذكر الحجج وإقامة البراهين ، وكم من

(١) في المخطوط الكلمة مطموسة ، ولعل المعنى ما أثبتناه.

محاجٍّ مجادلٍ قد بلغ الغاية والشُّبه في صدره قائمة، وإنما انحلال الشُّبه بكمال النظر الذي بيناه، وكمال النظر بكمال العقل.

يبينه: أنه إذا كان انحلال الشُّبه أمرًا في الباطن لا يوقف عليه فدار وجوده على السبب الظاهر، وذلك وجود كمال العقل فإذا وجد ذلك يحكم بانحلال الشُّبه؛ وهذا لأن ما لا يوصل إليه من الأمور الباطنة ساقط عن العباد ويصير الحكم دائرًا على الظاهر المعروف، وهذا تكثر نظائره، وهو صحيح عند مَنْ تأمل فيه، ولهذا الأصل حكمنا بصحة إسلام العوام وصححناه حقيقة، وهذه طريقة معتمدة، وهو الكلام في حرف المسألة.

وللأصحاب كلام كثير، ولم أر الاعتماد عليها؛ لأن عامته تعلق بالأحكام أو بمعانٍ ضعيفة ولم يظفروا بحقيقة المسألة وقد تحرّوا الحق بجَهدهم وبجُهدهم، والله تعالى يشكر سعيهم، ولكل زمان مقال، ولكل مقال رجال، ومَنْ عرف الحق عرف أهله.

وقد تعلق عامة المشايخ بفصل الوجوب وقالوا: مَنْ لا يجب عليه الإسلام لا يصح منه الإسلام؛ وهذا لأنه لو صح لَوَجَبَ، ونقول لو صح منه لم يكن إلّا واجبًا؛ لأن الإسلام يتنوع إلى نفلٍ وفرضٍ بل لا يكون إلّا واجبًا ولا وجوب إلّا بخطاب الشرع وخطاب الشرع عنه ساقط فانتفى الوجوب وإذا انتفى الوجوب انتفت الصحة.

فإن قالوا: إنه واجب عليه بالعقل، فطريق إبطاله بالكتاب والسنة يسهل، ويقال أيضًا: إن الإسلام ذو لوازم عظيمة ومشاقّ شديدة والطبع عنه نافرة، والنفس متأبية لقبوله، والمقصود من الخطاب بالإسلام وجود الإسلام من

العباد؛ لأن الرب عزّ اسمه منزّه مقدّس عن الحظوظ ولا يوجد الإسلام إلّا بتوفر الدواعي إليه حتى إذا توفرت الدواعي إليه التزمه بلوازمها وكُلفها ومشاقّها مثل سائر الأشياء التي يتوفر الدواعي إليها، ولا يوجد توفر الدواعي إلّا بانضمام الخطاب إلى العقل ولهذا الطريق وَرَدَ الترغيب والترهيب والوعد والوعيد، وبُعثت الرسل وأُنزلت الكتب ولم يقتصر الشرع على العقل المجرد ولو وجب بالعقل المجرد لاكتفى به الشرع؛ لأن الزيادة على ما يقع به الاكتفاء سمج في العقول.

فإن قالوا: يرد السمع مؤكِّدًا لما في العقول.

قلنا: المويّد لا نهاية له، والألطاف لا غاية لها، ومالا نهاية له تقطع نهايته في بدايته، فصار عدم اكتفاء الشرع بالعقل دليلًا قاطعًا على أن الإسلام عقد شرعي ولا صحة له إلّا بإيصال الخطاب له، والخطاب ساقط عن الصبيان بدليل قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة...»[١] الخبر.

وقد قال أبو زيد[٢]:

الوجوب ثابت في حق الصبيان لكن خطاب الأداء تأخر بعذر الصبا[٣]، ولم يذكر أن الوجوب بالعقل لكن قال: وجب بوجود دلائل الإيمان ووجوب العبادات بأسبابها فوجوب الصلاة بدخول الوقت، ووجوب الزكاة بملك المال، ووجوب الصوم بوجود الشهر إلى غير هذا من الأسباب.

---

(١) تقدم تخريجه في: ٥٤٠/١ من هذا الكتاب.

(٢) ينظر: كتاب المناسك من الأسرار: ٧٢، ٧٣ بتحقيقنا.

(٣) في المخطوط: (الصبي).

كذلك وجوب الإيمان بسبب دلائله، وذلك عام في حق الكل.

يبينه: أنه بعد وجود السبب لا يعتبر إلّا وجود المحل، ومحل الوجود موجود، وقد وجد في حق الصبي مثل وجوده في [١٧٢/ب] حق البالغ؛ لأن للصبي ذمة قابلة للوجوب بدليل العُشُر وصدقة الفطر وسائر الغرامات.

قال: وأمّا تأخر خطاب الأداء بعذر الصبا[١] كتأخر خطاب الصوم في حق المسافر بعذر السفر، ويجوز تأخر الخطاب بعذرٍ كما في حق النائم والمغمى عليه، وكذلك مَنْ أراد الإسلام إذا أُكره أن لا يسلم، يجوز له تأخير الشهادتين بعذر الإكراه، وإذا كان الوجوب في حقه حاصلًا وتأخر خطاب الأداء فإذا أتى به كان بصفة الواجب مثل المسافر إذا صام، وكذلك العبد إذا حضر الجمعة.

وهذا ليس بشيء، وهو هرب من الزحف لا إلى فئةٍ.

وقد احترز من مذهب الاعتزال بترك التصريح بالإيجاب عقلًا، وجاء بما لم يقله أحد، وارتكب ما لم يسبق إليه، فإن الوجوب إمّا بالسَّمع وإمّا بالعقل، وعليه إجماع الأمة قاطبة[٢].

وأمّا نصب الجبال وخلق الأرض ورفع السماء وسائر ما يخلق الله تعالى لا يكون موجبًا لشيء.

نعم، يجوز أن يكون دليلًا عند النظر إلى أداء واجب، وإذا صرنا إلى

(١) في المخطوط: (الصبي).

(٢) ينظر: قواطع الأدلة للمؤلف ٤/٥٨٠.

ما قالوه لزمنا إيجاب الإسلام وسائر العبادات على الأطفال والمجانين، وهذا مردود بالإجماع[1] مُستهجن مُستقْبحٌ في العقول.

والحرف: أن الإيجاب ليس إلّا خطاب الأداء، وخطاب الأداء ليس إلّا الإيجاب ولا يتصوّر فرق بينهما بحالٍ.

والذي قالوا: إن بعذر الصبا يتأخر خطاب الأداء.

قلنا: فقولوا بتأخر خطاب الوجوب أيضًا.

وإن قالوا: لا خطاب في الوجوب.

قلنا: الوجوب لا يتصوّر إلّا من مُوجَبٍ عليه، كما لا يتصور الخطاب إلّا من مخاطب.

وأمّا مسألة المسافر فنحن نقول: إن خطاب الوجوب متوجه عليه لكن بعذر السفر يرخص له في تأخير الأداء، ولا رخصة في تأخير الإسلام لأحدٍ.

وفي النائم والمغمى عليه نقول: لا خطاب في حال النوم والإغماء.

وأمّا مسألة الإكراه، فهناك لا يجوز بعذرٍ ما تأخير الاعتقاد وإنما يرخص له تأخير الشهادتين، مثل ما يرخص له في إجراء كلمة الكفر على لسانه بشرط طمأنينة القلب على الإيمان.

وقد قال بعض مشايخهم:

إن نقول إن الإيمان غير واجب على الصبي لكن إذا [أتى][2] به يُوصف

---

(١) ينظر: المغني ٦/٥٩٧.

(٢) بياض في المخطوط.

بالفرضية[1]، لأنه لا يتصوّر انفصاله عنه مثل ما يقولون إذا حكم له بالإسلام تبعًا لأبويه يكون بوصف الفرضية.

ونحن نقول: إذا لم يتصوّر انفصاله عن صفة الفرضية، وليس الصبي من أهل أداء الفرض، فوجب أن لا يصح إسلامه أصلًا.

وأمّا إذا حكمنا بإسلامه تبعًا لأبويه، فالإسلام معقول من الأب، وهو فرض عليه، وإنما جعلنا الصبي مسلمًا تبعًا له والتبع لا حكم له بنفسه.

وفي مسألتنا قد صح إسلام الصبي عندكم مستقل بنفسه بصفة الفرضية ولا فرضية في حقه فلا إسلام.

فإن قالوا: عندكم يكون الصبي من أهل حصول الفرض له بدليل أنه إذا صلى في أول الوقت ثم بَلَغَ في آخره يكون مؤدّيًا للفرض حتى لا يؤمر بإعادة الصلاة بخلاف ما لو لم يكن صلى يجب عليه فعل الصلاة، ولأن عندكم هو من أهل فرض الزكاة فهلا جعلتموه من أهل فرض الإسلام.

قلنا: أمّا المسألة الأولى فنحن نقول: فعل الصلاة في أول الوقت منع الوجوب في آخره، لأنه قد أدّى وصلى وظيفة الوقت مرةً فلا تُثنى عليه الوظيفة، لأن الوقت الواحد لا يكون له إلّا وظيفة واحدة، ولا نقول انقلب فرضًا.

وأمّا الزكاة فقد وجبت بدليلها على الصبيان، وفي مسألتنا لا وجوب، بدليل ما بينا فلا صحة، لأن الصحة لا تنفك عن هذا الوصف فإذا فات

(١) في المخطوط: «الفرضية»، ولعل المثبت يستقيم به السياق.

الوصف فات الموصوف، وهذه طريقة حسنة بهذا التقدير الذي قلناه، لكن الاعتماد على الطريقة الأولى، وهي حقيقة المسألة وَسِرّها.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا أولًا:

بإسلام علي - رضي الله عنه - فإن النبي ـ صلى الله عليه ـ دعاه إلى الإسلام وهو صبي وأسلم، وحكم بصحة إسلامه حتى أجمعت الأمة في السابقين إلى الإسلام فَعَيّنوا من الرجال أبا بكر[1]، ومن النساء خديجة، ومن الصبيان عليًا ومن العبيد بلالًا، وإذا صح إسلام علي وهو صبي صح إسلام غيره من الصبيان، ويكون هو قدوة لهم مثل أبي بكر في الرجال وخديجة في النساء وبلال في العبيد، وقد افتخر علي رضي الله عنه بإسلامه وهو صبي فقال:

سبقتُكم إلى الإسلام طُرًا غلامًا ... ما بلغتُ أوان حُلمي

ذكره ابن داود[2] في كتاب الزهرة[3] ونسبه إلى علي وهو ثبت فيما ينقله من الشعر.

وأمّا المعنى:

قالوا: خبر [١٧٣/أ] صحيح عن اعتقاد صحيح، فيصح منه كالبالغ وإنما قلنا: إنه خبر صحيح، لأنه يخبر عن التوحيد بشرائطه ولاشك إنه خبر صحيح.

(١) ينظر: فتح الباري ١٧٠/٧.
(٢) في المخطوط: (أبو داود)، والتصويب من كتاب الزهرة.
(٣) ينظر: كتاب الزهرة: ٦٤٨/٢، وصاحب الكتاب هو محمد بن داود الأصبهاني.
ينظر: ديوان علي: ٦٣ (طبعة بولاق).

وقولنا: إنه عن اعتقادٍ صحيحٍ لأن اعتقاد الوحدانية صحيح عن كل ما يوجد منه.

والدليل على وجوده منه أنه أهل الاعتقاد بعقله وتمييزه، ألا ترى أنه أهل اعتقاد سائر الأشياء، كذلك يكون أهل هذا الاعتقاد.

يبينه: أن أهلية الشيء للإنسان بوجوده منه مثل سائر الأشياء المحسوسة يكون الإنسان أهلًا لها بوجودها منه.

معتمدهم: أن الإسلام وجد منه فحكم له بالصحة، لأن الصحة لا تنفصل عن وجود الإسلام، وليس كالإيمان في وقت اليأس، لأن الإسلام لم يوجد، فإن الإسلام المطلوب من العباد هو الإيمان بالغيب بدليل قوله تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يُؤْمِنُونَ بِٱلْغَيْبِ﴾[1]، فإذا لم يكن بالغيب لم يكن إيمانًا، ويكون مثل إيمان فرعون لعنه الله.

وربما يقولون: «إن الإيمان عقد لا يحتمل خلافه ولا يتصوّر تبديله ونسخه فمتى وجد من الشخص فهو الإيمان المشروع لأنه شيء واحد لا تتبدل صفته ولا تتغير حقيقته.

ثم الدليل على الوجود أن الإيمان إقرار واعتقاد، والإقرار سمعنا منه والاعتقاد قد أخبر به، وهو أهل كل واحد منهما على ما سبق فصار إيمانه وإيمان البالغ سواء بلا فضل ولا فرقان.

يبينه: أنه لما صح إخباره واعتقاده في سائر الموجودات ففي الموجود

---

(١) سورة البقرة، آية: ٣.

الأول ومُوجد الموجودات أولى.

وقد قال أبو زيد:

الإيمان فرض دائم لا يحتمل خلافه وقد وُجِدَ من الصبي فلو لم يصح شرعًا لكان يعذر الصبي، والإسلام لا يسقط بعذرٍ ولا يؤثر فيه حكم ما.

وقال أيضًا: لو لم يؤثر لكان لحجر الصبا، والإسلام لا يدخل تحت الحجر بخلاف سائر العقود.

قالوا: وخرج على هذا سائر العقود، لأنه تؤثر فيها الأعذار فيدخل تحت الحجر.

وربما يقولون: ما من عقدٍ إلّا ويحتمل خلافه فيجوز أن يوجد من الإنسان ولا تثبت له حكم الصحة بخلاف مسألتنا على ما سبق.

واعتمدوا في التعلق بالأحكام الشرعيات التي تصح مثل الصلاة، والصوم، والحج، وغيرها.

يبينه: أنه إنما صح هذه العقود منه نظرًا له، ولا نظر فوق نظر يثبت له بصحة الإسلام منه فحرّروا وقالوا: منفعة محضة لا يشوبه مضرة فصح من الصبي.

دليله: ما بينا.

يبينه: أن الحجر يثبت على الصبي نظرًا له ومرحمة ولا نظر في منع صحة الإسلام له.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الصبي قد صح إسلامه تبعًا لأبويه فلا يصح منه إسلامه بنفسه، لأنه إذا كان تبعًا لا يكون أصلًا أو كان موليًا عليه لا يكون وليًا بنفسه.

وقد منع بعضهم: صحة إسلامه تبعًا لأبويه إذا صار بحيث يصح إسلامه بنفسه. ومذهبهم التسليم، واعتذروا عنه وقالوا: إنما صح إسلامه تبعًا، ويجوز أن يكون الشيء تبعًا لغيره من وجهٍ ويكون أصلًا بنفسه من وجهٍ كالجنين تبعًا للأم في العتق ويكون أصلًا بنفسه فيه أيضًا حتى لو أُفرد بالعتق جاز.

وهذا لأنا إنما صححنا إسلامه بنفسه نظرًا له وقد كنا نظرنا له بإثبات إسلامه تبعًا لأبويه فلم يقتض إثبات نظر له من بعد إسقاط نظر سبق إثباته من قبل فقلنا يصح إسلامه بنفسه ويصير مسلمًا تبعًا لأبويه ليثبت له النظر من الوجهين، وهذا كما أنه إذا قَبِلَ الهبة بنفسه يصح، ولو قَبِلَ عنه أبوه يصح فثبت المنفعة له من وجهين، كذلك ههنا.

قالوا: وأمّا قولكم يصير موليًا عليه في الإسلام فلا يكون وليًا بنفسه.

لا نقول إنه موليّ عليه في الإسلام، لأن حقيقة الولاية من الولي أن يكون العقد من الولي للموليّ عليه، والأب لا يُسْلِم عن الصغير، وإنما يباشر الإسلام لنفسه ثم يصير الولد مسلمًا تبعًا له.

وعلى الجملة يسلّمون كونه تبعًا للأب في الإسلام، لكن لا يسلّمون ثبوت الولاية عليه فيه، وكلامهم على التبع ما سبق.

قالوا: وقد خرج على ما ذكرنا الطلاق والعتاق والأقارير وسائر عقود

المعاملات، لأن هذه العقود عقود ضرر، والصبا ينفي الضرر، لأنه سبب للنظر والمرحمة.

قالوا: وأمّا الردة إنما صحت منه وإن كانت محض ضرر، لأنه لا يمكن الحكم بنفيها، وذلك لأن الردة أمر يدور على الاعتقاد فمتى اعتقد خلاف التوحيد لم يتصوّر الحكم ببقاء التوحيد لأن الشيء لا يبقى مع ضده، ولأن الاعتقاد فعل القلب والصبي والبالغ في الأفعال واحد، بدليل الأوقات فإذا وجد منه اعتقاد الكفر لم يمكن نفيه عنه وإثبات ضده.

وأمّا سائر العقود من الطلاق والعتاق [١٧٣/ب] والأقارير فهي عقود من حيث القول فيمكن نفيها شرعًا والصبا عذر فتنتفي به.

الجواب:

أمّا تعلقهم بإسلام علي - رضي الله عنه - فقد ذكر أحمد بن حنبل في فضائل الصحابة أن عليًا أسلم وهو ابن خمس عشرة سنة[١][٢].

وفي صحيح مسلم[٣] بن الحجاج أن النبي عليه السلام (مكث بمكة خمس[٤]

(١) في المخطوط: (خمسة عشر)، والتصويب من الفضائل.

(٢) ينظر: فضائل الصحابة: ٢/٥٨٩ رقم (١٩٨).
وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه: ١١/٢٢٦، والحاكم في المستدرك: ٣/١١١، وابن عبد البر في الاستيعاب: ٣/٣٠، وخليفة بن خياط في تاريخه: ١٩٩، كلهم من طريق عبد الرزاق.

(٣) صحيح مسلم: ١٥/١٠٤ مع النووي، باب قدر عمره ﷺ وإقامته بمكة والمدينة.
قال النووي في شرحه: «قال القاضي: أي صوت الهاتف به من الملائكة ويرى الضوء أي: نور الملائكة ونور آيات الله تعالى حتى رأى الملك بعينه وشافهه بوحي الله تعالى...». ا.هـ.

(٤) في المخطوط: (خمسة عشر)، والتصويب من صحيح مسلم. ينظر: حاشية (٤).

عشرة سنة كان في سبع منها يسمع الصوت، ويرى الضوء، وفي ثمان يُوحى إليه).

وقد أسلم علي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في أول زمان الوحي وزمان الوحي ثمانيَ عشرة[1] سنة.

وعلى هذه الرواية ثمان بمكة وعشر بالمدينة، وعاش بعد النبي - عَلَيْهِ السَّلَامُ - ثلاثين سنة، وَقُتِلَ وهو ابن ثلاث وستين سنة، فيكون قد أسلم وهو ابن خمس عشرة[2] سنة قطعًا.

والشعر الذي ذكروه شعر لين ضعيف ولا يثبت عن علي ذلك[3].

وإن سلمنا أنه - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أسلم وهو صبي، ولعل التسليم أولى فنقول: يجوز أن يكون مخصوصًا بذلك، مثل ما خصّ سعد بن معاذ باهتزاز العرش له، وخصّ خزيمة بن ثابت بكونه ذا شهادتين، وحنظلة بن أبي عامر بغسل الملائكة له إلى أمثال هذا.

ويجوز أيضًا أن النبي - عَلَيْهِ السَّلَامُ - دعاه إلى الإسلام ليتخلق بأخلاق المسلمين لا أنه كان إسلامًا صحيحًا منه.

وأمّا المعنى الذي قالوه: فاعلم أن مدار المسألة على هذا الحرف وهو أن الإسلام هل وُجِدَ منه أم لا؟.

فعندنا: لم يوجد.

---

(١) في المخطوط: (ثمانية عشر).
(٢) في المخطوط: (خمسة عشر).
(٣) ذكر ذلك الشيرازي في نكته: ورقة ١٨١/ب.

وعندهم: وُجِدَ.

وقد دللنا أنه لم يوجد.

فإن قالوا: كيف يقع الاختلاف في وجود الأشياء، ومتى يتصوّر اختلاف العقلاء في الشيء هل وُجِدَ أم لا؟.

والجواب:

إنه إذا تصوّر الاختلاف ثبت الاختلاف، وقد بيّنا أنه تصوّر الاختلاف وذلك باعتبار الاعتقاد على ما سبق.

يبينه: أن الإسلام عقد شرعي والعقد الشرعي تصوّر وجوده باتصال الشرع به، واتصال الشرع بالإسلام بوجود خطاب الشرع بالإسلام، ولم يوجد خطاب الشرع في إسلام الصبي، لأنه غير مأمور به، وإذا فات اتصال خطاب الشرع به فات العقد شرعًا وهو نظير سائر العقود الشرعية، وهذا بخلاف الأفعال الحسيّة، لأن صحتها بوجودها ولم يتصور فيها الاختلاف.

والحرف: أنه إذا كان الوجود بالشرع يجوز أن يقع الاختلاف في وجود الشرع، وقد سبق الجواب عن كل ما ذكروه من المعنى.

وقولهم: «إن للصبي عذرًا وسبب الحجر، والإسلام لا تؤثر فيه الأعذار، ولا يدخل تحت الحجر».

قلنا: بلى، ولكن لا يتصوّر ابتداؤه إلّا بعد اتصال الشرع به ولم يوجد، وأيضًا بينا أنه من حيث المحسوس لم يوجد لفوات الاعتقاد.

والكلام في تأثير العذر والحجر عنه يكون بعد الوجود.

وأمّا الصلاة والصوم والحج فقد اتصل بها الشرع وهو قوله ـ عليه السلام ـ: (مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع...)[1] الخبر.

وأيضًا فإن الصلاة أفعال حسيّة، وهي أفعال الجوارح الظاهرة ولا يحتاج من عمل الباطن إلّا النيّة، وأصل العقل كافٍ[2] بمجرد النيّة، لأنه مجرد عزيمة، والعزم على فعل الشيء يكفي فيه أصل العقل.

فأمّا في مسألتنا فلابد من الاعتقاد لصحة الإسلام، وقد بينا أن اعتقاد الإسلام لم يوجد إلّا بعد النظر الكامل، والنظر الكامل لا يكون إلّا بعقلٍ كاملٍ، فقد تبين الفرق واتضح غاية الوضوح.

والله تعالى أعلم بالصواب، وهو ولي الجود والإنعام



(١) رواه أبو داود في سننه: ١/٣٣٢ مع المعالم، رقم (٤٩٤).
والترمذي في سننه: ٢/١٩٨ مع العارضة، وقال: «حديث حسن صحيح».
والدارمي في سننه: ١/٣٣٢.
(٢) في المخطوط: (كافي).

كِتَابُ الفرائض

※ (مَسْأَلَة):

مذهب زيد بن ثابت أن ذوي الرحام لا ميراث لهم وتوضع التركة في بيت المال[1].

ومذهب علي، عبد الله أن ذوي الأرحام يرثون[2]، وحكي ذلك عن عمر[3].

والأول: مذهب مالك[4]، والشافعي[5].

والثاني: هو مذهب غيرهما من أهل العلم[6]، وهو قول أبي حنيفة[7]. وفي كيفية التوريث كلام كثير، وطريقان معروفان كما يأتي في الميراث.

ومثال هذا الخلاف: مسألة الرد: فإن عند زيد الفاضل من أصحاب

---

(١) المغني: ٩/٨٢، العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/١٧، الأسرار: ١/١٦٨/ب (مراد ملا)، المبسوط: ٢٠/٢.

(٢) المغني: ٩/٨٢، العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/١٧، الأسرار: ١/١٦٨/ب (مراد ملا)، المبسوط: ٢٠/٢.

(٣) المغني: ٩/٨٢، العذب الفارض شرح عمدة الفارض: ٢/١٧.

(٤) الإشراف للبغدادي: ٢/٣٢٨.

(٥) الأم: ٤/١٠، المهذب: ٢/٣١، النكت: ورقة ١٩٥/ب، الحاوي: ٩/١٧٤.

(٦) وبه قال: معاذ بن جبل، وعمر بن عبد العزيز، وأحمد بن حنبل، وغيرهم. ينظر: المغني: ٩/٨٢.

(٧) الأسرار: ١/١٦٨/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٥٢، المبسوط: ٢/٣.

الفرائض يوضع في بيت المال ولا يرد عليهم[1].

وعند علي، وعبد الله يرد عليهم على قدر مواريثهم إلّا الزوج والزوجة فإنهما لا ردّ عليهما[2].

[١٧٤/أ] **لنا:**

أن الفرائض لا مجال للقياس فيها، لأنها مقادير ولا تُعرف قياسًا بل تُعرف توقيفًا، ولأنه تحرم به البنت ويورّث ابن ابن العم وإنْ بَعُدَ، وتحرم الجدات الأم، ويورّث ابن ابن ابن الأخ وإن بَعُدَ فإذًا لم يُعرف قياسًا بل عُرِفَ نصًا وجب اتباع موضع النص من الكتاب والسنة أو موضع الإجماع، ولم يوجد في ذوي الأرحام شيء من ذلك، والأصل أن لا استحقاق.

ويدل عليه: أن مولى العتاقة عندهم يقدم على ذوي الأرحام والولاء فرع النسب في الميراث فلا يجوز أن يقدم على أصله فلما قُدّمَ دل أنه لا ميراث لذوي الأرحام أصلًا.

وأمّا الدليل في مسألة الرد: هو أن الفرائض المقدرة لا يجوز أن يزاد عليها، لأن في الزيادة إبطال التقدير، والرد زيادة على الفرائض فلا يجوز.

يدل عليه: أنه لا يرد على الزوج والزوجة، فكذلك على سائر أصحاب الفرائض، لأن الكل أصحاب الفرائض[3] والتخريج سهل.

---

(١) الأسرار: ١/١٦٨/أ (مراد ملا)، المغني: ٩/ ٨٢، العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/ ١٧.

(٢) الأسرار: ١/١٦٨/أ (مراد ملا)، المغني: ٩/ ٨٢، العذب الفائض شرح عمدة الفارض: ٢/ ١٧.

(٣) كذا في المخطوط، ولعل الأصح أصحاب فرائض.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾[1].

والمراد به الميراث بالاتفاق.

وتعلقوا بالحديث الذي رواه أبو داود[2] في سننه من طريق علي[3] بن أبي طلحة عن راشد[4] بن سعد، عن أبي[5] عامر الهوزني عن المقدام[6] بن معدي كرب الكندي أن النبي صلى الله عليه قال: (أنا مولى مَنْ لا مولى له أرِثُ ماله وأفُكّ عانيه، والخال مولى مَنْ لا مولى له يرث ماله ويفكّ عانيه).

وروى في رواية: (والخال وارث مَنْ لا وارث له يعقل عنه ويرثه).

وذكر ابن عيسى[7] الترمذي هذا اللفظ وهو قوله: (والخال وارث مَنْ

---

(١) سورة الأنفال: آية ٧٥.

(٢) ينظر: سنن أبي دود: ٣٢٠/٣ مع المعالم، باب ميراث ذوي الأرحام.
ورواه الدارقطني في سننه: ٨٥/٤ ـ ٨٦.

(٣) في المخطوط «عن». وعلي بن أبي طلحة هو: سالم مولى بني العباس، سكن حمص، أرسل عن ابن عباس، ولم يره من السادسة، صدوق قد يخطئ، مات سنة ٤٣هـ.
روى له مسلم، وأبو داود، والنسائي، وابن ماجه. ينظر: التقريب: ٢٤٦.

(٤) راشد بن سعد المقرئ الحمصي، ثقة، كثير الإرسال، من الثالثة، مات سنة ثمان، وقيل: ثلاث عشرة.
روى له أصحاب السنن الأربعة، والبخاري في الأدب المفرد. ينظر: التقريب: ٩٩.

(٥) أبو عامر الهوزني (عبد الله بن لحي) الحمصي، ثقة، مخضرم، من الثانية.
روى له أبو داود، والنسائي، وابن ماجه. ينظر: التقريب: ١٨٦.

(٦) المقدام بن معدي يكرب عن عمرو الكندي، صحابي مشهور، نزل الشام، ومات سنة ٨٧هـ على الصحيح، وله إحدى وتسعين سنة.
روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ٣٤٦.

(٧) يقصد (أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي) فنسبه إلى أبيه.

لا وارث له) عن النبي صلى الله عليه برواية عمر وعائشة[1].

ومن جهة المعنى:

قالوا: قريب فيرث كالعَصَبة، وهذا لأن الوراثة خلافة في الملك.

قال أبو زيد[2]: إن الإرث يبتني على الولاية على الميت، بدليل أن كل سبب يقطع الولاية يقطع الإرث، ولأن الوارث يخلفه في ملكه كأنه هو لا على سبيل تجديد الملك، ولهذا ترتب العصوبة على ترتب الولاية في النكاح، وإذا كانت الوراثة مبنية على الولاية، والولاية ثابتة على الميت لذوي الأرحام بدليل أن ولاية التجهيز والصلاة والدفن إليهم عند فَقْدِ أصحاب الفرائض والعصبات فيثبت لهم الإرث بثبوت الولاية.

قال: ولا يلزم المجنون حيث يرث ولا ولاية له، لأن الولاية ثابتة للمجنون، ولكن يستوفيها له غيره فيما لا ضرر له بعجزه عن التصرف بنفسه كالنائم والمغمى عليه.

وأمّا الإرث ولاية تثبت حكمًا من غير حاجة إلى تصرفٍ فصار المفيق والمجنون فيه سواء لا فرق بينهما.

وذكر مثل هذا في مسألة الرد، وقال: على ما ادّعيناه من الزيادة على الفرض إنما يكون زيادة إذا كان بذلك السبب الذي استحق به الفرض، فأمّا إذا كان بسببٍ آخر فلا تكون زيادة على الفرض، كالزوج إذا كان ابن عم فإن

---

(١) ينظر: سنن الترمذي: ٨/٢٥٤، ٢٥٥ مع العارضة، باب ما جاء في ميراث الخال، والدارقطني في سننه: ٤/٨٥ عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) الأسرار: ١/١٦٩/أ (مراد ملا).

أخذ الباقي بكونه ابن عم لا يعد زيادة على الفرض، والسبب في الرد هو الرحم فحسب، وكذلك السبب في استحقاق ذوي الأرحام هو الرحم فحسب.

قالوا: ولهذا لم يردّ على الزوج والزوجة لفقد الرحم فلم يوجد سبب سوى الزوجية، وقد أخذ الفرض فلو رددنا يكون زيادة على الفرض الثابت بنص الكتاب.

وأمّا ههنا لا زيادة على ما سبق.

وقد قال مشايخهم: إن ذا السببين أولى من ذي السبب الواحد، ولذوي الأرحام سببان: الدّين، والقرابة، وللمسلمين سبب واحد، فيقدم ذوو[1] الأرحام عليهم بحكم الترجيح الذي لهم، وهذا كالأخ لأبٍ وأمٍّ يقدم على الأخ لأبٍ، لأنه يُدلي بسببين، والأخ لأبٍ يُدلي بسببٍ واحدٍ، كذلك ههنا.

❁ **الجواب:**

أما الآية فهي أول آية وردت في توريث الأقرباء ثم بيان ذلك بالكتاب في موضعٍ آخر لأصحاب الفرائض وبالسُّنة للعصبات.

وأمّا الخبر: فلا ينبغي أن يشتغل بالطعن فيه، وقد ذكرنا بعض ذلك في كتاب البرهان.

والتأويل الذي ذكره الأصحاب أن معناه هو السلب[2]، مثل قوله «الجوع طعام مَنْ لا طعام له، والصبر حيلة مَنْ لا حيلة له» في نهاية الضعف.

(١) في المخطوط: ذو.

(٢) الشيرازي في النكت: ورقة ١٩٦/أ، وفيه «على سبيل السلب».

وعلى أنه نصَّ على الإرث بقوله: (يرثه ويعقل عنه)، وقد قيل: إنه وَرَدَ في خالٍ مخصوص وهو أن يكون خالًا ويكون عصبة، ويتصوّر ذلك عند ارتفاع القرابة.

والدليل على هذا أنه قال: يعقل عنه، وقد اتفقوا على أنه لا يعقل الخال.

وقد قال أبو سليمان الخطابي في معالم السنن: «تأويل الخبر أنه [١٧٤/ب] طعمة أطعمها الخال عند[١] عدم الوارث لا أنه[٢] يكون للخال ميراث راتب، ولكنه لما جعله يخلف الميت فيما يصير إليه من المال سماه وارثًا على طريق المجاز»[٣].

وهذا تأويل محتمل وإن كان بعيدًا.

وفي المسألة لنا أخبار ذكرها الأصحاب وأوردها ابن اللبّان[٤] في فرائضه بإسناده إلّا أنها مراسيل، فتركتُ إيرادها وإن كانت حجة عليهم لقبولهم المراسيل والمقاطيع.

وأمّا المعنى الذي قالوه: فليس بشيء، لأن الولاية على الميت لا تتصور فإنه قد خرج عن محل الولاية عليه، وهذا لأن حقيقة الولاية استنابة شرعية في شيء يوجد سببه في حق الموليّ عليه إلّا أنه اعترض عجز فينوب

---

(١) في المخطوط «عندهم»، والتصويب من المعالم.

(٢) في المخطوط «لأنه».

(٣) ينظر: معالم السنن: ٣٢٢/٣ مع سنن أبي داود.

(٤) محمد بن عبد الله بن الحسن بن اللبان الفرضي الفقيه الشافعي، إمام عصره في الفرائض وقسمة التركات، وله في ذلك التصانيف المشهورة.
ينظر: طبقات السبكي: ١٥٤/٤ ـ ١٥٥.

عنه لعجزه كالولاية على الصغار في الأموال والأنكحة، فإن الملك للصغار ثابت وهو سبب التصرف إلّا أنه يعجز بالصغر والجنون فثبتت الولاية للاباء وغيرهم نيابة عنهم.

ومثل هذا لا يتصور في حق الميت، ولأن الإرث تملك حكمي فيعتبر بالتملك القصدي ثم التملّك قصدًا لا يكون ولاية على المتملك عليه، كذلك التملك حكمًا.

وأمّا الذي اعتبروه بالولاية في الغسل والتكفين والدفن فتلك أمور تدور على الشفقة، والأقرباء أشفق في ذلك من الأجانب فكانوا أولى وليس يعتبر الإرث بذلك بدليل أن الأقرب فالأقرب أولى بتولي ذلك، وإن كان الميراث ربما يكون للأبعد، وأمّا الذي تعلقنا به في مسألة الرد من منع الزيادة على الفرض تعلق صحيح، وقولهم: «إنه ليس بزيادةٍ، لأنه بسببٍ آخر وهو الرحم»، قلنا: الرحم للابنة[1] هو البنتية وللأخت هو الأُختية ولا يتصور فصل الرحم عن هذا في شيء، وليس للقياس فيه مجال بحالٍ وتعلق الإرث بسبب البنتية والأُختية لا يدل على تعلقه بوصف القرابة.

وأمّا كلام مشايخهم:

فَهَوسٌ، لأنا إنما نضع التركة في بيت المال على سبيل أنه مال ضائع ولا نضعه على أنه إرث للمسلمين من قبل الميت، وأمّا عندهم: فإنهم يصرفونه إلى ذوي الأرحام على جهة الإرث فكيف يتصور مع هذا وجود سببين أو وجود سببٍ واحدٍ بل سبب الإرث للأقرباء واحد، وهو قرابة على

(١) في المخطوط: للابنت.

وصفٍ مخصوصٍ وذلك وُجدَ لأصحاب الفرائض والعصبات، ولم يوجد في ذوي الأرحام على جهة الإرث فلم يرثوا به. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

مذهب عمر - رضي الله عنه - ثبوت التشريك بين الأخ لأبٍ وأمٍّ وبين الأخوة من الأم في الثلث المفروض لهم في زوجٍ وأمٍّ وأخوين لأمٍّ وأخٍ لأبٍ وأمٍّ[1].

وهذا قول مالك[2] والشافعي[3].

وعند علي - رضي الله عنه - لا تشريك ويخلص الثلث للأخوة للأمّ ويسقط الأخ لأبٍ وأمٍّ[4].

وهذا مذهب أبي حنيفة[5] وجماعة من العلماء[6].

والرواية عن زيد وابن مسعود مختلفة[7].

وعن أبي موسى الأشعري مثل مذهب علي[8].

(١) المغني: ٩/٢٤، العذب الفائض: ٣/١٠١، الحاوي: ٩/١٥٥، المبسوط: ١٩/١٥٤.

(٢) الإشراف للبغدادي: ٢/٣٣٣.

(٣) الحاوي: ٩/١٥٥، المهذب: ٢/٣٨، النكت: ورقة ١٩٧/أ.

(٤) المغني: ٩/٢٤، العذب الفائض: ١/١٠١، الحاوي: ٩/١٥٥، المبسوط: ١٩/١٥٤.

(٥) الأسرار: ١/١٦٨ (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٤٥، ١٤٦، المبسوط: ١٩/١٥٤.

(٦) منهم: أحمد بن حنبل، والشعبي، والعنبري، وشريك، ونعيم بن حماد، وأبو ثور، وابن المنذر. ينظر: المغني: ٩/٢٤، العذب الفائض: ١/١٠١، الحاوي: ٩/١٥٦.

(٧) الأسرار: ١/١٦٨ (مراد ملا)، العذب الفائض: ١/١٠١، المبسوط: ١٩/١٥٤.

(٨) المغني: ٩/٢٤، العذب الفائض: ١/١٠١، الحاوي: ٩/١٥٥، المبسوط: ١٩/١٥٤.

وعن عثمان مثل ما ذهب إليه عمر(١).

لنا:

أن الأخ لأبٍ وأمٍّ يشارك الأخوة لأمٍ في قرابة الأمّ وتفرّد بقرابة الأب فإن كانت قرابة الأب لا توجب له التقدم على الأخوة للأمِّ في الإرث فلا توجب التخلف.

والعلة أنهم استووا في سبب الاستحقاق فيستوون في الاستحقاق وهذا معنى ذكره الرجل الذي أُتي به عمر - رضي الله عنه - في هذه المسألة فلما أراد أن لا يشرك فقال: هَبْ أن أبانا كان عيرًا في الصحراء ألسنا بني أمٍّ واحدةٍ؟(٢)، فتنبّه عمر لهذا المعنى وقضى بالتشريك.

وأمّا حقيقة المسألة: هو أن الأخ لأبٍ وأمٍّ اجتمع له سبب الفرض وهو قرابة الأمّ وسبب التعصيب وهو قرابة الأب غير أن الشرع منع الجمع لاتحاد الجهة وهي الأخوة، واتحاد الشخص فلما غلب جانب الاتحاد وجد الواجب أيضًا ومُنع الجمع بين الواجبين ثم قَدَّمَ سببُ العصوبة على سبب الفرض؛ لأنه أقوى، ثم هذا التقديم إنما يوجد إذا وَرِثَ بها فإذا لم يرث بها سقط اعتبار سبب العصوبة وقد وجد سبب الفرض فيفرض له مع سائر الأخوة للأمِّ.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: الأخ للأب والأمّ عصبة فلم يفضل شيئًا عن أصحاب الفرائض

(١) المغني: ٩/٢٤، العذب الفائض: ١/١٠١، الحاوي: ٩/١٥٥، المبسوط: ١٩/١٥٤.
(٢) المبسوط: ١٩/١٥٤.

فلا يستحق شيئًا.

دليله: إذا كان بدلَ الأخ لأبٍ وأمٍ أخٌ لأبٍ.

ودليله: أنه عصبة بالإجماع(١).

يبينه: أنه إذا اجتمعت قرابة الأب والأم فالإرث بقرابة الأب دون قرابة الأمّ، ولهذا يكون عصبة، وإنما قرابة الأم مرجّحة فلا تكون سببًا للاستحقاق بحالٍ في هذا الموضع فلو استحق التشريك في مسألتنا لا يستحقه بقرابة الأمّ، وقد بينا أنها ثبتت بسبب.

وحرفهم: أنه لو كان سببًا للاستحقاق لكان يستحق الفرض بهذه القرابة والتعصيب بتلك [١٧٥/أ] القرابة كالأخ لأمٍّ إذا كان ابن عم.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن قرابة الأب تجعل كالعدم، لأنها لو جُعِلت كالمعدومة لجُعلت ليرث مع الإخوة من الأمّ، وهذا لا يجوز، ألا ترى أن المرأة إذا تركت زوجًا وأبوين وبنتًا وبنت ابن، عالت الفريضة، ويكون لبنت الابن سدس المال تكملة الثلثين فلو كان معها ابن ابن سقطت بنت الابن، ولا يجعل الابن كالعدم ليرث.

وكذلك زوج وأمّ وأخت لأب، عالت الفريضة أيضًا، فلو كان مع الأخت أخ لأبٍ أيضًا تسقط الأخت لأب، ولا يجعل الأخ لأبٍ كالمعدوم ليرث، وهذا لأن جعله كالمعدوم لابد له من دليلٍ.

قالوا: ولأنه لو كان زوج وأخوان لأمٍّ وعشرون أخوة لأب وأمٍّ، للزوج

---

(١) ينظر: العذب الفائض في شرح عمدة الفارض ٤٢/١.

النصف وللأخوين لأمٍّ الثلث، والسدس للأخوة من الأب والأمّ وإن كثروا فإذا جاز إدخال النقص عليهم جاز الإسقاط، وكان ينبغي على قياس قولكم «أن يشارك الأخوة لأبٍ وأمٍّ الأخوة لأمٍّ ثم ينفردون بالسدس».

الجواب:

أن قولهم: «عصبة».

قلنا: مسلّم في غير هذا الموضع، فأمّا في هذا الموضع فلا.

قولهم: «إن قرابة الأب هي السبب في الإرث دون قرابة الأمّ».

قلنا: بلى، في سائر المواضع، فأمّا في هذه الصورة فقد بينا وجه التوريث بقرابة الأمّ.

وأمّا قولهم: «لا يجوز أن تجعل قرابة الأب كالعدم».

قلنا: نحن لا نجعلها كالعدم، لكن لما لم يرث بها ورثناها بقرابة الأمّ بالوجه الذي سبق ذكره.

وأمّا المسألتان فليستا بنظير مسألتنا، لأن في مسألتنا قد اجتمع سببان الفرض والتعصيب، وفي المسألتين لم يوجد إلّا سبب واحد وهو سبب الفرض عند الانفراد وسبب العصوبة عند الاجتماع مع الذكر الذي هو في درجته، وإذا كان السبب واحداً لم يمكنه أن يجعله كالمعدوم، وفي مسألتنا لما كان السبب اثنين أمكن أن يجعل أحدهما كالمعدوم ويورث بالآخر.

وأمّا التعلق بالنقصان:

فليس بشيء، لأن التوريث بالعصوبة في تلك الصورة ممكن غير أن الإرث بالعصوبة تارة يستغرق جميع المال، وتارة يوجد في بعض المال.

وأمّا في مسألتنا فلا يمكن التوريث بالعصوبة فورّثنا بسبب الفرض.

والمسألة مشكلة جدًا في المعنى، والذي ذكرنا وجه الكلام وهو بالغٌ حسنٌ جدًا.

قال أبو زيد معترضًا على قول ذلك الرجل لعمر إن الأب إذا كان حمارًا فالأمّ تكون أتانًا، والولد يكون جحشًا فلا استحقاق»[1].

وهذا لا يقوله فقيه، ومَنْ اعترض بمثل هذا على تلك الصورة، فقد اعترف بقلة الفهم؛ لأن مقصود الرجل لم يكن ليجعل أباه حمارًا حقيقة حتى تكون الأمّ أتانًا، ولكن المقصود هو الحرف الذي بيّنا، وهو الإعراض عن قرابة الأب والتشريك بقرابة الأمّ، وقد كان عمر أفطن الناس ونطقت السكينةُ على لسانه ودان الحق ونزل الوحي في مواضع بموافقة قوله، فَعَرَفَ موضع الحجة وهو الذي سبق شرحه فقضى بما قدّمنا.

والله أعلم بالصواب.



(١) الأسرار: ١/١٦٨/ب (مراد ملا).

❊ (مَسْأَلَة):

الأخوة لا يسقطون بالجد عندنا[(١)]، وهو مذهب عمر[(٢)]، وعلي[(٣)]، وابن مسعود[(٤)]، وزيد[(٥)] رضي الله عنهم.

وأمّا كيفية التوريث فيها كلام كثير تذكر في المذهب، وإلى ما قلنا ذهب أكثر أهل العلم[(٦)].

وعند أبي حنيفة: يسقطون أصلًا[(٧)]، وهو قول أبي بكر الصديق[(٨)] رضي الله عنه، وبه أخذ ابن عباس[(٩)]، وعائشة[(١٠)]، وابن الزبير[(١١)] رضي الله عنهم.

---

(١) المهذب: ٢/٤٠، النكت: ورقة ١٩٦/ب، الحاوي الكبير: ٩/١٢٢.
(٢) العذب الفائض: ١/١٠٦، المغني: ٩/٦٦، سنن البيهقي: ٦/٢٤٨.
(٣) العذب الفائض: ١/١٠٦، المغني: ٩/٦٦، سنن البيهقي: ٦/٢٤٨.
(٤) المصادر السابقة.
(٥) المصادر السابقة.
(٦) منهم: مالك، والأوزاعي، وأحمد في أصح الروايتين عنه، وأبو يوسف، ومحمد.
ينظر: الحاوي: ٩/١٢٢، المبسوط: ١٩/١٨٠، الإشراف للبغدادي: ٢/٣٣٢، الأسرار: ١/١٦٩/ب، المغني: ٩/٦٦، العذب الفائض: ١/١٠٦، الإنصاف: ٧/٣٠٥، مختصر الطحاوي: ١٤٨.
(٧) الأسرار: ١/١٦٩/ب (مراد ملا)، مختصر الطحاوي: ١٤٧، المبسوط: ٩/١٨٠، وهو رواية عن الإمام أحمد. ينظر: المغني: ٩/٦٦، العذب الفائض: ١/١٠٦، الإنصاف: ٧/٣٠٥.
(٨) العذب الفائض: ١/١٠٥، الأسرار: ١/١٦٩/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١٩/١٨٠، المغني: ٩/٦٦، سنن البيهقي: ٦/٢٤٦، وذكره البخاري تعليقًا: ١٢/١٨.
(٩) العذب الفائض: ١/١٠٥، الأسرار: ١/١٦٩/ب (مراد ملا)، المغني: ٩/٦٦، سنن البيهقي: ٦/٢٤٦، المبسوط: ١٩/١٧٩.
(١٠) العذب الفائض: ١/١٠٥، الأسرار: ١/١٦٩/ب (مراد ملا)، المغني: ٩/٦٦، المبسوط: ١٩/١٧٩.
(١١) العذب الفائض: ١/١٠٥، الأسرار: ١/١٦٩/ب (مراد ملا)، المغني: ٩/٦٦، سنن البيهقي:=

❁ **لنا:**

أن الجد لو قُدِّم على الأخوة لقدِّم في العصوبة، ولأن التقديم في العصوبة بزيادة رتبة في الإدلاء بالميت، ولا زيادة للجد في هذا المعنى، لأن الجد أب الأب والأخ ابن الأب فاستويا بل لو قيل إن الإدلاء بالبنوة في العصوبة فوق الإدلاء بالأبوة كان صحيحًا، ألا ترى أن الابن يُقدِّم في العصوبة على الأب فإن لم يُحجب الجد بالأخ فلا يُحجب الأخ به.

والحرف: أنهما في القرب سواء فلم يُحجب أحدهما بالآخر كالجد لا يُحجب بالأخ.

وقد حكوا عن علي - رضي الله عنه - التشبيه بشجرة انشعب منها غصن ثم من الغصن غصن ثم من الغصن غصنان(١).

وعن زيد: التشبيه بوادٍ انفجر منه نهر ثم من النهر نهران(٢).

فالشجرة هو الجد والغصن الأول هو الأب، والغصنان هما: الأخوان، وعلى هذا في الوادي.

= ٦/٢٤٦، المبسوط: ١٩/١٧٩.

وبه قال قتادة، وأبو ثور، ونعيم بن حماد، والمزني، وابن سريج، وابن اللبان.

ينظر: المصادر السابقة، المهذب: ٢/٤٠، فتح الباري: ١٢/٢٠، الحاوي: ٩/١٢٢، المبسوط: ١٩/١٧٩.

(١) رواه البيهقي في سننه: ٦/٢٤٨.

وذكره صاحب العذب الفائض: ١/١٠٦، وابن قدامة في المغني: ٩/٦٦.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٦/٢٤٧، والدارقطني في سننه: ٤/٩٤.

وذكره صاحب العذب الفائض: ١/١٠٦، وابن قدامة في المغني: ٩/٦٦.

فالقرب بين الغصنين مثل القرب بين الغصن والشجرة، لأن القرب في الموضعين بواسطة الغصن الأول بل القرب بين الغصنين أكثر من القرب بين أحد الغصنين وساق الشجرة، لأن هناك فاصلًا بين القرب ولا فاصل ههنا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الجد أب فيسقط الأخوة كالأب [١٧٥/ب] الأدنى.

والدليل عليه: أن آدم صلوات الله عليه أب البشر باتفاق المسلمين وهو جدهم، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾[١] وهو جد.

ويدل عليه: أن النبي ـ صلى الله عليه ـ مرّ بفتيةٍ من الصحابة يتناضلون فقال: (ارموا بني إسماعيل فإن أباكم كان راميًا)[٢].

والمعتمد لهم: أن ابن الابن ابن في الاستحقاق والحجب، فإنه ينزل منزلة ابن الصلب بالإجماع[٣]، فكذلك أب الأب أب على معنى أنه نزل منزلته، وهذا لأن الاسم من الأسماء المشتركة فلا يتصوّر أن يكون ابن الابن ابنًا إلّا ويكون أب الأب أبًا لأن الابن من غير أبٍ محال، والأب من غير ابن محال، وهذا كالأخ مع الأخ.

واستدلوا من حيث الحكم: في أن الجد أب: أن ولايته تجمع المال

---

(١) سورة الحج، آية: ٧٨.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٩١/٦ مع الفتح، باب التحريض على الرمي، وابن ماجه في سننه: ٩٤١/٢، باب الرمي في سبيل الله.
والإمام أحمد في مسنده: ٣٦/١، ٥٠/٤.

(٣) ينظر: العذب الفائض في شرح عمدة الفارض ٤٢/١.

والنفس، ولأن له ولاية الاستيلاد، ولأن بينهما بعضيّة توجب العتق مثل الأب سواء.

الجواب:

أمّا قولهم: «إن الجد أب».

ترك للحقيقة، ألا ترى أنه يقال أب وليس بجدٍ، وَجَدٌّ وليس بأبٍ، وأسماء الحقائق لا تنتفي عن مسمياتها بحالٍ، ولأن الأب هو الوالد حقيقة، والجد ليس بوالدٍ حقيقة، بل هو والد الوالد والذي تمسكوا به من الظواهر فإنما سُمِّي الجد أبًا على سبيل المجاز.

وأمّا قولهم: «إن ابن الابن ابن».

قلنا: لا نسلّم، إنه ابن حقيقة، فإنه ابن الابن وليس بابن، وهذا لأن الابن وُلِدَ من الإنسان، وهذا وَلَدُ وَلَدِه، وليس بولده وإنما نزل منزلة الابن عند فقده بدليل قام عليه.

فإن قالوا: قولوا إن أب الأب ينزل منزلة الأب عند فقده.

قلنا: لا مدخل للقياس في هذا، فإن ابنة[1] الابن قامت مقام ابنة[2] الصلب عند فقدها، والجدة لا تقوم مقام الأم عند فقدها بحال.

يدل عليه: أن ابن الابن لما قام مقام ابن الصلب قام مقامه في جميع الأحكام فقولوا: إن الجد أيضًا يقوم مقام الأب في جميع الأحكام،

(١) في المخطوط: ابنت.

(٢) في المخطوط: ابنت.

وبالإجماع لم يقم.

أمّا عندنا: فظاهر.

وعندهم: لا يقوم مقامه في أربعة أحكام: فإن الولد يصير مسلمًا بإسلام أبيه ولا يصير مسلمًا بإسلام جده، والأب يجر الولاء في المسألة المعروفة بخلاف الجد، ولا يشارك الأب في نفقة ولده أحد عندهم، بخلاف الجد تشارِكه الأمّ، وتكون نفقته عليهما على قدر الميراث.

وإذا ماتت المرأة عن زوجٍ وأبوين، فيكون للزوج النصف وللأم ثلث ما تبقى، والباقي للأب، وإذا كان مكان الأب جد يكون للأم ثلث جميع المال.

فإن قالوا: «لابد من دليل معنوي في أن ابن الابن يكون ابنًا ولا يكون أب الأب أبًا».

قلنا: لا يلزمنا ذلك بعد أن وقع التفريق على المذهبين.

ويمكن أن يقال: إن نسبة الابن إلى أبيه، وكذلك نسبة ابن ابنه، وهذه نسبة لابد منها فلما كان ابن الابن يشارك الابن في النسبة إلى الأب قام مقامه وكان مكانه فيما يختص به من الأحكام، وهذا لا يوجد في جانب الأب لأنه لا يشبه، إنما هو الإيلاد، والإيلاد للولد لا لولد الولد.

فإن قالوا: «إن لم يكن لأب الأب نسبة فلابن الابن نسبة إليه».

قلنا: بلى، ولكن هذه نسبة يختص بها ابن الابن ولا توجد في الجانب الآخر.

وأمّا الأحكام التي تعلقوا بها فهي: إمّا أن تدور على الشفقة أو البعضيّة.

ونحن نُسلّم أن الجد أشفق، وله بعضيّة ليست للأخ.

فإن قالوا: قدّموه بالبعضيّة التي اختص بها.

قلنا: الميراث يدور على القرب لا على البعضيّة، وعلى أن جانب الجد وإن اختص بالبعضية فجانب الأخ اختص بقوة البنوة، والبنوة أقوى من الأبوة على ما ذكرناه، وأيضًا فإن لجانب الأخ قوة أخرى في التعصيب حتى إنه يعصّب أخته بخلاف الأب والجد، وتبين بهذا أن الشرع نَزَّله منزلة الابن.

فإن قالوا: «الفصل الأول باطل، لأن أب الجد أولى من العم بالاتفاق ولأب الجد أبوة الجد وللعم بنوة».

قلنا: بلى، ولكن العمّ بالشرع أخذ طرفًا من الشَّبه بالأجانب من حيث إنه يلد من أجنبية بخلاف الأخ.

وأمّا قياسهم على الأب:

قلنا: لِمَ قلتم إذا كان الأخوة لا يرثون مع الأب وجب أن لا يرثوا مع الجد؟.

قالوا: «لأن كل جهة قُدّمت في العصوبة على جهة فمادام يوجد في تلك الجهة مَنْ يمكن تقديمه يكون أولى وإن بعدت درجته كابن ابن الابن وإن سفل مع من أب الأب، وكابن ابن الأخ وإن سفل مع العم، وقد وجد ههنا في جهة الأبوة مَنْ أمكن تقديمه في العصوبة وإن بعدت درجته وهو الجد وإن علا، فوجب أن يقدم على الأخوة، وهذا لأن جهات العصوبة على ترتيب معلومٍ: البنوة، ثم الأبوة، ثم الأخوة، ثم العمومة، ولهذا تكون الولاية

في النكاح على هذا الترتيب».

قلنا: قد [١٧٦/أ] بيّنا أن الأبوة مفقودة في الجد، وبيّنا أن قوة الأخ كقوة الابن.

وأمّا سقوطهم بالأب، إنما كان لأنهم يُدلون به فيكونون له بمنزلة الفرع للأصل، ولو لم يسقطوا بالأب لزاحموه، والفرع لا يزاحم أصله، وهذا لا يوجد إذا كان مكان الأب جد لأنهم لا يُدلون به، إنما يُدلون بمن يُدلي هو به فساووه فجاز أن يزاحموه.

فإن قالوا: «أليس أن أولاد الأمّ يرثون مع الأمّ وإن أدلوا به؟».

قلنا: هذا الأصل في العصبات، فأما في أصحاب الفرائض فلا، وهذا لأن مَنْ له فرضٌ مقدرٌ لا مزاحمة لأحد معه.

فإن قالوا: «أليس أن الجدات لا يرثن مع الأمّ، ويسقطن بها لأنهن يُدلين بها وإن كانت صاحبة فرض؟».

قلنا: ليس السقوط لهذا لكن لأن جهة الاستحقاق واحدة، والأمّ قد استوفت فرض تلك الجهة على كمالها.

هذا الذي أوردناه في هذه المسألة غاية الإمكان، والمسألة من المعضلات.

وقد ثبت عن عمر أنه قال: «أجرأكم على الجَدّ أجرأكم على النار»(١).

ونعوذ بالله منها. والله أعلم.

---

(١) رواه سعيد بن منصور في سننه عن سعيد بن المسيب، عن عمر رضي الله عنه في القسم الأول من المجلد الثالث: ٣٣ رقم (٥٥)، باب الجد.
وذكره في العذب الفائض: ١٠٥/١.

❁ (مَسْأَلَة):

المرتد لا يرث ولا يورث[1]، ويكون ماله إذا قُتِلَ أو مات على الردة لجميع المسلمين فيئًا[2].

وعندهم: يورث، ويكون ميراثه لقرابته المسلمين[3].

وفرق أبو حنيفة بين كسب الإسلام وكسب الردّة فجعل كسب الإسلام لورثته، وكسب الردة فيئًا[4].

وأمّا أبو يوسف ومحمد بن الحسن: فسوّيا بينهما، وأثبتا الإرث في الكل[5].

---

(١) قال ابن قدامة في المغني: «لا نعلم خلافًا بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحدًا، وهذا قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم»، ٩/١٥٩، الحاوي: ٨/١٤٥.

(٢) الأم: ٤/١٣، مختصر المزني مع الحاوي: ٨/١٤٥، المهذب: ٢/٣١، النكت: ورقة ١٩٥/أ، معالم السنن: ٣/٣٢٧.
وبه قال مالك، وابن عباس، وربيعة، وأبو ثور، وابن المنذر، وهو رواية عن الإمام أحمد وهي الصحيحة في المذهب. ينظر: الإشراف للبغدادي: ٢/٣٢٨، المغني: ٩/١٦٢، شرح النووي على مسلم: ١١/٥٢.

(٣) وبه قال الأوزاعي، وإسحاق، والحسن البصري، والشعبي، وعمر بن عبد العزيز، وقد روي ذلك عن علي بن أبي طالب، وابن مسعود.
ينظر: معالم السنن: ٣/٣٢٧.
وهو الرواية الثانية للإمام أحمد، ينظر: المغني: ٩/١٦٢، الحاوي: ٨/١٤٥.

(٤) مختصر الطحاوي: ٢٦١، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٢/٨١٧، ٨١٨.
وبه قال سفيان الثوري، وزفر بن الهذيل. ينظر: معالم السنن: ٣/٣٢٧، الحاوي: ٨/١٤٥، المبسوط: ٢٠/٣٧، الأسرار: ١/١٥٥/ب (مراد ملا).

(٥) مختصر الطحاوي: ٢٦١، شرح معاني الآثار: ٣/٢٦٨، الأسرار: ١/١٥٥/ب، المبسوط:=

❖ **لنا:**

أنه كافر فلا يرثه المسلمون.

دليله: سائر الكفار، وقد دل على هذا النص الوارد في الباب، وهو قوله ﷺ: (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)(1) وهذا لأن وجود الموالاة شرط لثبوت الإرث، ودليل الشرطية أن الوراثة خلافة في الملك، ومعنى الخلافة: أنه يقوم مقام الميت وينزل منزله ويصير كأنه هو المالك المستدام ملكه، فإذا انقطعت الموالاة لم يمكن هذه الإقامة، لأنه وإن كان قريبًا نَسَبًا يكون أجنبيًا دِينًا فتعذرت الخلافة، كما لو كان أجنبيًا في النَّسب أيضًا.

وأمّا إذا اتفقا في الدين فقد جمعهما الموالاة دينًا فيكون قريبًا نَسَبًا ودِينًا فأمكن إثبات الخلافة والحكم بالإقامة.

ثم الدليل على انقطاع الموالاة بين المسلمين والكفار نص الكتاب وهو

= ٣٧/٢٠، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: ٢٨٦/٣.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٥٠/١٢ مع الفتح، باب لا يرث المسلم الكافر. ومسلم في صحيحه: ٥٢/١١ مع النووي، كتاب الفرائض.
وأبو داود في سننه: ٣٢٦/٣، ٣٢٧ مع المعالم، باب هل يرث المسمل الكافر.
والترمذي في سننه: ٢٥٧/٨ مع العارضة، باب ما جاء في إبطال الميراث بين المسلم والكافر.
وابن ماجه في سننه: ٩١٣/٢.
والدارمي في سننه: ٢٧٠/٢، ٢٧١.
والإمام مالك في الموطأ: ٢٥٠/٦ مع المنتقى، باب ميراث أهل الملل.
والإمام أحمد في المسند: ٢٠/٥، ٢٠٢، ٢٠٩.

قوله تعالى في الكافرين: ﴿بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍ﴾[1].

وقال في المؤمن: ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيۡءٍ﴾[2].

وقال تعالى: ﴿ٱلۡمُنَٰفِقُونَ وَٱلۡمُنَٰفِقَٰتُ بَعۡضُهُم مِّنۢ بَعۡضٍ﴾[3].

وقال في المؤمن: ﴿وَٱلۡمُؤۡمِنُونَ وَٱلۡمُؤۡمِنَٰتُ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٍ﴾[4].

ومعنى الموالاة: «الأخوة في الدين، وقيام بعضهم بحقوق البعض نُصرةً وذبًا عنه وتنزيلًا إياه منزلة نفسه.

وندل بعد هذا على أن ماله فيء للمسلمين فنقول: المرتد حربي مقهور في أيدينا فيكون ماله فيئًا للمسلمين.

دليله: سائر أهل الحرب، ونعتبر كسب الإسلام بكسب الردة وهو اعتبار من أصح الاعتبارات.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: روي مثل مذهبنا عن علي، وابن مسعود[5].

قالوا: ولأن لأمواله حكم الإسلام بدليل أنه لا يكون فيئًا في الحال، وإنما لم يصر فيئًا في الحال لأجل حكم الإسلام.

---

(١) سورة الأنفال، جزء من آية: ٧٣.

(٢) سورة الأنفال، جزء من آية: ٧٢.

(٣) سورة التوبة، جزء من آية: ٦٧.

(٤) سورة التوبة، جزء من آية: ٧١.

(٥) ذكرهما الطحاوي في معاني الآثار: ٣/٢٦٦، والدبوسي في أسراره: ١/١٥٦ (مراد ملا).

يدل عليه: أن لذاته حكم الإسلام بدليل أنه لا يقر على الكفر، ولأن عندكم يؤمر بقضاء الصلوات التي تفوته في حال الردة، ولأنه لو حدث ولد بين مرتدٍ وكتابية يكون له حكم الردة كما لو حدث بين مسلمٍ وكتابية، وإذا كان لنفسه حكم الإسلام، فكذلك لماله، لأن ماله تبع لنفسه.

وإذا ثبت أن له حكم الإسلام لم يكن فيئًا وإذا لم يكن فيئًا يكون لقرابته من المسلمين لوجود القرابة والوصلة الدينية. ونعني «بالوصلة الدينية» القدر الذي ثبت له به حكم الإسلام.

قالوا: وعلى هذا سقط قولكم «حربي مقهور في أيدينا»، لأنه وإن كان كذلك لكن لماله حكم الإسلام فمنع الحكم لماله بالفيء على ما سبق.

وبعضهم قال: المسلم قريب وله ولاية، لأن ولاية المسلم على الكافر ثابتة في الجملة بخلاف الكفار في حق المسلمين، لأنه لا ولاية لهم.

وإنما منعنا إرث المسلم من الكافر الأصلي بالنص، ولا يجوز أن يلحق به المرتد، لأن كفره غير مستقر به هو متزلزل فيكون ثابتًا من وجهٍ لا من وجهٍ بخلاف الكافر الأصلي فإن كفره ثابت من كل وجهٍ.

قالوا: وأمّا كسب الردة فلم يثبت له حكم الإسلام، وعلى أن عندنا يملك المرتدُ كسب الردة ملكًا موقوفًا لوقوف تصرفاته فإذا قُتِلَ على الردة أو مات عليها صار كأن لم يملك(١) وقد زال الملك عن مُلّاكها إلا ...(٢) حقه أن يوضع في بيت المال، وهذا لا [١٧٦/ب] يوجد في كسب الإسلام، لأنه

(١) الأسرار: ١/١٥٤/ب، ١٥٥/أ (مراد ملا).

(٢) الكلمة مطموسة في المخطوط، ولعلها «الأول فكان من...».

قد كان ملكه حقيقة فثبت له حكم الإسلام على ما سبق.

وقد قال بعض مشايخهم(١): إن الردة تنزل منزلة الموت، والمرتد هالك ولهذا المعنى قلنا: إنه يزيل الملك بمنزلة الموت، وإذا نُزِّل منزلة الهلاك يكون ماله لقرابته المسلمين، كما لو مات بدل الردة.

الجواب:

أنا لا نسلم ثبوت حكم الإسلام لماله، ولا نسلّم ثبوته لنفسه لأنه كافر من أكفر الكفار، فكيف يثبت له أو لماله حكم الإسلام؟.

وإنما لم نقسّم ماله على المسلمين في الحال، لأن الشرع وَرَدَ بحمله على الإسلام، والظاهر عوده، وإذا عاد جعلنا إسلامه بمنزلة المطّرد المستمر فلأجل هذا انتظرنا حاليه في العود أو الاستقرار على الكفر، ولم نجعل ماله فيئًا في الحال، وهو نظير النكاح على أصلنا على ما عرف في النكاح(٢)، وهذا كما في كسب الردة على أصلهم لا يكون فيئًا في الحال بل ينتظر ما بينا لما ذكرنا.

وأمّا قولهم «يجب عليه قضاء الصلوات التي تركها في حال الردة».

قلنا: ليس ذلك لأجل ثبوت حكم الإسلام له، بل لأجل التزامه السابق على ما ذكرنا في تلك المسألة(٣)، وهذا لأن جميع الكفار يخاطبون بالشرائع

(١) منهم أبو يوسف ومحمد. ينظر: الأسرار: ١/١٥٦/أ (مراد ملا).

(٢) وهو أن الفرقة بين الزوجين في الردة لا تقع في الحال إذا كان المرأة مدخولًا بها بل تتأجل حتى انقضاء العدة. ينظر: النكت: ورقة ٢٠٧/ب.

(٣) ينظر: مسألة: المرتد عن الإسلام يلزمه قضاء ما ترك من الصلاة: ١/٢٧٤ من هذا الكتاب.

لكن سقط عن الكافر الأصلي ما لزمه تخفيفًا، والمرتد لا يستحق التخفيف، وكذلك الحمل على الإسلام ليس لأجل ثبوت حكم الإسلام له بل لتغلّظ كفره، كما قالوا في مشركي العرب: يحملون على الإسلام بالسَّيف، وليس لهم حكم الإسلام بوجهٍ ما.

وإذا بطل هذا الأصل استقام أن يجعل كسبه فيئًا فلم يكن لورثته.

وأمّا قولهم: «إن الأصل أن يرث المسلم من الكافر لأجل ثبوت ولايته».

قلنا: هذا تعبد، لأن الموالاة شرط على ما قدمنا، وقد انقطعت من الجانبين، والعذر عن كسب الردة ضعيف، لأن كسب الردة عندهم مثل كسب الإسلام في أنه يكون له عند إسلامه فوجب أن يكون مثل كسب الإسلام في أنه يكون لورثته عند قتله.

وقولهم: «إنه لم يملك».

قلنا: فينبغي أن لا يكون فيئًا أيضًا، لأن حكم الفيء لما مَلَكَه المرتد لا لما لم يملكه، وعلى أنهم قالوا في المكاتب إذا ارتد وقُتِلَ على الردة يُعطى نجوم كتابته من كسبه وأعتق، ويكون كِلَا كسبيه ـ أعني كسب الإسلام، وكسب الردة ـ لورثته المسلمين[1]، وهذه مناقضة ظاهرة.

وأمّا قول مشايخهم: «إن الردة موت».

فمحال، بل هو كفر فيلتحق بالكفار لا بالموتى فلئن كان هو هالكًا فسائر الكفار هَلْكَى، وإن كان سائر الكفار أحياء فهو حي، ثم هذه الطريقة

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٥٦/أ (مراد ملا).




باطلة على أصولهم، فإن عندهم: لو حَدَثَ ولد له بعد الردة بعلوقٍ حادثٍ يرث وإن كانت الردة موتًا على ما زعموا وجب أن لا يرث إلّا ما كانوا موجودين عند ردته.

وكذلك قالوا: لو هَلَكَ بعض الورثة بعد الردة قبل القتل لا يرث، ويعتبر عدد الورثة عند الهلاك لا وقت الردة(١).

وهذا دليل قاطع.

وهاتان المسألتان قد نَصُّوا عليها فبطلت الطريقة قطعًا بما قلناه.

والله أعلم بالصواب



※ (مَسْألة):

قتل الصبي والمجنون يوجب حرمان الميراث عندنا(٢).

وعندهم: لا يوجب(٣).

❖ **لنا:**

إنه قتل بغير حقٍ فيوجب حرمان الإرث.

دليله: قتل المخطئ، وهذا لأن حرمان الإرث حكم يتعلق بنفس حصول

---

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٥٦/أ (مراد ملا).

(٢) النكت: ورقة ١٩٥/أ، الحاوي: ٨/٨٥.

(٣) الأسرار: ١/١٧٣/أ (مراد ملا)، المبسوط: ٢٠/٤٨، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف: ٤٠٦.

القتل بغير حقٍ سواء اتصف بالعدوانية أو لم يتصف أو اتصل به الإثم أو لم يتصل بدليل تعلقه بقتل الخطأ وهو غير موصوفٍ بالعدوانية ولا هو قتل مؤثم ولكن لما كان حصوله بغير حقٍ أوجب تعلق هذا الحكم.

فإن قالوا: وَلِمَ.

قلنا: لأنه سبب قاطع للموالاة التي هي شرط الإرث، لأن القتل إهلاك، ولا بقاء للموالاة مع الإهلاك فأشبه اختلاف الدين وانقطاع الموالاة يستوي فيه البالغ والصبي بدليل انقطاعه باختلاف الدين.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: جزاء فعل محظور فلا يتعلق بقتل الصبي.

دليله: القود، وهذا لأن حرمان الإرث لا يقابل المحل؛ لأن ما يقابل المحل يكون وجوبه على طريق الجبر للمحل وحرمان الإرث لا يحصل به جبرٌ لمحل بحالٍ. فدل أنه يقابل الفعل ليكون جزءً له مثل القود، والجزاء على الفعل لا يثبت إلا بعد أن يكون الفعل محظورًا وفعل الصبي غير محظورٍ، لأن الحظرية بالخطاب ولا خطاب على الصبي بحال.

قالوا: وهذا بخلاف قتل الخاطئ فإن قتل الخاطئ قتل محظور، لأنه أهل الخطاب إلا أنه لم يُعْفَ عن الخطأ، والخطأ صفة لذاته، ولا يتعدى إلى المحل فبقي الفعل محظورًا فيما [١٧٧/أ] يرجع إلى المحل فصار قتل الخطأ محظورًا من وجهٍ لا من وجهٍ، فمن الوجه الذي هو محظور صلح أن يكون سبب الحرمان، ويكون حرمان الإرث جزاءً له.

وأمّا قتل الصبي فليس بمحظور بوجهٍ ما، فلم يصلح أن يكون الحرمان جزاءً له، وقد وجب جزاءً على الفعل المحظور، ولهذا المعنى لا يتعلق بغير المحظور بحالٍ، ولأنه إذا لم يكن جبرًا للمحل فلابد أن يكون جزاءً على المحل.

وقد قال بعض مشايخهم:

إن الخاطئ مقصّر وبتقصيره يقع له الخطأ فيجوز أن يُجازَى بفعله، ولأنه متهم في الفعل يجوز أنه تخاطأ[1] وليس بخاطئ.

وأمّا في مسألتنا فلا تهمة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن قتل الصبي إن لم يكن محظورًا فليس بمباحٍ فيجوز أن يعلق به الحرمان فإن فعل الصبي ليس بمحظورٍ ولا مباح، لأن كليهما بالخطاب، ولا خطاب فهو كفعل البهائم.

❁ **الجواب:**

لا نسلّم إنه جزاء الفعل، لأنه يتعلق بقتل الخاطئ، ولا يجوز أن يُجازَى الخاطئ على فعله، لأنه لا يُنهى عنه فيقال لا تخطِئْ فكيف يُجازى عليه؟ ولأن الله تعالى وَضَعَ عنه الخطأ بنص الكتاب، فلم يتصوّر جزاؤه عليه، ولأنه إذا كان جزاء الفعل ففي العمر قد جوزي بالقتل فلا معنى للمجازاة بغيره، وفي الخطأ إن كان الحرمان جزاء على القتل فيجب أن لا يخلو عنه بحالٍ، ويخلو عنه إذا كان القتل في غير المورّث فأين الجزاء في هذه الصورة؟ وإذا

(١) في المخطوط: تخاطى.

خلا عنه في صورةٍ يجوز أن يخلو عنه في سائر المواضع، ولأنه لو كان في القتل جزاء الفعل لكان في الكفر جزاء الكفر ثم ينبغي أن يكون في جانب الكافر دون المسلم، فدل أنِ جعله جزاء الفعل أو عقوبة الفعل لا وجه له، وإنما هو متعلق بصورة القتل أينما وُجِدَ أو متعلق بقتلٍ يحصل بغير حق لحصول انقطاع الموالاة بصورته.

وأمّا قولهم: «إن الخاطئ من أهل الخطاب».

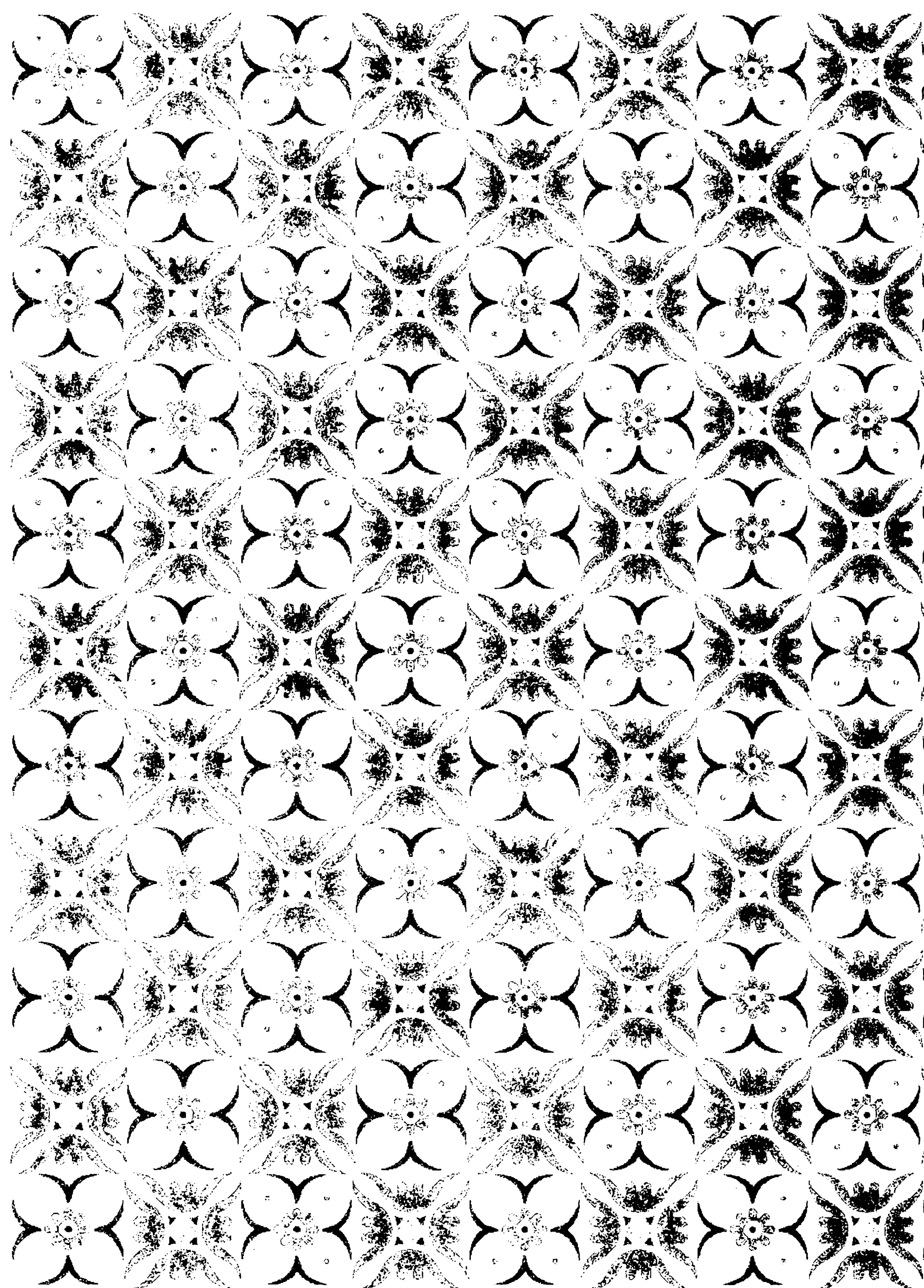
قلنا: نعم، في غير ما وقع فيه الخطأ، فأمّا فيما أخطأ فيه فلا، والكلام فيه.

وأمّا قولهم: «إنه مقصر أو متهم بالتخاطئ».

قلنا: وههنا يتهم بالتصابي والتجانن، وعلى أنه إذا رمى سهمًا إلى صيدٍ فاعترض مورّثه فأصابه لا تقصير ولا تهمة في هذا الموضع، والحرمان ثابت.

والله أعلم بالصواب





كتابُ الوصايا

※ (مَسْأَلة):

إذا أوصى لواحدٍ بالثلث من ماله، ولآخر بنصف من ماله ولم يجز الورثة، يقسم الثلث بينهما على خمسة أسهم لصاحب النصف ثلاثة، ولصاحب الثلث سهمان[(١)].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: يقسم بينهما على سهمين[(٢)].

لنا:

أن الوصية بالنصف وصية صحيحة في نفسها، بدليل أنه أوصى بملكه فيصح، كما لو أوصى بالثلث، ولأن الورثة لو أجازوا جازت الوصية من قبل المُوصِي، وصار معنى الإجازة منهم أنه كان لهم رد هذه الوصية فإذا أجازوا وأسقطوا حقوقهم فجازت الوصية من قبل المُوصِي، وإذا ثبت أن أصل الوصية صحيحة فنقول: ثبوت الرد للورثة لحقهم، وحقهم في سلامة الثلثين ومنع البخس فيه فصار عمل ردهم للوصية مقصورًا على هذا القدر وهو منع

---

(١) الأم: ٤/٣٣، مختصر المزني مع الحاوي: ٨/٢٠٦، المهذب: ١/٥٩٦، النكت: ورقة ١٨٥/ب، الحاوي: ٨/٢٠٧.

وبه قال الصاحبان. ينظر: مختصر الطحاوي: ١٥٨، مختصر القدوري: ٢/٣٧٣ مع الجوهرة، ملتقى الأبحر: ٢/٥٤٨.

(٢) مختصر الطحاوي: ١٥٨، مختصر القدوري: ٢/٣٧٣ مع الجوهرة، ملتقى الأبحر: ٢/٥٤٨.

الاستحقاق فيما وراء الثلث فبقيت الوصية عاملة فيما وراء هذا وهو إثبات المفاضلة بين صاحبي الوصية لثبوت ضرر كل واحدٍ منهما بقدر سهمه في الوصية، ويجوز صحة الوصية لهذا العمل، بدليل ما لو أوصَى لواحدٍ بالثلث ولآخر بالثلث ولآخر بالسدس فلم يجز الورثة فضاربوا بقدر السِّهام المسماة لهم في الوصية، ولو أجازت الوصيةَ الورثةُ استحق كل واحد منهم وصية على الكمال، وعند الرد تضاربوا بالسهام.

والحرف: أن الوصية بعد الرد أمكن إبقاؤها على الصحة لفائدةٍ مطلوبةٍ وهي المفاضلة بالمضاربة فبقيت على الصحة كما بيّنا، وهذا لأن العقد متى أمكن إبقاؤه على الصحة بوجهٍ ما لا يبطل حكمه كما إذا أمكن إبقاؤها على الصحة بكل وجهٍ لا يبطل حكمه بوجهٍ، فصارت...[1] العول في الفرائض المسماة في المواريث.

[١٧٧/ب] ❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الوصية بما زاد على الثلث وصية تناولت حق الغير فإذا رد الغير ذلك منه لم يضرب به.

دليله: الوصية بمال الجار، وربما يقولون وصية بما لم يُجعل له الوصية به فلا يثبت به حق الضَّرب، ودليل الوصف أن حق الورثة ثابت في الثلثين، والوصية تناولت هذا الحق، ولأن الوصية جازت بخلاف القياس، لأنه تمليك بعد الموت، وإنما جازت بإطلاق الشرع، والشرع إنما أطلق الوصية

---

(١) الكلمة مطموسة في المخطوط، ولعل العبارة «على التفاضل مثل» وقد وَرَدَ مثل هذه العبارة في الحاوي: ٨/٢٠٧.

بالثلث لا بما زاد عليه بدليل قوله ﷺ: (الثلث، والثلث كثير...)[١].

ولأنه ﷺ قال: (إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم...)[٢].

وحرفهم: أن الوصية لما لاقت حق الغير بطلت برد الغير، والضَّرب بالوصية الباطلة باطل.

قالوا: وقولكم إن الوصية تبقى صحيحة في إثبات المفاضلة، لا يصح، لأن إثبات المفاضلة فرع الاستحقاق، لأنه عقد استحقاق فإذا لم تصح الوصية في الاستحقاق لم تصح فيما هو تبع له.

ألا ترى أنه لو أوصى لواحدٍ بالثلث ولوارثه بالثلث فبطلت الوصية للوارث استحق للأجنبي كل الثلث، ولا يقال تثبت الوصية في إدخال النقص على الأجنبي حتى ترتد وصيته إلى النصف بل قيل هذا تبع الاستحقاق فإذا بطلت الوصية في الاستحقاق بطلت فيما هو تبع له.

قالوا: ولا تلزم الوصية بالألف والألفين، والثلث يضيق عنهما، لأن تلك الوصية لم تلاق حق الغير بيقين فإنها محتملة للجواز من غير إجازة الورثة بخلاف مسألتنا فإن الوصية بما زاد على الثلث لاقت حق الغير بيقين؛

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٥/٣٦٩ مع الفتح، باب الوصية بالثلث.
ومسلم في صحيحه: ١١/٧٧ مع النووي، باب الوصية بالثلث.
والترمذي في سننه: ٤/١٩٧، ١٩٨ مع العارضة، باب ما جاء في الوصية بالثلث.
وأبو داود في سننه: ٣/٢٨٤، ٢٨٥ مع المعالم، باب ما جاء ما لا يجوز للموصي في ماله.

(٢) رواه ابن ماجه في سننه: ٢/٩٠٤، باب الوصية بالثلث.

لأنها لا تحتمل الجواز إلا بالإجازة من الورثة.

وعلى مثال هذا اعتذروا عن الوصية بالثلث، والثلث والسدس، لأن الوصية لم تلاق حق الغير، ألا ترى أن كل واحد من الوصيين يحتمل الجواز من غير إجازة الورثة بأن يرد أحدهما الوصية فتجوّز للثاني.

واعتذروا عن المحاباة بالألف والألفين، وعن عتق العبد الذي يساوي ألفًا والذي يساوي ألفين وضاق الثلث عنهما بمثل عذرهم عن الوصية بالألف والألفين وضاق الثلث عنها.

❁ **الجواب:**

أمّا قولهم: «إن الوصية لاقت حق الغير».

إن عنوا ملكًا، لا نسلم، وإن عَنَوا منعًا عن البخس بحقهم في الثلثين، فمسلّم، ولكن قد منعنا، وإنما أبقينا الوصية لمعنىً لا تعلق له بحقهم على ما سبق بيانه.

أمّا قولهم: «إن إثبات المفاضلة بين المُوصَى لهما تبع للاستحقاق، لا نسلّم، بل هو أصل، لأن إثبات المفاضلة نص كلامه، وأيضًا فإن إثبات الزيادة للمُوصَى له بالنصف مقصود له مثل إثبات أصل الحق، وأمّا مسألة الوصية للوارث والأجنبي فنحن نقول: إن الوصية للوارث باطلة أصلًا، ولا تجوز بالإجازة بخلاف مسألتنا.

وأمّا عذرهم عن الوصية بالألف والألفين يبطل بما لو أوصى بعبدٍ قيمته نصف ماله وبعبدٍ قيمته ثلث ماله فلم يجز الورثة، فإن عندهم يتضاربان بالسَّوية

وإن كان لم يصادف حق الغير بيقين، لأنه لو زاد ماله وخرجت الوصيتان من الثلث صحتا من غير إجازةٍ.

وأمّا عذرهم عن الوصية بالثلث والسدس، فالإلزام كلتا الوصيتين لا إحداهما[1]، ولا يتصوّر جواز كلتا الوصيتين إلا بإجازة، وأمّا الذي ذكروه إنما هو تصوير في إحداهما، والإلزام قائم.

والله أعلم بالصواب



※ (مَسْألَة):

إذا أوصى بجميع ماله ولا وارث له، لم يصح إلّا في الثلث عندنا[2].

وعندهم: يصح في الجميع[3].

❖ لنا:

إن المسلمين ورثة فإذا أوصى بجميع ماله لم يصح إلّا في الثلث، كما لو كان له ورثة من الأقرباء.

---

(١) في المخطوط: إحديهما.

(٢) الأم: ٤/٢٩، المهذب: ١/٥٨٨، النكت: ورقة ١٨٦/ب، الحاوي: ٨/١٩٥، معالم السنن: ٣/٢٨٥.
وهو رواية عن الإمام أحمد، وبه قال: مالك، والأوزاعي، وابن شبرمة.
ينظر: المغني: ٨/٥١٦، الإشراف للبغدادي: ٢/٣٢٣.

(٣) وبه قال ابن مسعود، وعبيدة السلماني، ومسروق، وإسحاق، وهو رواية عن أحمد. المبسوط: ١٩/١٨، المغني: ٨/٥١٦، مختصر الخرقي: ٨/٥١٦ مع شرح المغني، معالم السنن: ٣/٢٨٥.




والدليل على أن المسلمين ورثة أنهم يعقلون عنه، والعقل قرينة الإرث بدليل قوله صلى الله عليه: (الخال وارث مَنْ لا وارث له يرث ماله وَيَعْقَل عنه)[1]، ولأنه لو قُتل وجب القصاص للمسلمين.

يبينه: أن الإمام يقتص من القاتل، ولا يخلو إما أن يقتص نيابة عن الله تعالى أو عن المسلمين، ولا يجوز نيابة عن الله تعالى، لأن ليس القصاص بحق الله، فدل أنه نيابة عن المسلمين ولهذا المعنى لو انقلب دية تكون الدية لهم، ولأن المسلمين يملكون تركته بعد موته بسبب الأخوة في الدين فصاروا كالإخوة من حيث النَّسب لما ملكوا تركته بعد موته بسبب الأخوة في القرابة كانوا ورثته، كذلك ههنا.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

رووا عن ابن مسعود[2] مثل مذهبهم.

قالوا: ولأن جميع ماله في هذه الصورة مثل ثلث ماله إذا كان له ورثة، فإذا جاز هناك وصية في ثلث ماله جازت ههنا في جميع ماله، وإنما [١٧٨/أ] قلنا ذلك، لأن الوصية بثلث ماله إنما صحت لأنها صادفت خالص حقه فصحت.

وأمّا الوصية بما زاد على الثلث صادفت حق الغير، وهم الورثة على ما سبق فلم يجز، وههنا وصية بجميع ماله صادفت خالص حقه؛ لأنه ليس له ورثة حتى يتعلق حقهم بماله فتنفذ وصيته كما نفذت في الثلث في الصورة الأولى.

والدليل على أن المسلمين ليسوا بورثةٍ أنه لا سبب لإرثهم.

---

(١) تقدم تخريجه في ص ٧٠١ من هذا الجزء.

(٢) ينظر: المغني: ٥١٦/٨، المبسوط: ١٨/١٩.

وهذا لأن أسباب الإرث محصورة، ولم يوجد شيء منها، ولأنه لو أوصى لواحدٍ من المسلمين فإنه يجوز، ولو كانوا ورثة لم يجز، لأن الوصية للوارث باطلة.

قالوا: «وأمّا وجوب العقل في بيت المال يمنع إهدار الدم». وأمّا القصاص، قالوا: «ممنوع، بل لا يجب».

قالوا: «وأمّا قولكم إنهم يملكون ماله بعد موته».

قالوا: إنما وضع في بيت مال المسلمين من حيث إنه مال ضائع فللمنع من الضياع صرف إليهم، لا لأنهم ورثة، وهذا لأن موضع المال الضائع بيت المال، وبيت المال حق المسلمين فلا يجوز أن يمنع من الوصية بحق بيت المال، لأن العقد متى صدر من المالك في ملكه لا يُمنع منه إلّا بحقٍ قائمٍ في المحل، فإن الأصل إن العقد من الإنسان يصح بملكه».

وإنما يُمنع منه لحق غيره، كما في مسألة الراهن، فإن الراهن يُمنع من تصرفه في المرهون لحق المرتهن، وهو حق قائم في الحال، فيستقيم إحالة المنع عليه. وإذا ثبت هذا الأصل فحق الورثة فيما زاد على الثلث حق قائم في حالة المرض على ما ذكرنا في كتاب الإقرار، فقيام حقهم يمنع تصرف المريض فيه، فأمّا في مسألتنا فلا حق للمسلمين في حالة المرض، لأنهم ليسوا بورثة، وإنما الموت حصل لا عن استحقاق فلو لم يُوضَعْ في بيت المال ضاع، والضياع يكون بعد الموت لهلاك مالكه وعدم وارثٍ يملكه فصار حق بيت المال ثابتًا بعد الموت، فلم تصادف الوصية حقًا قائمًا حتى يكون ذلك الحق مانعًا منه، وإنما نهاية ما في الباب أن تصرّفه منع التصرف إلى

المسلمين أو منع ثبوت حقهم بعد الموت، وهذا لا يصلح مانعًا من التصرف بعد أن صادف تصرفه ملكه، لأنه ما من تصرف بالتمليك إلّا وهو مانع من ثبوت حقٍ كالتمليك في حال الصحة يمنع ثبوت الحق بالمرض، وإنما المانع حق قائم في الحال يعترض التصرف عليه بالإسقاط ولم يوجد في مسألتنا، هذا عمدتهم.

قالوا: ولا يجوز أن يُقال ما زاد على الثلث ليس بمحل الوصية أصلًا، لأن القياس أن لا تجوز الوصية، لأنه تمليك معلق بالموت فصار كما لو علقه بسبب آخر، ولأنه تمليك في مجهولٍ أو معدومٍ فلا يجوز واحد منهما، وإنما جازت بالشرع والشرع وَرَدَ بها في الثلث خاصة بدليل خبر سعدٍ المعروف في الباب، فخرج ما زاد عليه على المحلية، وذلك لأن ما زاد على الثلث محل الوصية؛ لأن الوصية عقد تمليك فإذا كان الثلث محلًا له كان جميع المال محلًا له كسائر العقود، ولأن الورثة لو أجازوا جاز، ولو كان ما زاد على الثلث ليس بمحل الوصية أصلًا لم يجز وإن أجازوا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه يجوز هبةً من قبل الورثة، لأنه لو كان هبة لكان لا يجوز في المجهول، ولو أوصى بجميع ماله لإنسانٍ فأجاز الورثة جاز، وإذا جعلنا هبة من قبل الورثة لم تصح، كما لو وَهَبَ جميع ماله، ولأنه لا يفتقر إلى القبض ولو ملكوا هبةً لم يملكوا قبل القبض، ولأنه تجوز الوصية بما تَلِدُه أغنامُه وبما تُثمر نخيلُه فيما زاد على الثلث إذا أجاز الورثة ولو كان جوازه جواز الهبات لم يجز.

قالوا: «وأمّا قولكم تمليك متعلق بالموت».

فلا يصح، لأنه إنما لا يجوز تعليق الملك بشيءٍ في حال الحياة، أمّا إذا علّقه بالموت على جهة الوصية يجوز، كما يتعلق بالموت على جهة الوراثة.

❁ **الجواب:**

إنا بيّنا إن المسلمين ورثة، وعليه الاعتماد.

وقولهم: «إن الوراثة لابد لها من سبب».

قلنا: سببها الأخوة في الدين.

فإن قالوا: ما قولكم في كافرٍ يموت وليس له وارث من الكفار؟ فإن في هذه الصورة لا يجوز أن يقال أن المسلمين ورثة له، لأن اختلاف الدين يمنع الإرث والخلاف في الصورتين واحد.

❁ **والجواب:**

إذا قلنا: لا يرثه المسلمون ينبغي أن تجوز وصيته بجميع المال وإن منعنا وصيته بجميع المال كما يمنع وصيته للمسلمين نقول: إن المسلمين يرثون من الكفار بولاية الحماية، واختلاف الدين مانع من الإرث بجهة القرابة لا بجهة الإسلام.

وأمّا الذي تعلقنا به من فصل تحمل العقل ووجوب القصاص، فتعلق صحيح، لأن القصاص باطل على قول أبي حنيفة ومحمد [١٧٨/ب] وإنما لا يجب على قول أبي يوسف.

وأمّا قولهم: «إن تحمل العقل كان لمنع إهدار الدم».

قلنا: أوجبوا الدية في مال القاتل حتى لا تهدر، كما لو أقر بالقتل ولم تصدقه العاقلة تجب الدية في ماله.

وأمّا قولهم: «لو أوصى لبعض المسلمين يجوز».

قلنا: المنع من وصية الوارث حتى لا يوجد الجمع بين الوصية والإرث.

وههنا لَا جَمع، لأن الإمام يجوز أن لا يَضَعَ من المُوصَى له شيئًا.

فإن قالوا: «ما قولكم إذا وَضَعَ؟»، قلنا: ينبغي أن لا تجوز الوصية حتى لا يؤدّي إلى الجمع بين الوصية والإرث والذي قالوا: إن الإرث غير ثابت للمسلمين لكن توضع التركة في بيت المال لأنه مال ضائع.

قلنا: ما من تصرفٍ في جهة إلّا وإذا لم يصرف إليها يكون ضائعًا، وعندنا لا ضياع أصلًا، لأن المسلمين ورثة. والله أعلم.



❊ (مَسْأَلَة):

إذا أوصى إلى إنسانٍ في شيء لا يصير وصيًّا في كل الأشياء عندنا[1].

وعندهم: يصير وصيًّا في كل الأشياء[2].

وعلى هذا لا يجوز للمُوصَى أن يُوصي إلى غيره[3].

---

(١) المهذب: ١/٦٠٥، النكت: ورقة ١٨٧/ب، الحاوي: ٨/٣٣٦.
وبه قال الصاحبان، وبه أخذ الطحاوي والحنابلة.
ينظر: مختصر الطحاوي: ١٦٢، المغني: ٨/٥٥١.

(٢) مختصر الطحاوي: ١٦٢، الأسرار: ٢/٢٣٨/أ (مراد ملا).

(٣) المهذب: ١/٦٠٥، الحاوي: ٨/٣٣٦، النكت: ورقة ١٨٧/ب.

وعندهم: يجوز.

لنا:

أنه متصرف بالأمر فلم يتعد تصرفه عن ما أُمر به إلى غيره.

دليله: الوكيل، والدليل على أنه متصرف بالأمر أنه يقول له: «تصرّف بعد موتي» وهذا أمر.

وقوله: «أوصيتُ إليك أو فوّضتُ إليك، أو تصرّف» فإن الكل بمعنىً واحد.

يدل عليه: أن الأمر يقتضي فعل المأمور، ويمكن أن يقال: إن الأمر بصيغته يقتضي الائتمار، والائتمار فعل المأمور، والمأمور ما نُصّ عليه في الأمر، وأمّا التصرف في غير المأمور أو تفويض الأمر إلى غيره فكل ذلك ليس من الائتمار في شيء إذ هو غير الائتمار فلا يملكه.

وأمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى طريقين:

* **أحدهما:** أنه متصرف بالولاية فلا يختص تصرفه بشيء دون شيء.

دليله: الجد.

والدليل على أنه متصرف بالولاية أن الوصية إثبات خلافة في التصرف كما أن الوصية إثبات خلافة في الملك.

والدليل عليه:

أن أمره يسقط بموته فلا يجوز أن يتصرف غيره بأمره، لأن مَنْ لا أمر

له لا يتصرف عن أمره غيره.

وإنما طريق تصرفه أن بالوصاية يصير خليفة له في التصرف على معنىً أنه يكون قائمًا مقامه شرعًا؛ مثل الأب والجد في حق الطفل، ثم إذا صار خليفة يتصرف حينئذٍ بذلك لا بأمره، إلّا أن سبب هذه الخلافة هي الوصاية، وقد ثبت سبب خلافته له في الحال، ويظهر بعد الموت، لأن عمل الخلافة أن يقوم مقامه، وذلك يكون بعد هلاكه وانعدامه، وهذا كما تقول في القريب، انعقد له سبب الخلافة في حال الحياة ثم يكون خليفة له بعد الموت في الملك، كذلك ههنا انعقد له سبب الخلافة في حال الحياة، ثم زمان خلافته يكون بعد الموت، فثبت أنه متصرف عن ولايةٍ لا أمرٍ فلم تختص ولايته بشيء دون شيء.

دليله: سائر الولايات لأربابها.

واستدلوا من حيث الحكم في أنه متصرف عن ولايةٍ لا عن أمرٍ: بأنه لو أطلق الوصاية يصير وصيًّا، ولو كان تصرفه عن أمر لم يصح ما لم يعيّن المأمور به كما نقول في الوكيل، ولأنه لا تصح الوصاية إلى الفاسق، ولو كان تصرفه عن أمرٍ لم ينافه الفسق كالوكيل.

٭ وأمّا الطريقة الثانية:

قالوا: الشيء يثبت تارة نصًّا وتارة يثبت دلالة، وقد يوجد دليل الوصاية في الباقي إن لم يوجد النص، وذلك الدليل هو أنه مختار الميت في البعض، ومختار الميت في بعض أمره أولى بالتصرف ممن ليس بمختارٍ له في شيءٍ

من أمره، وهذا لأنه لابد في الباقي من قَيِّم ينصبه القاضي، وهذا الوصي مختاره في البعض، والقَيِّم ليس له بمختارٍ في شيءٍ ما، فيكون مختاره في بعض أموره أولى ممن ليس بمختارٍ له في شيءٍ على ما ذكرناه، أو يكون رضاه بتصرفه في بعض الأشياء رضًا بتصرفه في باقي الأشياء وليس كالوكيل، لأن الموكِّل من أهل التصرف بنفسه فلا يكون اختياره في بعض الأشياء دليلًا على اختياره في باقي الأشياء، بخلاف مسألتنا على ما سبق.

قالوا: وأمّا توقيت الوصاية إنما صح على معنى أنه إذا قال: «أنت وصيّي ما لم يقدم فلان» فلا يكون الحاضر خلفًا عن الغائب، وإذا حضر الغائب فقد ظهر الأصل ولا بقاء للخلف مع الأصل، فسقط حكم الخلف مع وجود الأصل.

قالوا: وعلى هذا يجوز للوصي أن يُوصي، لأنا إن جعلنا المُوصَى متصرفًا بالولاية فيجوز له الاستنابة، وكذلك إذا قلنا بالخلافة فيجوز أن يعقد سبب الخلافة لغيره، حتى يكون ذلك الغير قائمًا، كما أنه قام مقام الغير، وكذلك وَصِيُّ وصيّه مختار مختاره [١٧٩/أ] فيكون مختار مختاره أولى من مختار غيره.

۞ الجواب:

أن عندنا تصرف الوصي عن أمرٍ بدليل المحسوس الذي بيناه أنه يقول: «أمرتُك كذا» فيفعله المأمور، ولا يعرف الأمر والتصرف عن أمرٍ إلّا بهذا.

وأمّا قوله: «إن الوصاية إثبات خلافة».

قلنا: إثبات الخلافة لا يعرف فنقول لهم ما معنى هذا؟.

قالوا: معناه أنه يعقد لغيره سببًا حتى يقوم ذلك الغير بذلك السبب مقامه ويصير كأنه هو في التصرف، وكذلك في الوصية يعقد لغيره سببًا في الثلث حتى يقوم ذلك الغير بذلك السبب مقامه ويصير كأنه هو في الملك.

قلنا: هذا الذي قلتم من أين قلتم أنه يُملّكه؟.

قالوا: للحاجة.

قلنا: وأين الحاجة؟.

قالوا: لأنه يبطل أمره بموته فلا يصح تمليكه بعد موته فلا يتصور تصرف الوصي وملك المُوصَى له إلّا على هذا الوجه الذي قدمنا.

قلنا: إنما يبطل أمره بموته إذا عَقَدَ عقد الأمر في زمان الحياة فإذا انتهت الحياة ارتفع الأمر، فأمّا إذا عقد العقد لأمرٍ بعد موته فكيف يبطل بموته؟.

فإن قالوا: لا يصح أمره بعد موته؛ لأن أمره إذا بطل في حق نفسه بطل في حق غيره.

قلنا: لا، بل أمره بعد موته قائم باقٍ[1].

والحرف: أن عندنا بقي أمره بعد موته فيما تتناوله الوصاية شرعًا بعد موته ليصح تصرف وصيّه، وكذا في الوصية يبقى ملكه بعد موته شرعًا بقدر ما يصح تمليكه فيه فيكون الوصي متصرفًا عن أمره، والمُوصَى له مالكًا عن

(١) في المخطوط: باقي.

تمليكه، وهذا لأن الملك سبب مطلق للتملك، لأن صحته بأمثلةٍ قد عرفناها في أصول الشرع.

فأمّا إطلاق نصب خليفة عن نفسه حتى يصير خليفة كأنه هو واستنابته في أمور الدنيا نائبًا عن نفسه في أملاكه وتصرفاته ويصير ذلك الخليفة على مثاله في حال حياته، فهذا أمر لا يُعرف ولا دليل على ذلك لا مشروعًا ولا معقولًا.

وأمّا قولهم: «لو أطلق الوصاية يصير وصيًّا».

قلنا: فيه وجهان[1].

وعلى أنا إنْ سلمنا فهو بدليل العرف.

وأمّا الوصاية إلى الفاسق فقد منعوا أيضًا، وإن سلمنا فمنع الوصاية إليه نوع نظرٍ زائدٍ من قبل الشرع حتى يكون نصبه مَنْ يتصرف له بعد موته وسقوط تسلطه عليه بالعزل والتنفية من يكون له نظر في تصرفه له ويكون مأمون الخيانة من جانبه.

*** وأمّا الطريقة الثانية:**

قلنا: دعوى دليل الوصاية في الباقي دعوى باطلة ولا دليل عليه أصلًا.

أمّا قولهم: «إنه مختاره في البعض».

قلنا: لا دليل في اختياره في البعض على اختياره في الباقي.

(١) ينظر: المهذب: ١٠/٦٠٥، النكت: ورقة ١٨٧/ب.

قالوا: لا بد من قيّم في الباقي.

قلنا: نعم، وينصبه القاضي، ويكون نصب القاضي كنصبه.

قالوا: منصوبه أولى.

قلنا: وَلِمَ؟ وهذا لأن تعميم تصرّفه إبطال تخصيصه ولا يجوز إبطال تخصيصه من غير ضرورة، وهذا لأنه وجد لتخصيصه وجه فائدةٍ، وهو أنه يعلم من هدايته وأمانته في هذا النوع ما لا يعرف في سائر الأنواع، فإذا وجدنا لتخصيصه فائدة فلا وجه لإبطاله أصلًا.

ثم يقال لهم أيضًا: إنما يصار إلى الدليل عند عدم الصريح، وعندكم لو قال: «تصرّف في كذا ولا تتصرّف في كذا» يعم تصرفه، ولا دليل ههنا.

وكذلك قد قلتم: لو أوصى إلى إنسانٍ في الدَّين، وإلى آخر في العين يكون كل واحد منها وَصيًّا في الكل ولا دليل ههنا، لأنه قد اختار في الباقي غيره نصًا، والدليل يسقط مع النص على خلافه.

وفصلُ توقيت الولاية لازمٌ، وجواز التوقيت دليل على جواز التخصيص.

والذي قالوا: «خلف وأصل».

فليس بشيء، لأنه لو أوصى إلى فلانٍ سنة، أو إلى رأس الشهر، يصح توقيته، وإن لم يوجد مَنْ يكون خلفًا عنه أو أصلًا له وإن منعوا، ففيما ذكرناه غُنية. والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

الوصية من الإنسان لقاتله صحيحة عندنا[1].

وعندهم: لا تصح[2].

وصورته: إذا جرح إنسانًا، وأوصى المجروح للجارح ثم هَلَكَ بالجراحة.

وللشافعي قول آخر مثل قول أبي حنيفة[3].

وقال بعض أصحابنا: إذا أوصى لإنسان وقتله المُوصَى له بطلت الوصية قطعًا قولًا واحدًا[4]، وفي الصورة الأولى: قولان[5].

ومنهم مَنْ قال في الصورتين: قولان.

وهذا هو الأولى وهو المستمر في النظر.

❋ **لنا:**

أنه عقد تمليك أو تمليك بعقد فيجوز مع جارحه[6] ولا يبطل بقتله.

دليله: الهبة.

وقولنا: «عقد تمليك»، لأن الوصية عقد وهو تمليك، لأن الثابت به الملك.

---

(١) الحاوي: ٨/١٩١، المهذب: ١/٥٨٩، النكت: ورقة ١٨٤/ب، الروضة: ٦/١٠٧.
وقال النووي: «أظهرهما عند العراقيين والإمام والروياني الصحة كالهبة...» ا. هـ.

(٢) مختصر القدوري: ٢/٣٦٩ مع الجوهرة، بدائع الصنائع: ١٠/١٨٥٧.

(٣) ينظر: المهذب: ١/٥٨٩، النكت: ورقة ١٨٤/ب، الروضة: ٦/١٠٧.

(٤) منهم الماوردي في الحاوي: ٨/١٩١، وذكر ذلك النووي في الروضة: ٦/١٠٧.

(٥) الروضة: ٦/١٠٧.

(٦) في المخطوط: أولا.

وأمّا فقه المسألة: وهو أن عقد التمليك صحته بالرضا وثبوته بالإثبات بعد أن يكون صادرًا من أهله في محله، وقد وجد في مسألتنا، لأنه أثبت الملك له بالوصية ورضى بثبوته له وإن كان جارحًا له [١٧٩/ب] خائفًا من الهلاك بجرحه وهذا لأنه لو أوصى له بعد جرحه فعلى القطع يحكم بوجود الرضا.

فإن قالوا: إنْ استقام هذا في هذه الصورة فلا يستقيم فيما لو أوصى لإنسان ثم قتله المُوصَى له.

قلنا: نقول في هذه الصورة قد وُجِدَ النص في تمليكه وهو صريح في الرضا، والعمل العارض محتمل يجوز أنه تكره به الوصية ويجوز أن تبقى على رضاه، لأن نهاية ما في الباب أن يُحسن إلى مَنْ يسيء إليه وَيَبُرّ عدوه، وهذا شيء مندوب إليه شرعًا، وهو من أخلاق النبوة التي استحق بها المدح لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾[١]، وهو معنى قوله ـ عليه السلام ـ فيما ذكر عن جبريل ـ عليه السلام ـ أنه قال عن ربه تعالى: (صِل مَنْ قطعك، واعف عن مَنْ ظلمك، واعط مَنْ حرمك...)[٢] ولهذا المعنى تصوّر أن يوصي له ابتداءً بعد جرحه إياه ويهب له شيئًا، وعندنا فعله مشروع جائز في الصورتين.

وعندهم: تجوز الهبة ولا تجوز الوصية.

فإن قالوا: لا تجوز الهبة، لأن حكمها حكم الوصايا.

قلنا: قد صح في الحال متى مَلَكَ الموهوبُ له الموهوبَ ثم ينفسخ بعد الموت.

---

(١) سورة القلم، آية: ٤.

(٢) رواه الإمام أحمد في مسنده: ٤/١٤٨، ١٥٨، وليس فيه أنه حديث قدسي.




۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: ملك المُوصَى به ملك على سبيل الإرث فيمنعه القتل.

دليله: نفس الإرث.

وإنما قلنا: «ملك على سبيل الإرث» لما بيّنا أن الوصية إثبات خلافة في ملك الثلث ثم إذا صار خليفة له يعقد سببه له فملك حكمًا بعد موته كالقريب، وكما تقول في عقد النكاح فإنّه سبب لثبوت الخلافة للزوج أو الزوجة ملكًا في النصف أو الربع للزوج، وللمرأة في الربع أو الثمن، وإذا كان الملك على سبيل الإرث فيكون حكمه مثل حكم الإرث.

وقالوا: على هذه الطريقة على قولنا: «إنه عقد تمليك» أن المُوصَى له لا يملك بعقد تمليكه، وإنما يملك حكمًا بالسبب الذي قدمناه.

وقد سلكوا طريقة أخرى وقالوا: الملك في المُوصَى به يتعلق بالموت بعينه، والقتل موت في حق المقتول، وليس بموتٍ في حق القاتل، لأن الموت انتهاء مدة الحياة وهذا صحيح في حق المقتول، أمّا في حق القاتل فلا، لأن في حق القاتل قد جُعِلَ كأنه قطع عليه حياته، ألا ترى أنه يجب عليه القود في العمد، والدية في الخطأ.

ولا يتصور وجوب هذا عليه بانتهاء مدة حياته، وإذا لم يكن موتًا في حقه، والوصية ملك متعلق بالموت بعينه، لأنه لا يتصور لغيره مثل الميراث فلم يثبت له الملك المُوصَى له مثل ما لا يثبت للوارث.

والمعنى في الموضعين واحد وهو ما قلنا.

قال: وليس كالمدبر إذا قتل سيده، لأن العتق غير متعلق بالموت بعينه في المدبر، ألا ترى أنه يتعلق به وبغيره بخلاف مسألتنا.

۞ **الجواب:**

أمّا الأول فقد سبق الكلام عليه في المسألة الأولى، وذكرنا أن الوصية عقد تمليك بعد الموت، وهو مثل الهبة في حال الحياة وتكلمنا على طريق الخلافة، وخرج الإرث لأنه ليس بعقد تمليكٍ يكون ركنه الرضا، وإنما هو ملك حكمي فيتبع فيه مورد الشرع، وأمّا هذا لما كان عقد تمليك اعتمد أهلية التمليك من الملك ومحلية الملك في المال.

والدليل على الفرق بين الإرث والوصية: أن الوصية للذمي جائزة والإرث لا يثبت مع اختلاف الدين بحالٍ.

ويدل عليه: أنه لا جواز لإرث القاتل، وفي الوصية قد قال المخالفون: إنه لو أوصى لقاتله وأجاز الورثة جاز، فإنْ طلبوا المعنى في منع القاتل الإرث امتنعنا بجهدنا والتمسنا منهم تحقيق الشَّبه بين الإرث والوصية، وإنْ وقعت الضرورة فالوجه ما ذكرنا من اعتبار شرط الموالاة وانقطاعها بالقتل كما ينقطع باختلاف الدين، وهذا لأن أهل دار الحرب مستعدون للمحاربة مع المسلمين بحكم الدين فانقطعت الموالاة بين الحربيين والذميين، والقاتل محارب حسًّا وحقيقةً فلأن تنقطع به الموالاة أولى.

وأمّا في أهل الذمة وجد سبب انقطاع الموالاة بصورة اختلاف الدين، وأمّا الوصية فلا يشترط في ثبوتها وجود الموالاة بدليل جوازها مع اختلاف الدين.

فإن قالوا: ههنا معنى أحسن من هذا وهو أنه بقتله استجعل ما أخره الله عنه فيعاقب بضده وهو الحرمان، وهذا المعنى في الوصية موجود.

قلنا: هذا لا يطرد، لأن النائم والمخطئ يحرمان الإرث ولم يوجد منهما استعجال، وعلى أصلهم إذا ابتدأ الوصية لجارحه لا يجوز ولم يوجد أيضًا استعجال.

وفي مسألة المدبر إذا قَتَلَ سيدَه قد وُجِدَ الاستعجال الذي قالوه ومع ذلك لا يعتق بالإجماع(١)، وعلى أنه قد تمكن إبراز معنىً آخر على الطريقة التي قالوها في [١٨٠/أ] الخلافة، ويكون ذلك المعنى مخيلًا في منع الإرث دون الوصية، وذلك المعنى هو: أن الوارث خليفة المورث شرعًا قائمًا مقامه كأنه هو، ولهذا كان يملك التركة ملك بناء لا ملك ابتداء بدليل أنه لا ينقطع حول الْمُورِّث بملكه، وبدليل أنه يرد بالعيب على بائع مُورِّثه، وإذا كان ملك بناء فتصير مالكية الميت كأنها مطردة مستمرة ويصير كأن الميت حي من هذا الوجه.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: القتل قاطع ملك المقتول مزيل إياه، وقد جعل الوارث كأنه هو الْمُورِّث، وإذا قَتَله فكأنه قتل نفسه، وقتل نفسه يزيل ملكه فقتله مُورِّثه مزيل أيضًا بناء ملكه على ملكه وقيام مقامه، أو يصير بقتله كأنه قتل نفسه، والهالك لا يرث فَمَنْ جُعِلَ من هذا كالهالك لم يرث أيضًا، وهذا لا يرد في الوصية، لأن ملك الْمُوصَى له ملك ابتداء، وليس بملكِ بناء، بدليل عكس ما ذكرنا.

---

(١) ينظر: المغني لابن قدامة: ٤٣٧/١٤.

وهذا كلام لا بأس به، والمعتمد ما سبق.

وأمّا الطريقة الثانية:

فليست بشيء، لأن القتل موت قطعًا وإن لم يكن الموت قتلًا وللإنسان أجل واحد يدرك يومه ويموت بأجله ويهلك بقدره.

وأمّا وجوب القصاص والقود.

فليس لأن القتل ليس بموتٍ، بل لأن الموت ليس بقتلٍ، وعلى أنه إن كان يجب على القاتل فيجب للمقتول، وكما لا يتصور أن يموت ويجب القصاص على غيره فلا يتصور أن يموت ويجب له شيء، بل إنما وجب بارتكابه محظور الشرع وجنايته على المحل بفعل غير جائزٍ له ذلك.

وعلى أن النقض بالمدبر متوجه.

وقولهم: «إن العتق غير متعلق بالموت بعينه».

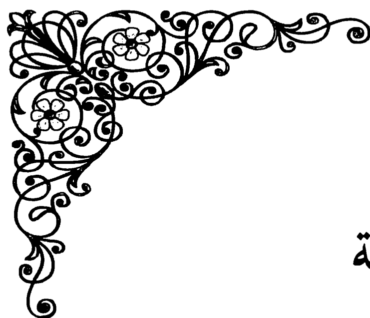
ليس كذلك، بل في هذا الموضع متعلق بالموت بعينه، ألا ترى أنه قال: «إنْ متُّ فأنت حُرٌّ بعد موتي».

وقولهم: «إنه يتعلق بغير الموت».

قلنا: بلى، ولكن لا يكون عندهم كالمتعلق بالموت على ما ذكروه في بيع المدبر.

والله تعالى أعلم بالصواب، وهو المهدِي إلى الرشاد.






كتابُ الوديعة

※ (مَسْأَلَة):

المُودع إذا خالف الوديعة ثم ترك الخلاف لم يبرأ من الضمان عندنا(١).

وعندهم: يبرأ(٢).

والمسألة تحقيقها يرجع إلى أن عقد الوديعة، هل ارتفع بالخلاف أم لا؟.

عندنا: قد ارتفع.

وعندهم: لم يرتفع.

لنا:

أن يد الوديعة قد زالت فارتفع عقد الوديعة كما لو ردّ الوديعة إلى مالكها أو استرد المالك، وهذا لأن قيام عقد الوديعة بيد الوديعة فإذا زالت يد الوديعة زال عقد الوديعة.

وإنما قلنا: «إن يد الوديعة قد زالت» وذلك لأن الشيء قد دخل في

---

(١) المهذب: ٤٧٦/١، النكت: ورقة ١٧٢/ب، الروضة: ٣٣٤/٦.

(٢) الأسرار: ١٧/١/أ (مراد ملا)، المبسوط: ١١٤/١١، رؤوس المسائل: ٣٥٧، إيثار الإنصاف: ٢٦٢.

قال سبط ابن الجوزي في الإيثار: «وصورة المسألة إذا كانت الوديعة ثوبًا فلبسه أو دابة فركبها». وتفسير العود إلى الوفاق: ترك اللبس والركوب، ومعاودة الحفظ للمالك.

ضمان المودع وهذا الضمان ضمان عدوانٍ، والعدوان عدوان يدٍ، ولا يتصور بقاء يد الوديعة مع وجود العدوان، ثم الدليل على أن يد الوديعة صارت يد عدوانٍ: أن الوديعة لو هلكت في حالة الركوب لا من الركوب أو في حال اللبس لا من اللبس يجب عليه الضمان، ولا سبب لهذا الضمان سوى يد العدوان، فإنْ منعوا هذه المسألة وقالوا: لا يجب. فيقال لهم: يقول صاحبكم[1]: «إنه برئ عن الضمان بترك الخلاف». ومن أيِّ ضمان يبرأ؟.

إنْ قلتم من ضمانٍ يجب بالإتلاف من لبسٍ أو ركوبٍ فلا يبرأ من هذا بالإجماع، وإنْ قلتم من ضمانٍ يجب بتلفٍ يحصل لا بفعله فقد ثبت أن الشيء قد دخل في ضمانه وأن يد الوديعة زالت إلى يد التعدي وصار بمنزلة غاصبٍ.

ولأنهم قالوا: لو اختلف المودَع مع المالك فقال المودَع: ما خالفتُ في الوديعة وادّعى المالك الخلاف فالقول قول المودَع، لأنه أنكر الضمان.

ولو أقر المودَع بالخلاف ثم قال: قد تركتُ الخلاف فالقول قول المالك أنه لم يترك، لأنه يدّعي البراءة عن الضمان بعدما أقر به فلا يُصدق، ولو لم يكن الخلاف سببًا للضمان بنفسه لما صار مقرًّا بالضمان بإقراره بالخلاف، ولكان بدعواه ترك الخلاف منكرًا أصل الضمان فيكون القول قوله.

وقال أيضًا في المودَع إذا باع الوديعة فهلك عند المشتري ثم جاء المالك وضمن المودَع فإن البيع ينفذ ولو لم يصر ضامنًا بالخلاف [١٨٠/ب] بإقدامه على البيع لما مَلَكه لأن الملك يستند إلى وقت وجوب الضمان ثم

(١) يقصد أبا حنيفة. ينظر: رؤوس المسائل: ص ٣٥٧.

ينفد البيع فعلمنا بجواز البيع على أصولهم أنه بالخلاف قد دخل الشيء في ضمانه فصار بمنزلة غاصبٍ، ولأن يد الوديعة يد بلا خلافٍ؛ فاليد مع الخلاف لا تكون يد الوديعة، وإذا ذهبت يد الوديعة لابد من أن تكون اليد التي تخلفها يد عدوانٍ، ويد العدوان على الشيء يُوجب دخول الشيء في ضمانه.

فثبت أن يد الوديعة قد زالت، ثم الدليل على أن الوديعة إذا زالت زال عقد الوديعة أن قيام عقد الوديعة بعد تسليم الوديعة يد الوديعة؛ بدليل أنه لو ردّها إلى مالكها ارتفع عقد الوديعة، وليس له أن يستردها ثانيًا على العقد الأول، ولأنه لو بقي لبقي لإعادة اليد، ولا يجوز أن يبقى لإعادته اليد في الوديعة، لأن إثبات اليد إنما يملكه المودَع في الابتداء بحكم أمر المالك وقد امتثل الأمر وأثبتها، والإثبات ثانيًا يحتاج إلى أمرٍ جديدٍ، وهذا لأن الأمر بالشيء لا يقتضيه إلّا مرة واحدة فقد حصل امتثال المأمور به ففعله ثانيًا لا يملك إلّا بأمر جديدٍ مثل الأول.

والحرف: أنه لَيْسَ من العقد الأول دليل على الأخذ الثاني فامتنع، وإذا امتنع فقد حصل فوات يد الوديعة التي كانت قائمة، وحصل اليأس من مثلها بقضيّة ذلك العقد، اللهم إلّا أن يوجد أمر جديد، فتحقق فوات المعقود عليه في العقد الأول، فبطل العقد قطعًا مثل المعقود عليه يفوت في سائر العقود بفوات العقد، كذلك ههنا.

وإذا تحقق ارتفاع العقد فبتركِ الخلاف لا يعود العقد فلا يعود حكمه.

ونقول أيضًا في تقرير ما بيّنا: إن الضمان واجب بالخلاف، والخلاف الذي وجب به الضمان لم يرتفع، وإذا لم يرتفع سبب الضمان لم يبرأ عن الضمان.




وإنما قلنا ذلك، لأنه بترك اللبس والركوب تارك للخلاف في المستقبل من الزمان، فأمّا الذي مضى من الخلاف فلا يتصور تركه، بل قد استقر استقرارًا لا يقبل الزوال ولا براء عن حكمه إلّا بالقيام بحقه من الأداء أو إبراء صاحب الحق إياه.

وأمّا إذا ردّ إلى المالك فذاك قيام بحق الضمان، وكذلك في المغصوب إذا ردّه الغاصب إلى مالكه.

وأمّا في مسألتنا فقد وجب الضمان ولا قيام بحقه، لأن ترك الخلاف في المستقبل لا يكون قيامًا بحق ضمانٍ وجب بخلافٍ في الماضي.

وهذا كلام معتمد، وسنبين وجه كلامهم عليه، ونعتمد في التعلق بالأحكام على فصل الجحود.

وحرف التعلق به: أن ارتفاع العقد به لزوال يد الوديعة بالجحد فلم يَعُدْ بالاعتراف، وكذلك إذا استعار دابة إلى مكان معلومٍ فجاوز بها ذلك المكان دخلت في ضمانه ولا يسقط بالعود إلى ذلك المكان.

وحرف الإشكال عليهم في هذا: أن عقد العارية وإن انتهى استعمالًا ببلوغه ذلك المكان، ولكن يد الأمانة باقية قائمة إلى أن يرد، ولهذا لو هلكت لا ضمان عليه، ومع ذلك بإعادة الدابة إلى ذلك المكان المسمى لم يبرأ عن الضمان، وإن كان قد أعادها إلى يد أمانة له في الدابة مثل مسألتنا سواء فهو هو المعتمد من الأحكام.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: بعد ترك الخلاف مودع موافق فلم يجب الضمان عليه بهلاك

الوديعة في يده.

دليله: ما قبل الخلاف، أمّا الموافقة معلومة، وأمّا البيان لقولنا: «مودع» لأن عقد الوديعة لم يرتفع بالخلاف.

والدليل عليه الحكم والحقيقة:

أمّا الحكم: فلأنه عقد من العقود فلا يرتفع بالخلاف من حيث الفعل.

دليله: الإيمان فإنه لا يرتفع فعلًا وذلك بترك الصلاة أو الصوم أو غير ذلك.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن فوات الصلاة لا يتحقق، لأنه يقضي بعد الوقت، فإن الفوات قد تحقق، وإنما القضاء فرض ثانٍ[١] بأمرٍ جديدٍ.

قالوا: ولا يجوز أن يفرق فيقال: إن عقد الإسلام عقد لازم بخلاف الوديعة، لأنه وإن كان لازمًا لكنه يحتمل الارتفاع عقدًا في حقه مع قيام لزوم الأمر. ألا ترى أنه لو جحد الصلاة ارتفع الإسلام عقدًا في حقه مع وجود اللزوم.

قالوا: ويدل على ما قلنا الاستحفاظ إذا كان بأجرة، فإنه لا يرتفع بالخلاف من جهة الفعل حتى لو استأجر أحدًا ليحفظ متاعه شهرًا فخالف في بعض الشهر ووافق في الباقي يكون العقد قائمًا، وتجب له الأجرة[٢]. وإن فرقتم باللزوم، فالاعتراض عليه ما سبق.

---

(١) في المخطوط: ثاني.

(٢) ينظر: الأسرار: ١/١٧٧/ (مراد ملا).

قالوا: ويدل عليه أيضًا: الأمر بالبيع، فإنه لا يرتفع بالخلاف من حيث الفعل حتى لو أمره أن يبيع بألفٍ فباع بخمسمائة بقي الأمر، ولو باع بعده بألفٍ يجوز.

وأمّا الحقيقة: فلأن الوديعة أمر [١٨١/أ] بالحفظ، والخلاف لا يلاقي الأمر حتى يرفعه، وإنما يلاقي المأمور، وإذا لم يلاق الأمر بقي على ما كان، وإذا بقي الأمر بقي العقد، لأن حقيقته ليس إلّا الأمر.

يدل عليه: أن العقد إنما يرتفع بما وُضِعَ لرفعه أو المنافي له.

ونحن نعلم أن الخلاف لم يوضع لرفع الأمر، بل الذي يرفع الأمر هو ردّه، وليس في الخلاف صريح ردّ ولا دليل ردٍّ.

أمّا الصريح معلوم.

وأمّا الدليل فلأنه لو صار دليلًا لكان دليلًا من حيث العادة ولا يعتاد أن يأمر غيره بالحفظ فيقول: «احفظ فإذا خالفت عزلتُك» إنما المعتاد أن يقول: «احفظ فإذا خالفت فاترك الخلاف وعُد إلى الحفظ، فإذا لم يُفهم في المعتاد إلّا في هذا لم يكن الخلاف دليلًا على ردّ الأمر بحالٍ، نعم إذا خالف فأراد أن يعزله يجيء ويسترد، وعندنا إذا جاء واسترد ارتفع العقد.

فثبت بما قلناه إنه دليل ولا صريح في الرد.

قالوا: وأمّا المنافاة فلم توجد في مسألتنا، لأن الخلاف لا ينافي وجود الأمر، ألا ترى أن في الابتداء لو أودع من غاصبٍ يجوز حتى لو نزع من الخلاف وحفظ يكون الإيداع صحيحًا مثل ما لو سلّم من يده إلى يده.

والمعتمد لهم من حيث التحقيق: أن عقد الوديعة عقد استحفاظٍ على العموم من غير تخصيصٍ بزمانٍ دون زمان، ألا ترى أنه لو حفظه سنين يكون حافظًا على العقد الأول، والحفظ على مقتضى العقد وإن فات في الحال بالخلاف فلا يوجب رفع أصل العقد، لأن ارتفاع العقد إنما يكون بفوات كلّ المعقود عليه، والحفظ على ما يتناولها العقد وإن فات في اليوم فلم يفتْ في الغد، لأنه يجوز أن يحفظ في الغد على موافقة الأمر، ألا ترى في الاستحفاظ بالأجر إذا خالف في بعض الشهر، وحكم بفوات المعقود عليه في هذا البعض لم يحكم بفوات المعقود عليه في الباقي حتى إذا حفظ في الباقي على قضية العقد استحق الأجر، والفوات شيء حسّي لا يختلف بالعقد الجائز واللازم بل يكون في الكل على وجهٍ واحد.

قالوا: والكلام في نفسه محقق قطعي لا يحتاج إلى مثال، وإذا لم يتحقق الفوات لجميع ما تناوله العقد بقي العقد للحفظ المتوقع في العقد.

والحرف: أن العقد إذا أمكن تبقيته لا يحكم بزواله وارتفاعه إلّا أن يعترض أمر شرعي وُضِعَ لرفعه شرعًا فيرفعه وقد أمكن الحكم ببقاء العقد في مسألتنا بحفظٍ يوجد منه في الغد فصار كما لو أمكن لحفظٍ يوجد منه في اليوم، وهذا لأن اليوم والغد في العقد واحد، والحفظ في الزمانين حفظ واحد فبقاؤه لأمرٍ في الغد كبقائه لأمرٍ في اليوم.

والدليل على أن الحكم ببقائه جائز لحفظٍ في المستقبل أنه يجوز أن ينعقد في الابتداء لحفظٍ في المستقبل وهو أن يودع منه شيئًا وهو في يد المالك، فإنه يكون العقد منعقداً حتى لو أخذه المودَع وحفظه على ذلك العقد

يكون جائزًا.

قالوا: وليس كما لو ردّ الوديعة إلى يد المودع، لأن العقد إنما يرتفع لعجزه عن إعادة حفظه، وذلك لأن يده زالت إلى المالك، ولا يمكنه إعادة يده إلّا بإزالة يد المالك وليس له إزالة يد المالك، فيكون عاجزًا عن إزالة يده وإذا عجز عن الإزالة عجز عن الإعادة فبطل لهذا، وفي مسألتنا لَا عَجْزَ عن ترك الخلاف وعود يد الوديعة بمجرد ترك الخلاف، وهو قادر عليه فبقي العقد لأجله.

هذا حرفهم في المسألة ومعوّلهم، وهو كلام بالغ في غاية الحسن.

قالوا: وأمّا الذي قال أصحابكم: «إنه معير يده للحفظ وبالخلاف مسترد يده».

فليس بشيء، لأن مثل هذا لا يتصوّر تحقيقه في الأيدي، ولأنه وإن استرد يده فإنما يصير مستردًا في اليوم الذي وجد فيه الخلاف، فأمّا في غير يوم الخلاف فلا، لأن الاسترداد بالخلاف فيقتصر على زمان الخلاف.

قالوا: وقولكم: «إنه معير يده بعد زوالها».

قال: هذا صحيح مملوك له إذا أبقى العقد كما في الابتداء يثبت لوجود العقد.

قالوا: وأمّا الذي قال مشايخكم: إن عقد الوديعة معقود على الأمانة، والخيانة ضد الأمانة.

قال: بلى، هو ضد الأمانة في زمان الخيانة، وأمّا في غير زمانها فلا،

ولأنه لا ضدية بين الخيانة والعقد فبقي العقد وإن ذهبت الأمانة في الحال.

قالوا: وقولكم: «إنه دخل في ضمانه».

نُسلّمه لوجود العدوان إلّا أن أصل العقد قائم لما بيّنا، وليس بين بقاء العقد ووجوب ضمان العين عليه بالخلاف تضادّ وتنافٍ(١)، والأحكام مبنية على دلائلها، فإذا قام الدليل على بقاء العقد وقام الدليل على دخوله في ضمانه حكمنا ببقائه وحكمنا بوجوب ضمانه، ثم إذا حفظ على ما يقتضيه العقد أزلنا الضمان [١٨١/ب] لارتفاع سببه وحكمنا للعود حكم الأمانة.

قالوا: وقولكم: «إن سبب الضمان لم يرتفع».

قال: بلى، ولكن قد قام بحق الضمان وهو إعادة الوديعة إلى يد مَنْ تقوم يده مقام يده، وهذا لأن العقد لما بقي في الغد ويدُ المودَع يدُ المودِع، فإذا ترك الخلاف في الغد فكأنه أوصل العين إلى نائب المالك في الحفظ.

قالوا: وأمّا فصل الجحود.

فعندنا: لا يرتفع عقد الوديعة بالجحود إلّا أن يكون الجحود بعد طلب المودع، وبالطلب قد عزله عن الحفظ.

وعلى أنا إنْ سلّمنا أن الجحود من غير طلب يرفع الأمر، فلأنه يلاقي الأمر بالرد، لأنه بجحوده منكر الحفظ من قبله أو ينكر أمره إياه بالحفظ، فإن أمره إياه بالحفظ مع ما يدعيه أنه له باطل.

---

(١) في المخطوط: تنافي.

وأمّا في مسألتنا فإن الخلاف من حيث الفعل، وقد بيّنا أنه لا يلاقي الأمر إنما يلاقي المأمور.

قالوا: ولهذا ارتفع الإسلام بجحود الصلاة ولم يرتفع بتركها.

قالوا: وأمّا مسألة العارية فالمسلّم منها:

إذا استعارها ذاهبًا لا خائنًا، وإذا كان كذلك فقد انتهى العقد نهايته حيث وَصَلَ إلى ذلك المكان فبعد ذلك لم يرد الدابة إلى عقدٍ قائمٍ.

والحرف: أن هناك لَا زَمَانَ للعقد في المستقبل، وفي مسألتنا قد وجد زمان العقد في المستقبل، وقد حفظ في ذلك الزمان على قضية الأمر وظهر حكمه من الأمانة وارتفاع الضمان.

قالوا: وقولكم: «إن يد الأمانة تبقى بعد انتهاء العقد».

ليس كذلك، لأن العقد غير معقود على اليد أصلًا ولا أقول إنه بقي للمستعير يد أمانة، وإنما لم يجب الضمان لانتفاء الأسباب الموجبة للضمان فإذا تعدى فقد وجد سبب الضمان فوجب عليه ولا يبرأ عنه إلّا بما يُبرئ عن سائر الضمانات الواجبة بالعدوانات والغصوب.

۞ **الجواب:**

أمّا قولهم: «مودع».

ممنوع، لأن الوديعة مرتفعة.

وأمّا قولهم: «إن الخلاف من حيث الفعل لا يرفع العقد».

قلنا: قد بيّنا أن بصورة الخلاف لم يرتفع، إنما ارتفع بفوات يد الوديعة على وجهٍ لا يمكن إعادته.

وقد قال أصحابنا:

إن المعقود عليه حفظ دائم بأخذٍ واحدٍ فإذا فات يد الوديعة وسلّم الخصوم ذلك فلو عادت اليد عادت بأخذٍ جديدٍ، ومعنى «الأخذ الجديد»: إثبات يده ابتداءً بعد زوالها.

وقد ألزم بعضهم إذا سقطت الوديعة من يد المودع يجوز له أخذها ثانيًا، وهذا أخذ بعد أخذ.

وكذلك إذا غصب الوديعة غاصب فاستردها منه يجوز، وهو أخذ بعد أخذ.

وليس هذا بشيء، لأن اليد الأولى مستمرة بدليل استمرار حكمها من عدم الضمان.

فأمّا ههنا فقد تبدل الحكم بدليل وجوب الضمان فيتحقق إثبات يد بعد إثبات يد، والوديعة لا يطلق إلّا إثبات اليد مرة واحدة بدليل ما لو أعاد الوديعة إلى يد المالك.

وأمّا قولهم: «إنه عاجز عن الأخذ».

قلنا: وَلِمَ؟ بل ينبغي أن يجوز له الأخذ ثانيًا على العقد الأول.

وقولهم: «إن يد المالك ثبتت فلا يملك إزالتها».

قلنا: وجب أن يملك ويحكم ببقاء الوديعة فيملك على ذلك.

والمعتمد ما سبق من قولنا: «إن الأمر لا يقتضي الفعل مرة بعد مرة وقد تقرر شرحه بما فيه غُنية».

وقد قال بعض مشايخهم: «إن الحفظ قائم، لأنه مع الخلاف مباشر للحفظ فلم يفت المعقود عليه».

وهذا في نهاية الفساد، لأن المعقود عليه هو الحفظ على جهةٍ مخصوصةٍ، وهو الحفظ على وجهٍ يأمن المالك معه على ماله وهذا حفظ مخوف.

ويمكن أن يقال: إن المعقود عليه هو الحفظ مع ترك الاستعمال والحفظ مع الاستعمال لا يكون معقودًا عليه بحالٍ.

وأمّا تعلقهم بفصل الإيمان.

فتعلق ضعيف، لأن المعقود عليه في الإيمان هو القبول بدليل تمامه من غير اتصال الفعل به، والخلاف من حيث الترك غير قادح في القبول.

وأمّا ههنا المعقود عليه هو الحفظ بدليل أنه لا يحكم بتمام الوديعة ما لم يتصل بها الحفظ، وقد فات الحفظ على ما سبق بيانه.

وأيضًا فإن الترك في الصلاة لا يتحقق بمجرد التأخير، لأن التلافي ممكن بالقضاء، وإذا قضى الصلاة في الغد يكون فعل الصلاة في اليوم، ولهذا المعنى لابد له من نية القضاء.

وأمّا في مسألتنا فقد تحقق ترك الحفظ في اليوم، لأنه وإن حفظ في الغد فلا يكون ذلك هو الحفظ الثابت في اليوم فلم يتصور التلافي فيتحقق

فوات المعقود عليه في اليوم، وفيه فوات يد الوديعة على ما سبق، وفي فوات يد الوديعة فوات يد الوديعة على ما ذكرنا.

وأمّا مسألة الحفظ بالأجر، فهو عقد لازم، وذلك يتناول أخذًا بعد أخذٍ، بدليل أنه لو أعاد الشيء إلى يد المالك، له أن يأخذ الشيء ثانيًا ليحفظه بخلاف مسألتنا على ما سبق.

وأمّا مسألة التوكيل بالبيع.

فالجواب ظاهر، لأن الخلاف لا يفوت المعقود [١٨٢/أ] عليه لأن العقد يتناول بيعًا واحدًا[1] بالثمن المذكور في زمان من الأزمنة، ولوجود البيع على خلاف المأمور لا يفوت البيع المأمور، لأنه في أيّ وقتٍ يفعل البيع فهو موجود في وقته بصفته، فلا فوت أصلًا.

وأمّا مسألة الجحود فلازم، ونعيّن في صورة وهي: أنه لو قال: ما حال وديعتي؟ فقال: ليس لك عندي وديعة.

والمنع في هذه الصورة محال، لأن الوديعة عقد جائز يرتفع بفعل أحد المتعاقدين فيكون من شرط بقائه اتفاقهما عليه، ألا ترى أن البيع لما كان يرتفع بفعل المتعاقدين جميعًا فلو جَحَدَا جميعًا قضوا بأنه يرتفع العقد، فصار جحدهما جميعًا في البيع كجحد أحدهما في مسألتنا، كما يكون اتفاقهما على الفسخ في البيع بمنزلة فسخ أحدهما.

والمعنى ظاهر.

(١) في المخطوط: واحد.

وأمّا مسألة العارية.

ففي نهاية الإلزام، لأن العقد وإن انتفى ببلوغه ذلك المكان فيد الأمانة باقية على العارية على أصلهم.

وقولهم: «إن اليد ليست يد أمانة».

قلنا: فالأيدي محصورة في الشرع فإذا لم تكن اليد يد أمانة، فينبغي أن تكون اليد يد ضمانٍ أو يد ملكٍ، أو يد وثيقةٍ ولا يتصور يد بلا صفةٍ.

وقولهم: «إنه لم يعقد على الحفظ».

قلنا: بهذا لا يندفع الإلزام، فإنهم قالوا: لو هبت الريح إلى ثوبٍ فألقته في حجر إنسان ثم تعدّى في الثوب باللبس ثم ترك اللبس يعود أمانة وإن لم يوجد عقد، فبطل ما قالوه. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا أودع عند صبي محجورٍ عليه أو عبدٍ محجور اليد بالغ فأيّهما استهلك الوديعة فعليه ضمانها[1]، وهذا قول أبي يوسف[2].

وعند أبي حنيفة ومحمد[3]: لا ضمان على الصبي أصلًا، وعلى العبد ضمانها بعد العتق، ولا يؤخذ به قبل العتق[4].

(١) المهذب: ٤٧٢/١، النكت: ورقة ١٧٢/ب، الروضة: ٣٦٩/٦.
(٢) الأسرار: ١٧٨/١/ب (مراد ملا).
(٣) المبسوط: ١١٨/١١، البدائع: ٣٨٨١/٨، إيثار الإنصاف: ٢٦٥.
(٤) الأسرار: ١٧٨/١/ب (مراد ملا)، المبسوط: ١١٨/١١، البدائع: ٣٨٨١/٨، رؤوس=

❊ **لنا:**

أن الواجب ضمان استهلاك فيؤاخذ به الصبي والعبد في الحال.

دليله: ما قبل الإيداع.

ودليل أنه ضمان استهلاك أنه واجب به بدليل أنه لو وجد قبل الإيداع وجب الضمان بخلاف ضمان التضييع، وصورته:

لو رأى إنسانًا يسرق الوديعة فترك حتى سرق الوديعة حيث لا يجب الضمان على الصبي، لأنه ضمان عقد الوديعة بحكم التزام الحفظ، بدليل أنه لا يجب به ضمان قبل الإيداع حتى لو رأى مال الغير يستهلكه الغير فسكت حتى فعله لم يجب عليه شيء، وإذا كان ضمان عقد لم يجب على الصبي، لأنه لا عقد معه.

وحرف المسألة: إن الصبيان يؤاخذون بضمان الأفعال، والواجب ضمان الفعل فيؤاخذ به.

يدل عليه: أن عقد الوديعة لا يطلق الاستهلاك فصارت في الواجب به كالمعدوم، ولو قدرنا عدمها وجب الضمان بلا خلاف، كذلك في مسألتنا.

ويمكن أن يقال أيضًا: إن عقد الوديعة لا يخلو: إما أن يكون صحيحًا أو فاسدًا، فإن كان صحيحًا فيلتحق الصبي بالبالغ وإن كان فاسدًا فيلتحق ما بعد الإيداع بما قبل الإيداع، فأمّا إسقاط الضمان فلا وجه له.

= المسائل: ٣٥٨، إيثار الإنصاف: ٢٦٥.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: هو بإيداع الشيء عند الصبي صار مُسلِّطًا إياه على الاستهلاك فلا يجب له به الضمان.

دليله: إذا سلّط صريحًا، وكما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان حتى أكله فإنه لا ضمان عليه، كذلك ههنا.

أمّا دليل الوصف: فمشايخهم رجعوا في الدليل عليه إلى عادة الصبيان بإفساد ما يقع في أيديهم من إفساد المطعوم وإراقة المشروب وتخريق الملبوس وقتل العصافير وما يشبه ذلك، فصار الرجل بوضع الشيء في يده مع علمه بعادته مُسَلِّطًا إياه على الإتلاف، كمنْ قدّم الشحم بين يدي هرة أو الشعير بين يدي دابة.

قالوا: وهذا يوجد في غير القتل، فأمّا في القتل وإراقة الدماء فالصبيان يفزعون من ذلك ويهربون منه فلا توجد فيه العادة التي ذكرناها.

وأمّا أبو زيد[1] فإنه قال من وجه آخر في الدليل على وجود التسليط قال: لما أودعه المالَ فقد أثبت له اليد على المال، فيكون اليد الثابتة للمودَع على المال مضافة إلى إثبات المالك، كالملك الذي يثبت له بالبيع والهبة يكون مضافًا إلى إثباته، وقد كان المالك بقيام يده على المال متمكن من إتلافه، فإذا أودع من الغير فقد أثبت له اليد التي كان يتمكن بها من إتلافه فصار مُمكِّنًا من إتلافه.

---

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٧٩/أ (مراد ملا).

وإنما عنينا «بالتسليط» تمكينه إياه من الإتلاف وَمَنْ مكّن غيره من إتلاف ماله يصير راضيًا بإتلافه، وَمَنْ رضي بإتلاف ماله سَقَطَ حقُّه من الضمان، لأن الضمان يجب لجبر حقه فإذا رضي بالإتلاف لم يستحق جبر حقه، وصار كما لو قدّم طعامًا بين يدي إنسانٍ حتى أكله.

يبينه: أنه لا معنى لسقوط [١٨٢/ب] الضمان في هذه الصورة سوى تمكينه إياه من إتلافه، وهذا المعنى قد وُجِدَ في مسألتنا فسقط به الضمان.

واستدلوا في أن التمكين رضًى: بالحُرّة العاقلة البالغة إذا مكّنت رجلًا من نفسها حتى وطئها، تجعل راضية بدليل سقوط المهر عندكم.

قالوا: وليس يلزم البالغ على ما قلنا، لأنا نقول في البالغ أيضًا: إنه بتسليمه إليه ممكّن إياه من الإتلاف لكن يوجب الحفظ عليه شرعًا مع تمكّنه من إتلافه بقبول عقد الوديعة والتزامه حفظه وهو بالغ عاقل مطلق للتصرف فإذا التزم حفظ الوديعة صح التزامه وصار محجورًا عن الإتلاف شرعًا بوجوب الحفظ عليه، لأنه لا يتصور لزوم الحفظ مع إطلاق الإتلاف.

وأمّا الصبي فلم يلزمه الحفظ شرعًا لكونه محجورًا عليه فبقي إثبات اليد عاملًا عمله في إثبات ملك الإتلاف.

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن الإيداع لو كان تسليطًا على الإتلاف لكان من حيث الدلالة، وقد صرّح بالأمر بالحفظ ولا حكم للدلالة مع الصريح، وذلك لأن التمكين من الإتلاف حكم ثبوت اليد الحقيقية، كما أن ملك التصرفات الشرعية حكم ثبوت الملك الشرعي، وكما أن المثبت لملك الرقبة

يصير مثبتًا لملك المنفعة وملك المتعة وملك سائر التصرفات بواسطة إثبات ملك الرقبة حكمًا له، وكذلك المثبت لليد الحقيقية يصير مثبتًا لملك الإتلاف بواسطة إثبات اليد الحقيقية حكمًا لها، وإذا كان كذلك فالمباشر للعلة يكون مثبتًا حكم العلة قصدًا لا بطريق الدلالة والضرورة فسقط بهذا الوجه قولكم: «إنه ثبت دلالة».

قالوا: وليس يلزم إذا كانت الوديعة عبدًا فقتله، لأن هناك قد جعلناه أيضًا ممكّنًا إياه من القتل وجعلناه راضيًا إلّا أن الرضا في ضمان الدم لا يعمل، كما لو رضي أن يقتله إنسان تجب الدية للورثة بخلاف الرضا في ضمان المال فإنه عامل في إسقاطه، وليس كما قال لغيره «اقتلْ عبدي» فإن في هذه الصورة ما سقط الضمان بالرضا ولكن إنما لم يجب، لأنه لا فائدة في وجوبه، لأنه استعمله في قتل عبده فلو ضمن لرجع عليه فلا تكون فيه فائدة.

وفي مسألتنا وجد التمكين من الإتلاف، فأمّا الاستعمال فلم يوجد، والرجوع بالضمان إنما يثبت بحكم الاستعمال لا بنفس التمكين، كما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان فأكله ثم ظَهَرَ مستحق واستحقه وضمنه فإنه لا يرجع بالضمان على المقدّم لوجود مجرد التمكين من غير استعمال.

۞ الجواب:

إن دعوى التسليط على الإتلاف، دعوى باطلة، بل هو مودع إياه غير أن الإيداع من الصبي باطل مثل سائر العقود المعقودة معه.

وأمّا دليل مشايخهم بالرجوع إلى العادات، ففي نهاية الضعف، لأن

الخلاف في الصبي الذي يعقل الإيداع ويعقل معناه، ومَنْ عَقَلَ الإيداع وعَقَلَ معناه لا يكون الإيداع منه تسليطًا إياه على الإهلاك.

وقد قالوا: أودع من مثل هذا الصبي وبلغ يكون الإيداع السابق منه صحيحًا حتى لو أتلفه وجب عليه الضمان، ولو كان الإيداع تسليطًا منه إياه على الإتلاف على ما زعموا لم ينقلبْ إيداعًا صحيحًا بالبلوغ، وأيضًا لو أودع الشيء عند الصبي فأتلفه ثم جاء مستحق واستحقه وضمنه لم يرجع بالضمان على المودع ولو كان الإيداع منه تسليطًا على ما زعموا لرجع عليه بالضمان كما لو سلّط صريحًا، وهم زيّفوا هذه الطريقة بهذين الكلامين، واعتمدوا على طريقة التمكين، وخرجوا هذه المسألة عليها، وقالوا: إنما ادّعينا التمكين والتمكين يُجعل كالتسليط في سقوط الضمان ولا يُجعل كالتسليط في الرجوع بالضمان، بدليل ما لو قدّم الطعام بين يدي إنسان فإنه يُجعل تسليطًا في سقوط الضمان ولو ظهر مستحق وضمنه لا يرجع على المقدّم للطعام إلّا أنه يقال لهم: في مسألة تقديم الطعام وإن صرّح بالأمر بالأكل لا يرجع أيضًا، وههنا لو صرح بالأمر بالقتل فإنه يرجع.

وقالوا: على هذا إن الرجوع عندنا بحكم الاستعمال، وفي مسألة الطعام لا استعمال سواء صرّح بالأمر بالأكل أو لم يصرّح لأن أكل الإنسان أبدًا يكون لنفسه، ولا يتصوّر أن يكون فيه عاملًا لغيره، بخلاف الإتلاف فإنه يتصوّر أن يكون الإنسان فيه عاملًا لغيره، فإذا صرّح بالأمر بالإتلاف يكون عاملًا لغيره فثبت له الرجوع، وإذا لم يصرّح ولكن وجد التمكين المجرد فيكون راضيًا بالإتلاف فسقط به الضمان الواجب له ولكن لا يصير عاملًا [١٨٣/أ] لغيره حتى يرجع بالعهدة عليه إذا لحقه الضمان هذا تخريجهم هذه

المسألة على الطريقة الثانية.

وأمّا الطريقة الأولى فقد تكلمنا عليها.

وأمّا هذه الطريقة، فهي فاسدة أيضًا.

ووجه فسادها: أنه لو دفع ماله إلى بالغٍ من غير ذكر إيداعٍ أو وَضَعَ بين يديه بحيث يتمكن من إتلافه فأتلفه، لا خلافً أنه يجب عليه الضمان، وقد وُجِد التمكن الذي ذكروه في هذه الصورة، وكذلك لو سيّب دابته في الصحراء فأتلفها إنسان يجب الضمان، وقد وجد تمكين الناس من إتلافها.

ثم يقال لهم: إن المالك إنما يملك الإتلاف بملكه لا بيده، كما يملك سائر التصرفات بملكه لا بيده، وهو لم يثبت الملك له حتى يصير مثبتًا له ملك الإتلاف.

قالوا: إنما نعني بما قلنا أنه يملك الإتلاف حسًّا بيده لا شرعًا.

قلنا: لا اعتبار بالملك حسًّا مع المنع شرعًا.

والحرف: أنه لما كان الملك شرعًا بالملك، والإيداع لم يثبت الملك له فلم يعتبر اقتداره عليه من حيث المحسوس ولا يصير إثباته القدرة عليه محسوسًا عاملًا في إسقاط ضمانٍ يجب له شرعًا، وهذا كَمَنْ أودع منه عبدًا فقتله فإنه يجب عليه الضمان، والتمكين باليد المحسوسة قد وُجِدَ، ومع ذلك لم يُجعل ذلك رضًى بسقوط الضمان لما بينا.

وقولهم: «إن الرضا لا عمل له في الدماء».

قلنا: ليس كذلك، بل هو عامل بدليل ما لو صرّح بالأمر بالقتل، وقد

أجبنا عن عذرهم.

جواب آخر:

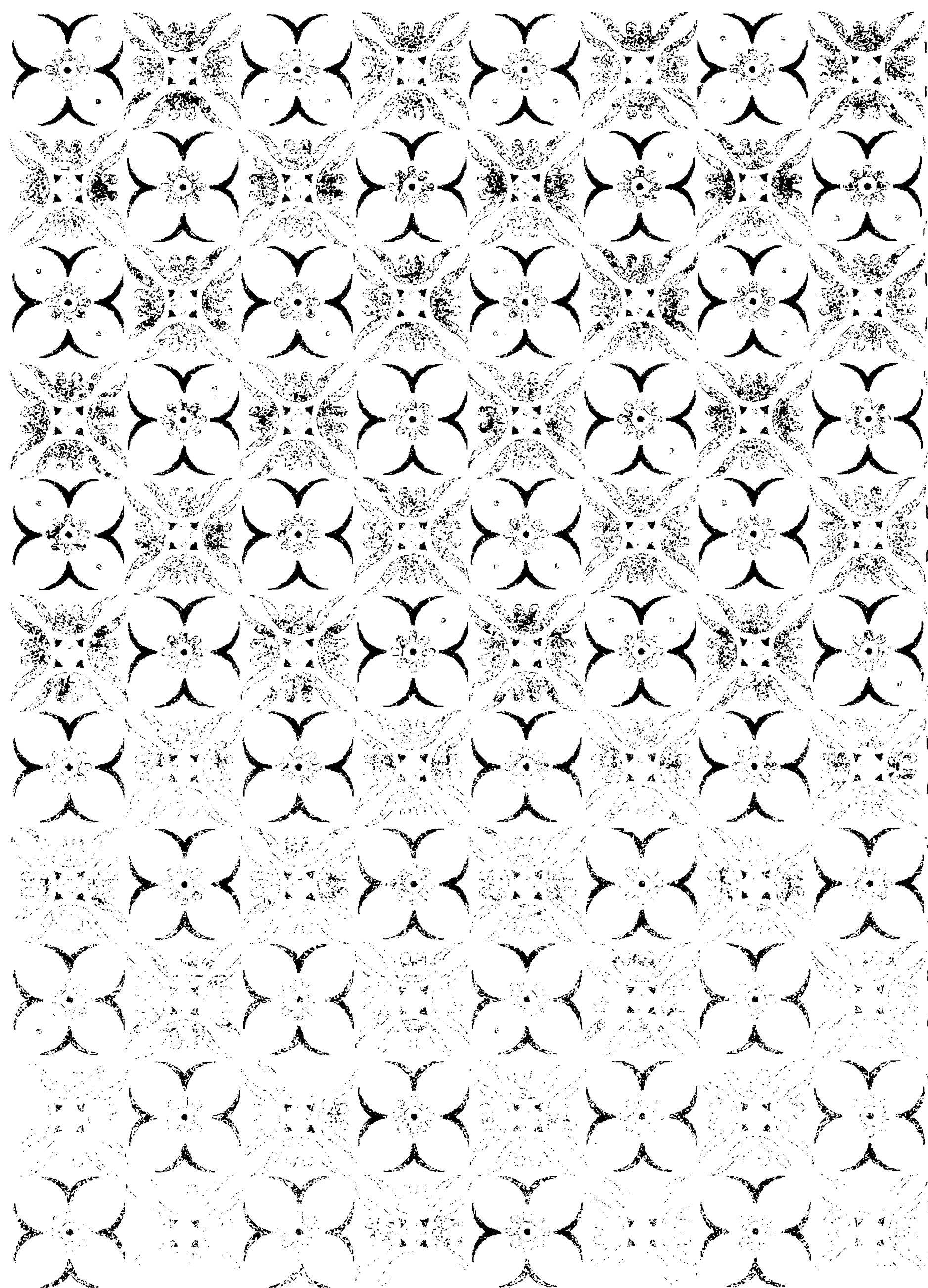
وهو أن الوديعة ليست بإثبات يد للمودع في المال، إنما هو إقامة يده مقام يده في الحفظ فصار الإيداع في الحقيقة إثباتًا من المودع يدًا أخرى لنفسه في حفظ المال أو إثبات يد ثانية عن يده في الحفظ.

فأمّا أن يقال أنها إثبات يد المودع على المال حقيقة فلا، فإن رجعوا إلى ما قالوا: إن المعنى من قولنا: «إثبات اليد المحسوسة وبها يتمكن من الإتلاف فقد أجبنا عنه».

ويقال لهم: إثبات محسوس يقابله الاستحفاظ المحسوس فإن المالك قد قال للصبي: «أودعتُك هذا الشيء لتحفظه» فإن اعتبرتم إثبات التمكين حسًّا بإثبات اليد المحسوسة فاعتبروا الاستحفاظ المحسوسة بنفي التمكين، وإن رجعتم إلى المشروع في الاستحفاظ وقلتم: إن الاستحفاظ غير صحيح مع الصبي فارجعوا في التمكين إلى المشروع، ونحن نعلم أنه يملك الإتلاف شرعًا في الموضع الذي يملكه بحكم ملكه لا بحكم تمكنه منه بيده، وإذا اعتبر الشرع لم يوجد بالإيداع التمكين من الإتلاف ولا الرضا.

والله تعالى أعلم بالصواب.





مسائل من قسمة الغنائم والصدقات

❊ (مَسْأَلة):

يستحق سلب المقتول بالقتل على شرائط مذهبية[1].

وعندهم: لا يستحق بالقتل سلب القتيل، قالوا: ولو نُفِّل استحق بالتنفيل[2].

❊ لنا:

الأخبار الثابتة في الباب، والروايات كثيرة وأحسنها حديث أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه قال: (مَنْ قتل قتيلًا وعليه سلبه فله سلبه)[3].

---

(١) الأم: ٤/٦٧، مختصر المزني مع الحاوي: ٨/٣٩٣، المهذب: ٢/٣٠٤، النكت: ٢٨٨/ب، الحاوي: ٨/٣٩٣.
معالم السنن: ٣/١٦٠، شرح النووي على مسلم: ١٢/٥٨، ٥٩.
قال الخطابي في المعالم: «قال الشافعي: «إنما يكون السلب للقاتل إذا قَتَلَ والحرب قائمة والمشرك مُقبل غير مدبر، لأنه عطية أعطاها إياه لا بلائه في الحرب، فأما مَنْ أجهز على جريح فلا معنى تخصيصه بالعطاء من غير إبلاء كان منه، وسواء عنده بارز أو لم يبارز نادي الإمام به أو لم يناد».

(٢) مختصر الطحاوي: ٢٨٤، الأسرار: ١/١٤٤/ب (مراد ملا)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٢/٧٨٠، شرح معاني الآثار: ٣/٢٣١.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ١٢/٥٩ مع النووي، باب استحقاق القاتل سلب القتيل.
والبخاري في صحيحه: ٦/٢٤٧ مع الفتح، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب.
وأبو داود في سننه: ٣/١٦١ مع المعالم، باب في السلب يعطي القاتل. =

وفي رواية: (أيما مسلم قتل كافرًا فله سلبه)[1].

وفي الرواية الأولى قصة ذكرناها في التعليق، وذكرها أبو داود في السنن.

ولا يجوز أن يحمل على التنفيل، لأن في حديث أبي قتادة أن النبي - عليه السلام - قال ذلك بعد تقضّي القتال، والتنفيل بعد تقضي القتال باطل، ولأن الظاهر من قول صاحب الشرع أنه يكون نصب شرع وأنه مسترسل على الأزمان كلها، ويعم حكمه جميع الناس، والحمل على التنفيل شرع التنفيل لا شرع السلب للقاتل، والخبر يقتضي شرع السلب للقاتل وليس ذلك إلّا على مذهبنا، ولأن الخبر يدل على الاستحقاق بالقتل، وعلى ما زعموا يستحق بالتنفيل لا بالقتل.

وقد تعلقوا بحديث عوف بن مالك الأشجعي أنه خرج في غزوة مؤتة ورافقه مَدَديٌّ[2] من أهل اليمن، وأن المددي قتل رجلًا روميًّا وحاز فرسه وسلاحه، ثم أن خالد بن الوليد أخذ منه ذلك، فقال له عوف: ألم يجعل رسول الله صلى الله عليه السلب للقاتل؟ فقال: نعم، ولكن استكثرته، فقال

= وأحمد في مسنده: ٣٠٦/٥.

والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٢٢٧/٣.

والبيهقي في سننه: ٢٢٠/٦.

(١) رواها أبو داود في سننه: ١٦٣/٣ مع المعالم، باب في السلب يعطي القاتل، وقال: هذا حديث حسن، والدارمي في سننه: ٢٢٩/٢، والحاكم في المستدرك: ١٣٠/٢، وأحمد في مسنده: ١١٤/٣.

وابن أبي شيبه في مصنفه: ٥٣١/١٤.

(٢) مَدَديٌّ: يعني رجلا من المدد الذين جاؤوا يمدون أهل مؤتة ويساعدونهم، ينظر: شرح النووي على مسلم: ٦٦/١٢.

عوف: لأقولنّ ذلك للنبي صلى الله عليه، فذكر ذلك للنبي حين [١٨٢/ب] اجتمعا عنده فقال: (يا خالد ردّ عليه سلبه)، فلما خرجا من عنده ـ صلى الله عليه ـ فقال عوف: يا خالد: ألم أَفِ إليك بما قلتُ؟ فسمع النبي ـ صلى الله عليه ـ وغضب من ذلك ثم قال: «يا خالد لا ترد عليه، هل أنتم تاركو أمرائي، لكم صفو[١] أمرهم وعليهم كدره». وذكره أبو داود[٢].

وموضع الاستدلال لهم من قوله (لا ترد عليه) ولو كان السلب مستحقًا للقاتل شرعًا لم يأمره بترك الرد عليه، دل أنه مفوض إلى رأي الإمام.

ورووا أن معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء أنهما تنازعا في سلب أبي جهل، وادّعى كل واحد منهما قتله، قال: هل مسحتما سيفيكما؟ قالا: لا، قال: أرأيتهما[٣]، فأرياه سيفيهما فقال: كلاكما قتله، ثم أعطى سلبه معاذ بن عمرو بن الجموح[٤].

۞ والجواب:

أمّا الخبر الأول:

---

(١) الصفوة: مكسورة الصاد، خلاصة الشيء وما صفا منه، وإذا أثبت الهاء قلت: صفوة بكسر الصاد، وإذا حذفتها، قلت: صَفو بفتحها. ا. هـ.
معالم السنن: ٣/١٦٤.

(٢) ينظر: سنن أبي داود: ٣/١٦٣ ـ ١٦٥ مع المعالم، باب في الإمام يمنع القاتل السلب...
ورواه مسلم في صحيحه: ١٢/٦٥ مع النووي، باب استحقاق القاتل سلب القتيل، والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/٢٣١.

(٣) كذا في المخطوط، وفي السير الكبير لمحمد بن الحسن (أرياني سيفيكما).

(٤) رواه مسلم في صحيحه: ١٢/٦٣ مع النووي، باب استحقاق القاتل سلب القتيل.
والبخاري في صحيحه: ٦/٢٤٧ مع الفتح، باب مَنْ لم يخمس الأسلاب.
وذكره محمد بن الحسن في السير الكبير: ٢/٥٩٩.

فدليل عليهم، وذلك لقوله لخالد: (ردّ عليه سلبه).

وأمّا قوله ـ صلى الله عليه ـ في آخر الخبر: (لا ترد عليه) فيحتمل [أن يكون ذلك نوعًا من التكبر على عوف وردعًا له وزجرًا لما كان سبق منه، والتكبر على أميره وأمضى لخالد ما كان أدّى إليه اجتهاده من استكثار السلب، والأشبه أن يكون رسول الله ﷺ عوّض المددي من الخمس الذي هو له][1].

وإذا احتمل الذي قلناه فلا تترك السنة الثابتة المشهورة بهذا النوع من المورد المحتمل.

وأمّا حديث سلب أبي جهل فلا تعرف صحته، وإنما هو مذكور في مقاطيع المغازي ومراسيلها، على أن غنائم بدر قد كانت خاصة لرسول الله ـ صلى الله عليه ـ يعمل فيها ما يشاء.

والسبب في ذلك مشهور وهو تنازع أصحاب رسول الله ـ صلى الله عليه ـ في ذلك حتى نزل قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَنفَالِ قُلِ ٱلْأَنفَالُ لِلَّهِ وَٱلرَّسُولِ﴾[2].

وأمّا الكلام من حيث المعنى:

فهو ضيق المجال، والمسألة خبرية، ويمكن أن يقال أن السلب مال تفرد القاتل بالاستيلاء عليه فتفرد بملكه كالصيد يتفرد الإنسان بأخذه يكون لِمَنْ أخذه.

---

(١) ما بين القوسين نقلًا من معالم السنن للخطابي: ٣/١٦٤.

(٢) سورة الأنفال، آية: ١.

وهذا أصل مدلول عليه بدليل جميع المباحات إلّا أن في سائر الغنائم تُرِكَ هذا الأصل، لأن القول به يؤدّي إلى مفسدة عظيمة، وهي اشتغال الأبطال عن تتميم القتال بأخذ الأموال خوفًا من استبداد ضعفاء الجند بنهب الأموال والتفرد بها بأخذها وملكها، فإنهم إذا عرفوا ذلك نَكَلُوا عن كثير من أفعالهم وتركوها.

وفيه خوف عود الضرر العظيم على عسكر المسلمين فلأجل دفع هذه المفسدة جعلنا القسمة لجميع الجند ولم يختص كل واحد منهم بملك المأخوذ.

وأمّا السلب فتخصيص القاتل به لا يؤدّي إلى مفسدة، وقد تفرد بالاستيلاء عليه بسببٍ هو الغاية في العناء ونهاية المطلوب من القتال، وذلك كفاية شر هذا الكافر بقتله فتفرد بسلبه عوضًا عن ما انفرد به من العناء ليكون ذلك عوضًا له عن فعله وحثًا لأمثاله على مثل فعله.

وبهذا الطريق جاز التنفيل، ونحن نعلم أن الإمام لا سبيل له إلى قطع حق الجماعة وتخصيص البعض بالغنيمة لكن جاز ذلك في السلب لما ذكرنا، فليكن ذلك ثابتًا بأصل الشرع، لأنه أبلغ في الوصول إلى المقصود ونيل المراد من الحث على القتال وكفاية شر الكفار.

وأمّا هم قالوا: مأخوذ بظهور المسلمين وقوتهم فيكون محبوسًا مقسومًا.

دليله: سائر الأموال.

وإنما قلنا ذلك لأنه لولا قوتهم وإلّا لم يظهر على هذا الكافر وشبهوا




بالواحد يفتح حصنًا لا ينفرد بما فيه، وكذلك السرايا لا ينفردون بما أخذوا.

ويدل عليه: أن مَنْ أسر أسيرًا لا ينفرد بسلبه، وكذلك لا ينفرد بملكه وأسره نظير قتله.

وقاسوا على ما لو قَتَلَ الكافرَ بعد إدباره.

والجواب: بتقرير ما سبق.

وقولهم: «لولا قوة المسلمين لم يظفر عليه».

قلنا: هذا غير معتبر مع تفرده بالقتل، كما لو أثار رجل صيدًا وأخذه غيره فإنه يكون للآخذ دون المثير، وإن كان لولا إثارته لم يأخذه. وفي الأسير وجهان، وعلى التسليم كفاية الشر بالكلية تكون بالقتل.

وأمّا إذا قَتَلَ كافرًا مدبرًا فهو مكفيّ الشر من وجهٍ بإدباره وهزيمته.

والله أعلم بالصواب.



※ (**مَسْألَة**):

الغازي إذا جَاوَزَ الدرب فارسًا ثم هَلَكَ فرسه استحق سهم الرجالة عندنا(١).

وعندهم: يستحق سهم الفرسان(٢).

---

(١) مختصر المزني مع الحاوي: ٤٢١/٨، المهذب: ٣١٤/٢، النكت: ورقة ٢٩٠/أ، الحاوي: ٤٢١/٨، الروضة: ٣٧٨/٦.

(٢) مختصر الطحاوي: ٢٨٥، الأسرار: ١٤٤/١/أ (مراد ملا)، الهداية: ٤٩٨/٥ مع فتح القدير،=

❁ **لنا:**

أنه لم يوجد سبب استحقاق سهم الفارس فلا يستحق سهم الفارس.

دليله: إذا هلك الفرس قبل دخوله دار الحرب.

وإنما قلنا إنه لم يوجد [١٨٤/أ] السبب، لأن السبب هو الجهاد فارسًا ولم يوجد، لأن الجهاد والقتال بمعنى واحد فلم يوجد، وذلك لأن الجهاد مع الكفار هو فعل منه يتصل بهم، وهو كجهاد الرجل مع الرجل، وقتاله معه هو فعل متصل به مثل ضربه إياه وكلامه معه، وهذا لا يكون إلّا بحقيقة المقاتلة والمحاربة، فأمّا بدخول دار الحرب فلا، لأنه لا يوجد فعل منه يتصل بهم حتى يكون مجاهدًا إياهم، فثبت أنه لم يوجد الجهاد فارسًا، وإذا لم يوجد فقد فُقِدَ سبب الاستحقاق فانتفى الاستحقاق، ونقيس على ما لو باع الفرس بعد دخوله دار الحرب أو مات الفارس فإنه يسقط سهم الفارس في الموضعين، كذلك ههنا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: وُجِدَ الجهاد فارسًا فاستحق سهم الفرسان، كما لو شَهِدَ الوقعة ثم هلك فرسه.

وإنما قلنا: «إنه وجد الجهاد فارسًا» لأن دخول دار الحرب جهاد.

والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوۡطِئٗا يَغِيظُ ٱلۡكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنۡ عَدُوّٖ نَّيۡلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِۦ عَمَلٞ صَٰلِحٌ﴾(١). فقد نُزل وطء ديارهم منزلة

= البدائع: ٤٣٦٥/٩، رؤوس المسائل: ٣٦٤.

(١) سورة التوبة، آية: ١٢٠.

النيل منهم، ثم النيل منهم بالقتل والأسر جهاد، كذلك وطء ديارهم، ولأن دخول دار الحرب معنىً يؤدّي إلى الجهاد، لأنه إذا دخل دار الحرب بقصد قتالهم قصدوه بالقتال، والقتال جهاد.

فثبت أنه معنىً يؤدّي إلى الجهاد فيكون جهادًا شرعًا.

دليله: شهود الوقعة.

قالوا: وأمّا حقيقة المقاتلة ساقطة العبرة، بدليل أنه بعد ما شهد الوقعة لو قاتل راجلًا أو لم يقاتل استحق سهم الفرسان، وإذا سقط اعتبار حقيقة القتال صارت العبرة بما جعل جهادًا شرعًا، وذلك بدخوله دار الحرب.

وربما يقولون: وُجِدَ فارسًا في أول أجزاء الجهاد فوجب أن يستحق سهم الفرسان.

دليله: ما بيّنا.

وأول جزء الجهاد هو مجاوزته دار الإسلام إلى دار الحرب على ما بينّا.

وقد قال مشايخهم: إن الخيل تقصد للإرهاب والإرعاب بدليل قوله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾(١)، والإرهاب يحصل بنفس الدخول، لأن العادة أنهم يستعملون عدد الخيل، والرجل عند الدخول فيحصل الإرهاب بنفس الدخول من هذا الوجه، وإذا حصل المقصود من الخيل تم السبب المشروع للاستحقاق.

قالوا: ولا يلزم إذا باع الفرس، لأنه ليس بمجاهدٍ بل هو تاجر، لأنه

(١) سورة الأنفال، آية: ٦٠.

تبين ببيعه أنه قصد التجارة لا الجهاد.

وأيضًا: فإن السبب وإن وُجِدَ بالدخول فالبيع قد قطع السبب باختياره فصار السبب كالمعدوم في حقه بخلاف الموت فإنه لا يوجد باختياره.

قالوا: وأمّا إذا مات الفارس فإنها يسقط السهم بفوات المستحق، والهالك لا سهم له.

وفي مسألتنا المستحق قائم إنما هَلَكَ المستحق به، وقد فرق بينهما، ألا ترى أن بعد شهود الوقعة لو هلك الفرس لا يسقط السهم، ولو هلك الفارس سقط سهمه.

۞ **الجواب:**

إن دعوى وجود الجهاد بمجاوزة الدرب، فاسد لما بيّنا.

والحرف: أنا نعتبر الحقيقة التي ذكرناها إلى أن يصرفنا عنه صار في دليل قاطع. أمّا الآية، نحن نقول: إن دخول دارهم بنيّة الجهاد بمنزلة النيل منهم في حيازة الأجر، وكذلك الخروج من داره بنيّة الجهاد جهاد، وإن اخترمته المنية قبل وصوله إلى دار الحرب فقد أحرز الأجر بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾[1].

وأمّا استحقاق الأجر في الدنيا أمر آخر يتعلق بحقيقة القتال كسقوط فرضه عنه إذا تعيّن عليه تنفير أو غيره يكون بوجود حقيقته، وكذلك سقوط

(١) سورة النساء، آية: ١٠٠.

فرض الحج على الإنسان يكون بوجود حقيقته.

وأمّا قولهم: «إن الدخول فعل مفضي إلى الجهاد».

قلنا: ما يفضي إلى الجهاد لا يكون جهادًا، لأن المفضي إلى الشيء غير ذلك الشيء، وهذا كخروجه من داره بنيّة الجهاد يفضي إلى الجهاد ثم لا يكون جهادًا حتى لو هلك فرسه في هذه الحالة قبل وصوله إلى دار الحرب لم يستحق سهم الفرسان.

والجملة أنا نقول: إنه مادام في المسير سواء كان في دار الإسلام أو في دار الحرب لم يستحق سهم الفرسان، لأنه في سبيل الجهاد وليس في نفس الجهاد، وسهم الفارس متعلق بنفس الجهاد.

وأمّا قولهم: «حقيقة القتال فارسًا غير معتبر».

قلنا: قد قال بعض أصحابنا: إنه لو ترك القتال فارسًا لا لحاجة [١٨٤/ب] القتال راجلًا لا يستحق سهم الفرسان.

وعلى أنا إن سلمنا فنقول: إنا اكتفينا بشهود الوقعة فارسًا عن القتال، لأن المقصود من القتال فارسًا زيادة النِكاية في العدو وشِدّة القتال، لأنه يوجد من الفارس من شِدّة المقاتلة ما لا يوجد من الراجل، وإذا كان المقصود ما بيّنا فقد تتفق مواضع في القتال يكون القتال راجلًا أنكى في العدو وأقرب إلى الطعن بهم من القتال فارسًا.

وعلى هذا عُرْف المحاربة فإنه إذا اشتد القتال ترجلّت الفرسان وكم من المواضع يكون الفرس وبالًا على الفارس فإذا كان أمور الحرب تختلف هذا

الاختلاف، وهذا أمر تعلمه الشجعان والفرسان ويخفى على سائر الناس، فلو اعتبرنا ذلك وأدرنا الحكم عليه أدّى إلى حرج عظيم فسقط اعتبار حقيقة المقاتلة على الفرس وانتقل الحكم إلى ظاهر الأمر وهو شهود الوقعة فارسًا وأدير الحكم عليه وجودًا أو عدمًا.

فإن قالوا: فنحن ندير الحكم على دخول دار الحرب.

وربما قالوا: إذا أسقطت اعتبار حقيقة القتال فَلِمَ كان اعتبار شهود الوقعة أولى من اعتبار دخول دار الحرب؟.

قلنا: إنما اعتبرنا شهود الوقعة، لأنه أقرب السببين إلى حقيقة القتال وأدلهما عليه وأشهدهما في الأداء إليه، ألا ترى أنه يُسمّى مقتلة ومعركة، والفعل فيه يُسمّى وقعة.

وأمّا دخول دار الحرب فهو مجرد انفصال من مكانٍ إلى مكانٍ فهو كانفصاله من بلده وحصوله في الطريق.

فإن قالوا: دخول دار الحرب أسبق السببين فيكون أولى بالاعتبار.

قلنا: أسبق الأسباب انفصاله من داره بنيّة الجهاد ومع ذلك لم يعتبر، دل أن المعتبر ما قدمناه.

وأمّا قولهم: «إن إرهاب العدو يحصل بدخول دار الحرب».

قلنا: لا، بل يحصل عند شهود الوقعة.

وأمّا الإلزام بموت الفارس فبالغ واقع.

وقولهم: «إن هناك هَلَكَ المستحق».

قلنا: وهاهنا هَلَكَ ما يُستحق به.

وأمّا تعلقهم في الفرق بما بعد شهود الوقعة.

فليس بمسلم، لأن عندنا لا فرق بين موت الفرس وموت الفارس بعد شهود الوقعة. والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

سهم ذوي القربى ثابت عندنا في حال حياة النبي ـ صلى الله عليه ـ وبعد وفاته ويفردون بسهم من الخمس بعلة القرابة[1].

وعندهم: قد كان لهم سهم يستحقونه بعلة النصرة، وسقط بوفاة النبي ـ صلى الله عليه[2].

ومنهم مَنْ قال: بقي مستحقًا بعلة الفقر[3].

❋ لنا:

قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ

(١) مختصر المزني مع الحاوي: ٨/٤٤٩، المهذب: ٢/٣١٦، النكت: ورقة ٢٨٧/ب، الحاوي: ٨/٤٢٩، الروضة: ٦/٣٥٥، معالم السنن: ٣/٣٨٥.

(٢) الأسرار: ١/١٤٣/ب (مراد ملا)، الهداية: ٥/٥٠٣ مع فتح القدير، رؤوس المسائل: ٣٦٢، البدائع: ٩/٤٣٦١.

(٣) قال الكاساني في بدائعه: «والصحيح أنه كان لفقراء القرابة دون أغنيائهم، يعطون لفقرهم، وحاجتهم، لا لقرابتهم، وقد بقي كذلك بعد وفاته، فيجوز أن يعطى فقراء قرابته ﷺ كفايتهم دون أغنيائهم، ويقدمون على غيرهم من الفقراء» ٩/٤٣٦١.

﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾[١].

والمراد منه قرابة الرسول ـ ﷺ ـ لأنه سبق ذكر الله وذكر الرسول، ويستحيل أن ينصرف إلى الله تعالى فانصرف إلى الرسول ـ صلى الله عليه.

فإن قالوا: «ذوي القربى» لفظ محتمل، يجوز أن يكون المراد منه قرب النسب، ويجوز أن يكون قرب النصرة، ويجوز قرب الصحبة.

قلنا: القرابة المطلقة شرعًا وعرفًا بقرب النسب، بدليل أنه لو أوصى لذي قربى بني فلان ينصرف إلى أقربائه نسبًا بالإجماع[٢]، وكذلك قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِٱلْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ﴾[٣]، وفي العُرف لا يفهم بإطلاق لفظه إلّا الأقرباء من النسب.

وقد دلت السنة على هذا فإنه قد ثبت برواية سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم أن النبي ﷺ «قسم الخمس يعني خمس الخمس بين بني هاشم وبني المطلب فانطلقت أنا وعثمان بن عفان إلى النبي ﷺ...»[٤] الخبر إلى آخره.

ففي قسمته ـ صلوات الله عليه ـ هذا السهم بين بني هاشم وبني المطلب دليل على أن المراد من ذي القربى المذكور في الآية أقرباء النبي ـ صلى الله عليه ـ وإذا ثبت هذا فالاستدلال من قوله تعالى: ﴿وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ وهذه اللام

---

(١) سورة الأنفال، آية: ٤١.

(٢) لم أجده في مظانه.

(٣) سورة البقرة، آية: ١٨٠.

(٤) رواه أبو داود في سننه: ٣/٣٨٢.

تقتضي الاستحقاق، كما يقال: الثوب لزيدٍ والدر لعمرو، وإذا ثبت الاستحقاق بهذا اللفظ لم يجز أن يُحرَمُوا.

ويدل على ما ذكرنا حديث عبد الرحمن بن أبي ليلى قال: سمعتُ عليًا - رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ - يقول: اجتمعتُ أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة[1] عند النبي ـ صلى الله عليه ـ فقلتُ: «يا رسول الله إن رأيت أن تولينا حقنا من هذا الخمس في كتاب الله فأقسمه في حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك فافعل فَفَعَلَ ذلك فقسمتُه في حياة النبي ـ صلى الله عليه ـ ثم ولانيه أبو بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر فإنه أتاه مال كثير فعزل حقنا ثم [١٨٥/أ] أرسل إليّ فقلتُ: بنا عنه العام غنىً وبالمسلمين حاجة فارْدده عليهم فردّه عليهم ثم لم يدعُني إليه بعد عمر أحد، فلقيتُ العباس بعدما خرجتُ من عند عمر، فقال: يا علي حرمتنا الغداة شيئًا لا يُرد علينا أبدًا»، وكان رجلًا داهيًا[2].

رواه أبو داود[3] على هذا الوجه.

والمعتمد الكتاب ولا مزيد عليه.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بالخبر الذي روينا من طريق سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم حيث انطلق هو وعثمان إلى النبي ـ صلى الله عليه ـ وقالا: قسمت

(١) في المخطوط (حارث)، والتصويب من سنن أبي داود.

(٢) الدّهى: بفتح الدال وسكون الهاء: الفطنة وجودة الرأي. ينظر: معالم السنن: ٣/٣٨٦.

(٣) ينظر: سنن أبي داود: ٣/٣٨٥، ٣٨٦ مع المعالم، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى.

لإخواننا بني المطلب ولم تعطنا شيئًا يعني بني عبد شمس وبني نوفل وقرابتنا واحدة فقال النبي ـ عليه السلام ـ: (إنما نحن بنو هاشم وبنو عبد المطلب شيء واحد)[1].

وفي رواية: (إنهم لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام)[2].

قالوا: وهذا دليل على أنه أعطى بالنُّصرة لا بالقرابة، فإنهم طلبوا بالقرابة، وأخبر ـ صلى الله عليه ـ أن الحق كان بالنُّصرة، والنُّصرة قد ذهبت بوفاة النبي ـ صلى الله عليه.

قالوا: وأمّا الأولاد الذين حدثوا في زمان النبي ـ صلى الله عليه ـ فإنما أعطاهم لأن النصرة صفة في الشخص وقد سرت إلى الأولاد فأعطوا أيضًا، إلّا إن السراية إنما تكون إذا كانت الصفة ثابتة في الأصل، فأما إذا انقطعت عن الأصل لم يتصوّر السراية، وبعد وفاة النبي ـ عليه السلام ـ فاتت هذه الصفة في الأصول فلا سراية بعد ذلك.

قالوا: وإثبات الاستحقاق بالنصرة أولى، لأن هذا مال كرامة والنُّصرة طاعة فيجوز أن يستحق بالطاعة مال الكرامة، وأمّا القرابة فلا تصلح علة للاستحقاق، ولأن القرابة من الإنسان إنما تكون سببًا لاستحقاق ماله، فأمّا أن تكون سببًا لاستحقاق سهم من الغنيمة فلا يعرف، ولأن الله تعالى نزّه النبي ـ عليه السلام ـ عن هذا اللّوث، وهو أن تكون رسالته سببًا لاستحقاق غرض

(١) رواه أبو داود في سننه: ٣/٣٨٢ مع المعالم، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى.

(٢) روى هذه الرواية أبو داود في سننه: ٣/٣٨٤ مع المعالم، والنسائي في سننه: ٧/١١٩، في أول باب الفيء، وأبو عبيد في الأموال: ٣٦٥.




من الدنيا، فإذا لم يستحق هو بالرسالة فلأن لا يستحق بالقرابة منه أولى وأحرى.

قالوا: وأمّا الآية ففيها بيان المصارف في الجملة على ما يذكرون في المسألة التي تلي هذه، «وذوي القربى» مصارف في الجملة حتى لو أعطى فقراءهم جاز، بل لو صَرَفَ إليهم الجميع جاز أيضًا فقد استحقوا في زمان النبي ـ صلى الله عليه ـ بعلة النُّصرة إلّا أن العلة سقطت بوفاة النبي ـ صلى الله عليه ـ فسقط الحق.

وأمّا الذين قالوا: إنهم يستحقون سهمًا بعد النبي ـ صلى الله عليه ـ بالفقر فقد قالوا: بموجب الكتاب، لأن لاسهم لهم ثابت إلّا إنه لفقرائهم، وهذا لأن الخمس مال الله والفقر علة مؤثرة في الاستحقاق من الذي يضاف إلى الله تعالى، فإن الفقراء عبيده، وقد استحقوا عليه الرزق بحكم الوعد ولم يعطهم من الأملاك شيئًا ما يكون رزقًا لهم فأحالهم على المال الذي له على عبيده من الزكوات والخمس وغير ذلك، وهذا لأن الحاجة علة مخيلة في استحقاق العبد رزقه على مولاه ومالكه.

قالوا: ولأن السهم المذكور من الخمس عوض لذوي القربى من الصدقة التي حرّموها عليهم، والحرمان للفقراء منهم دون الأغنياء لأن الأغنياء منهم حُرِمُوا بعلة الغنى لا بعلة القرابة، فإذا كان الحرمان للفقراء على الخصوص كان العوض للفقراء على الخصوص.

ورووا بطريق الكلبي(١) ....

(١) الكلبي: هو محمد بن السائب بن بشر الكلبي أبو النضر الكوفي النسابة المفسر متهم بالكذب،=

عن أبي صالح[1] عن ابن عباس «أن أبا بكر، وعمر، وعثمان، وعليًا، قسموا الخُمس على ثلاثة أسهم: لليتامى والمساكين وابن السبيل، وجعلوا السهمين الباقين في الكِراع والسَّلاح»[2].

وذكر أبو داود في سننه في الخبر الذي ذكرناه برواية سعيد بن المسيب عن جبير بن مطعم «أن أبا بكر قَسَّم الخُمس نحو ما قَسَّم رسول الله ـ صلى الله عليه ـ غير أنه لم يكن يعطي ذوي القربى ما كان النبي ـ ﷺ ـ يعطيهم، وكان عمر يعطيهم، وكذلك عثمان بعده»[3].

قالوا: فهذا يدل على أنه يجوز أن يُعطوا، ويجوز أن يُمنعوا على حسب ما يراه الإمام، ونحن كذلك نقول.

قالوا: ولأنه سهم من الخُمس فلا يجوز صرفه إلى الأغنياء.

دليله: سهم اليتامى.

۞ الجواب:

أمّا الحديث الأول: فهو حجة عليهم على ما بيّنا من قبل.

= ورُمي بالرفض، من السادسة، مات سنة ١٤٦هـ. روى له الترمذي وابن ماجه في التفسير. ينظر: التقريب: ٢٩٨.

(١) أبو صالح مولى أم هانئ، ضعيف، مدلس، من الثالثة، روى له أصحاب السنن الأربعة. ينظر: التقريب: ٤٢.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية، روى أبو يوسف عن الكلبي عن أبي صالح... وذكره ٤٢٤/٣.

(٣) ينظر: سنن أبي داود: ٣٨٣/٣ مع المعالم، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذوي القربى. وأبو عبيد في الأموال: ٣٦٥.

وأمّا قولهم: «إنه ـ صلى الله عليه ـ أعطى بعلة النُّصرة».

قلنا: هذا محال، لأن المروي أنه قَسّم بين بني هاشم وبني المطلب، فدل أنه أعطاهم بعلة النَّسب.

وأمّا قوله ـ صلى الله عليه: (إنما نحن وبنو المطلب شيء واحد).

قلنا: هذا مذكور بعلة إلحاق بني عبد المطلب ببني هاشم دون بني عبد شمس وبني نوفل.

فإن قالوا: فإذا تحقق أنهم يكونون أتباعًا لهم فلا يسوّي بينهم وبين الأصول كالنِّساء والصبيان.

[١٨٥/ب] قلنا: إذا ألحقوا بهم فحينئذ يصيرون مثلهم فيسوى في الاستحقاق.

ويمكن أن يقال: إنه ـ صلى الله عليه ـ جعل جفوةَ بني عبد شمس وبني نوفل وتركَ نصرتهم له علة لحرمانهم مع استواء بني المطلب والبطنين الأخريين في النَّسب، وهو كما صار عداوة أبي لهب علة لحرمان منه وإن كانوا من بني هاشم.

ومجموع الكلام أن العلة في الاستحقاق هي القرابة إلّا أنه بشرط النُّصرة أو بشرط ترك الجفوة وترك الأذية.

وأمّا قولهم: «إن القرابة لا يجوز أن تكون علة».

قلنا: يجوز، لأن المال مال كرامة وقرابة الرسول ـ ﷺ ـ مخيلة في استحقاق الكرامة.

وأمّا قولهم: «إن الله نزّه الرسول ـ عليه السلام ـ عن التلوث بالدنيا».

قلنا: نعم، ولكن على جهة الطمع وطلب العوض، فأمّا على جهة الكرامة فلا، بل سمّى له صلى الله عليه سهمًا من الخمس كرامة له وجعل له الصَّفيّ[1] من الغنائم كرامة له، فكذلك يجوز أن يكون لأقربائه سهم من الخمس كرامة لهم.

وأمّا قولهم: «إنا نثبت لهم سهمًا بعلة الفقر».

قلنا: هذا مال كرامة فتأثير القرابة في استحقاقه أظهر ولأن الكتاب نص على هذا الوصف وقد وجدناه مؤثرًا فلا نحيله على سببٍ آخر.

وقولهم: «إن الحاجة لاستحقاق المال الكفاية على سيده».

قلنا: نجيب عن هذا في المسألة التي تلي هذه المسألة.

وأمّا فصل الحرمان فهو بعلةٍ القرابة في الكل، لأن العامل لا يجوز أن يكون هاشميًا مع غناه لأجل القرابة، ولأنه إنما يحرم بالغنى مَنْ يستحق بالفقر فأما مَنْ لا يستحق بالفقر فكيف يحرم بالغنى؟.

فدل أن بني هاشم حُرِمَ الأغنياء والفقراء منهم بعلة القرابة، والسهم من الخمس عوض فيجب أن يكون العوض في محل الحرمان بعلة الحرمان حتى يكون عوضًا، ولأنهم إذا حُرِمُوا بالقرابة ولم يُعوّضوا يكون الحرمان عقوبة

---

(١) «الصَّفيُّ: هو ما يصطفيه من عرض الغنيمة من شيء قبل أن يخمس ـ عبد أو جارية أو فرس، أو سيف وغيرها ـ وكان النبي ﷺ مخصوصاً بذلك مع الخمس الذي كان له خاصة». ا.هـ. قاله الخطابي في المعالم: ٣/٤٠٠.

عليهم، فدل أن الإعطاء والحرمان جميعًا بالقرابة.

وأمّا الذي رووه من طريق الكلبي:

فضعيف جدًا، وقد اتفق أهل العلم بالرجال على أن الكلبي متروك[1]، وقد قيل: كان بالكوفة كذّابان السُّدي[2] والكلبي[3]، وعلى أن السُّدي أمثل منه.

وأمّا أبو صالح أستاذ الكلبي فقد كان يُسمّيه سعيد بن جبير: ابن صالح دروغْ زن[4].

وأمّا الذي ذكروا عن أبي بكر أنه لم يكن يعطيهم كما كان يعطيهم رسول الله ـ صلى الله عليه.

قلنا: قد نُقِلَ بالروايات الصحيحة أن أبا بكر أعطاهم، فلا تترك تلك الروايات بمثل هذه الروايات، فلا تقبل رواية مَنْ لم يعرف الإعطاء في مقابلة من عرف الإعطاء، وقد قال علي: «أما أبو بكر فلم يكن في زمانه كثير مال وما كان فقد أعطانا...»، وعلى الجملة الاعتماد على الكتاب ولا نسخ بعد

---

(١) ينظر: تهذيب التهذيب: ٩/١٨٠.

(٢) إسماعيل بن عبد الرحمن بن أبي كريمة السُّدي أبو محمد الكوفي، صدوق يهم ورمي بالتشيع ـ من الرابعة ـ، مات سنة ١٢٧هـ، روى له مسلم، وأصحاب السنن الأربعة. ينظر: التقريب: ٣٤.

(٣) ينظر: تهذيب التهذيب: ٩/١٧٨.

(٤) روي هذه اللفظة ابن عدي في الكامل بسنده عن سفيان، عن محمد بن قيس، عن حبيب بن أبي ثابت قال: «كان إذا حدّث عن أبي صالح قال: دروغْزن» ا. هـ. ٢/٥٠٢.
وذكر هذه اللفظة ابن حبان في كتابه المجروحين: ١/١٨٥ (عند ترجمته).

النبي عليه السلام بقول أحد ولا فعله.

وأمّا اليتامى:

قلنا: اليتم دليل الحاجة بدليل أنه لو أوصى ليتامى بني فلان يصرف إلى المحتاجين منهم بخلاف الأقارب.

وعلى أنه قد منع فصل اليتامى، والأصح التسليم، والجواب ما بيّنا.

وقد قال أصحابنا:

إن القرابة إذا منعت مالًا أوجبت مالًا، بدليل قرابة الإنسان منعت مال الوصية وأوجبت مال الميراث، وتقرير هذا ما سبق.

والقياس على قرابة الإنسان نفسه ضعيف، وأصل الكلام في إثبات العوضية كلام مؤيد بالسُّنة وهو قوله ـ عليه السلام ـ: (يا بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غُسالة أيدي الناس، وعوّضكم منها خمس الخمس)[1]، وقد بيّنا وجه الاستدلال من هذا الكلام. والله أعلم بالصواب.



(١) قال الزيلعي في نصب الراية: غريب بهذا اللفظ. ٤٠٣/٢، وروى مسلم في حديث طويل من رواية عبد المطلب بن ربيعة مرفوعًا: (إن هذه الصدقات إنما هي أوساخ الناس وإنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد...) الحديث.
صحيح مسلم: ١٧١/٧ مع النووي، باب ترك استعمال آل النبي ﷺ على الصدقة.

※ (مَسْأَلَة):

لا يجوز صرف الصدقات إلى صنفٍ واحدٍ بل يجب صرفها إلى جميع الأصناف الذين يوجدون، وتصرف إلى ثلاثة ثلاثة من كل صنف[1].

❖ لنا:

قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ﴾[2] يقتضي ثبوت الحق لهم، وقوله (والمساكين) معطوف في هذا الحق على الفقراء.

فثبت أصل الاستحقاق والتشريك بين الأصناف بمقتضى الآية.

وقد قال الأصحاب[3]: أضاف هذا الحق إليهم بلام التمليك وأشرك بينهم بواو التشريك فهو مثل ما يقول الإنسان: هذا الثوب لفلانٍ وفلانٍ وفلانٍ.

وقد حرّروا وقالوا: مضاف إلى أصنافٍ بأوصافٍ فثبت الحق لهم، ولم يجز أن يُحرم بعضهم ويُعطى بعضهم.

دليله: إذا أوصى لهؤلاء بثلث ماله.

---

(١) الأم: ٢/٦١، المهذب: ١/٢٣٠، النكت: ٨٦/ب، الحاوي: ٨/٣٧٨.
لم يذكر المؤلف مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة ولعله سقط سهوًا من الناسخ وهو جواز صرفه إلى صنف واحد.
ينظر: مختصر الطحاوي: ٥٢، الأسرار: ١/١٢٨/ب (مراد ملا)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ١/٤٠٠، مختصر القدوري: ١/١٦٥ مع الجوهرة.

(٢) سورة التوبة، آية: ٦٠.

(٣) منهم الشيرازي في مهذبه: ١/٢٣١، ونكته: ورقة ٨٦/ب.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا بظاهر قوله: ﴿إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَـٰتِ فَنِعِمَّا هِىَ ۖ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾(١).

فأقل ما تقتضي هذه الآية أنه إذا صرف إلى الفقراء على الانفراد يجوز.

قالوا: ولا يجوز أن يحمل على النفل، لأن الصدقات في كتاب الله محمولة على الفرائض بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلْفُقَرَآءِ﴾(٢) وبدليل قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ [١٨٦/أ] أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا﴾(٣).

وأمّا المعنى:

قالوا: الفقراء ليسوا بمستحقين للزكاة، وإنما هم مصارف لحق الله، وإنما صاروا مصارفَ لحاجتهم إلى الكفاية، وقد وجدت الحاجة في حق الواحد فصار محلًا لصرف حق الله تعالى إليه، فإذا صرف إليه فقد صرف الحق إلى محله فجاز، وهذا كما أن الكعبة لما صارت محلًا لأداء الصلاة إليها فسواء صَلَّى إلى قلب الكعبة أو إلى جزءٍ من أجزائها فإنه يجوز، وقد بنوا هذا الفصل على أصلهم المذكور في مسألة نفي زكاة مال الصبيان وهو أن الزكاة محض حق الله تعالى، وقد أمر بصرفه إلى الفقراء لَا عَلَى أنها حق لهم، ولكن لأن الله تعالى وَعَدَ لهم الرزق ولم يملكهم ما يكون رزقًا لهم، ولله تعالى على أرباب الأموال حقوق في أموالهم، وهي: الزكوات أو العُشور

(١) سورة البقرة، آية: ٢٧١.

(٢) سورة التوبة، آية: ٦٠.

(٣) سورة التوبة، آية: ١٠٣.

والكفارات، فأحالهم بما وعدهم من الرزق على الأغنياء ليقبضوا أرزاقهم مما لله تعالى عليهم من الحقوق فصار كفّ الفقير شرطًا لتأدّى حق الله تعالى، ثم الفقير يستوفي رزقه من قبل الله بواسطة الوصول إلى الله تعالى حقًا له.

وقد ذكروا هذا الأصل في كتاب الزكاة بطوله وبسطه فلا يعاد.

وقالوا: من هذا الأصل إن الحق ليس للفقراء إنما هم مصارف على الوجه الذي بيّنا، وإنما صاروا مصارفًا[1] لحاجتهم، والحاجة في الجماعة والواحد واحد، فقد وصل الحق إلى محله في الموضعين فتأدّى ووقع في موقعه كما لو صرف إلى الأصناف الثمانية[2].

قالوا: وخرج على هذا مسألة الوصايا، لأن الْمُوصَى لهم مستحقون فإنهم أقوام عُيّنوا بعقدٍ مشروعٍ للاستحقاق فاستحقوا، وإذا استحقوا لم يجز أن يُحرمُوا.

وأمّا الفقراء والمساكين في مسألتنا فمصارف، وليسوا بمستحقين.

وقد تعلق مشايخهم: بالإمام إذا صَرَفَ إلى صنفٍ واحدٍ فإنه يجوز، وكذلك رب المال لأنه نائبه وقائم مقامه.

وتعلقوا: بما لو اجتمع وصفان من هذه الأوصاف في شخصٍ واحدٍ لا يجوز صرف وظيفتين إليه، وكذلك إذا تفرق في شخصين.

❁ **الجواب:**

أمّا الآية التي تعلقوا بها، فلا تعارض الآية التي تعلقنا بها؛ لأن فيها

(١) في المخطوط: مصارف.

(٢) في المخطوط: الثمنية.

أمر بالإيتاء إلى الفقراء فتكون الآية متضمنة لصنفٍ واحدٍ.

وأصل الآية التي تعلقنا بها متضمنة جميع الأصناف، ونحن نعلم على القطع أن المتضمن لزيادة البيان أولى، فعلى هذا يكون في تلك الآية فيها بيان بعض ما تتضمنه هذه الآية فصارت هذه الآية أولى بالتعلق بها في هذا الحكم من تلك الآية، لأن المستوفى والمتضمن لجميع الحكم أولى من المتضمن ببعضه.

وأمّا المعنى الذي قالوه والجواب عنه:

أن الأصل الذي ادّعوه باطل، والصدقات حق الفقراء بنص الكتاب، وبالنظر في الأمثال والأشباه فإن ما يجعله الله تعالى لصنفٍ ولقومٍ هو مثل ما يجعله العبيد بعضهم لبعض بالعقود المشروعة، فكما أن الحق يثبت لهؤلاء الأصناف بالعقود، كذلك بالسبب الذي جعله الله لهم ذلك إلّا أن العقد الذي يثبت به الحق لهؤلاء الأصناف بهذه الأوصاف ليس إلّا الوصية فاعتبر بها.

والذي قالوا: «أنهم مصارف كالكعبة للصلاة».

فاسد، لأن الكعبة ليس بمحلٍ الصلاة لها، فلابد أن يكون مصرفًا والفقراء محل استحقاق الحقوق، وقد أضيف هذا الحق إليهم بلام الاستحقاق فاستحقوه.

ودعواهم: «إن الزكاة حق خالص لله تعالى».

وقد تكلمنا على هذا في كتاب الزكاة.

وقولهم: «إن الله تعالى أحال الفقراء على الأغنياء بما وَعَدَهم من الرزق».

هوس، لأن الحوالات إنما تصح في الحقوق الواجبة ولا وجوب على الله تعالى.

وقولهم: «إن الله تعالى ملّك الأغنياء رزقهم».

فهذا مذهب أهل البدعة، وعندنا الرزق ما تقوم به حياة الإنسان، وليس رزقه ما يملكه، وَمَنْ يأكل الحلال والحرام كلهم في رزق الله تعالى، وهذا مذهب أهل السنة.

والدليل عليه: يسهل لكنه خروج عن مسالك الفقهاء، فلا ينبغي أن يمكنوا من الشروع في أمثال هذا الكلام.

ثم يقال لهم إنْ سلّموا لكم إنهم مصارف، فإنما صاروا مصارفًا بالحاجة، ولكن أسباب الحاجة مختلفة باختلاف هذه الأسباب فحاجة الفقراء لعدم المال وحاجة المسكين بالضر والزَّمانة، وحاجة العامل ليتفرغ لهذه الحسبة بما يصل إليه من العمالة، وحاجة الغارم لتفريغ ذمته، وحاجة ابن السبيل ليصل إلى أهله ووطنه، وحاجة المجاهد ليصل بالمأخوذ إلى الجهاد، فإذًا اختلف أسباب الحاجة والمقصود دفع هذه الحاجات، فإذا صرفنا إلى البعض دون البعض عطلنا البعض فأعرضنا عن هذه الأسباب ونظرنا إلى نفس الحاجة.

[١٨٦/ب] وكما لا يجوز ترك النظر إلى أهل الحاجة لا يجوز ترك النظر إلى أسباب الحاجة.

فإن قالوا: «باجتماعهم في أصل الحاجة يصيرون كصنفٍ واحدٍ».

قلنا: هذا دعوى بلا دليل، وإذا اختلفت الأسباب لم يجز أن يجعلوا كصنفٍ واحدٍ، لأن فيه تعطيل الأسباب.

وقد قالوا: لو أوصى لأمهات أولاده وللفقراء وللمساكين يكون الثلث من الْمُوصَى به لأمهات أولاده، لأنه جعل لأمهات الأولاد سهمًا، وللفقراء سهمًا وللمساكين سهمًا، فلو صارت الأصناف في مسألتنا كصنفٍ واحدٍ، فصار الصنفان في مسألة الوصية كصنفٍ واحد، فينبغي أن يكون لأمهات الأولاد النصف وللفقراء والمساكين النصف[1].

وأمّا تعلقهم بالإمام:

فتعلق فاسد، لأن الإمام نائب عن الأصناف جميعًا فالوصول إلى يده وصول إلى الأصناف، ثم له بعد الولاية في التعيين وتركه، والزيادة والتخيير، وما أشبه ذلك، ولأنه سبق عليه حفظ زكاة كل إنسان ليصرفه إلى الأصناف جميعًا فجعل زكاة جميع مَنْ يسلم إليه زكاته كزكاة شخصٍ واحدٍ لدفع هذا الحرج ثم عليه صرف ما في يده إلى جميع الأصناف حتى لو أعطى البعض وحرم البعض لا يجوز.

وأمّا قولهم: «إنه إذا اجتمعت صفتان من هذه الأوصاف في الشخص الواحد لا يستحق وظيفتين».

قلنا: إنما كان كذلك، لأن الله تعالى قد نص على الأشخاص كما نص على الأوصاف فنقول: وإن اجتمعت صنفان في هذه الصورة، ولكن الشخص

(١) ينظر: الأسرار: ١/١٢٩/ب (مراد ملا).

واحد فلا يجمع له بين وظيفتين وَجُعل كمَنْ له صفة واحدة ولم يجمع حتى لا يؤدي إلى الإخلال بالنصوص من وجهٍ.

والله أعلم بالصواب



※ (مَسْألة):

مَنْ عليه زكاة الأموال الظاهرة يجوز أن يفرق الزكاة بنفسه على أظهر قولي[1] الشافعي رضي الله عنه، وأصحهما[2].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: لا يجوز[3]، وهو القول الثاني[4].

❖ لنا:

قوله تعالى: ﴿إِن تُبْدُواْ ٱلصَّدَقَٰتِ فَنِعِمَّا هِيَ ۖ وَإِن تُخْفُوهَا وَتُؤْتُوهَا ٱلْفُقَرَآءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾[5].

وإيتاء الفقير هو الإيصال من يده إلى يده، فأمّا الإيصال إلى يده من يد الإمام إن سُمّي إيتاء فهو مجاز لا حقيقة والعبرة بالحقيقة، ولأنه أوصل الحق إلى مستحقه الذي هو من أهل استيفائه فوجب أن يصح ويخرج عن عهدته.

---

(١) الأم: ٦٧/٢، المهذب: ٢٢٨/١، النكت: ورقة ٨١/أ، الحاوي: ٤٧٢/٨.

(٢) المهذب: ٢٢٨/١، الحاوي: ٤٧٢/٨، وهو القول الجديد.

(٣) الأسرار: ١٣٠/١/أ (مراد ملا)، اللباب في الجمع بين السنة والكتاب: ٤٠٥/١.

(٤) المهذب: ٢٢٧/١، النكت: ورقة ٨١/أ.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٧١.

دليله: المشتري إذا أوصل الثمن إلى الموكِّل.

ودليله: زكاة الأموال الباطنة إذا أوصلها مَنْ عليه بنفسه إلى الفقراء.

وأمّا قولنا: «أوصل الحق إلى مستحقيه».

فقد بيّنا أن الصدقات حق الفقراء.

وأمّا قولنا: «إنه من أهل استيفائه».

لأن الفقير حر عاقل بالغ رشيد فيكون من أهل استيفاء حقه.

يبينه: أن الإمام إذا قبض يؤمر بتسليمه إليه، فإذا كان من أهل الاستيفاء من يد الإمام يكون من أهل الاستيفاء من يد مَنْ عليه، ولأن الزكاة سقطت عنه فيما بينه وبين الله تعالى، بدليل أنه لو لم يتفق مطالبة الإمام لا يؤمر هو بالإعادة، وإذا سقطت عنه وهو الموجب عليه في حق الله تعالى وهو الموجب له فلا معنى لبقائه في حق وسيط ليس بيده إلّا الوساطة والطلب، وهذا معتمد.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بظاهر قوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾(١) وهو أمر، والأمر على الوجوب، ولأن الفقير مولى عليه من قبل الإمام في قبض الصدقات فلا يجوز قبضه بنفسه، كما لا يجوز قبض الطفل.

وإنما قلنا: «مولًى عليه»، لأن الفقراء لكثرتهم عاجزون من قبض الصدقات فثبت الولاية عليهم لعجزهم، كما يثبت على الأطفال والمجانين،

---

(١) سورة التوبة، آية ١٠٣.

ولأن الأموال الظاهرة هي السوائم في البراري، وأموال التجار في الطرق والزروع في الصحاري، وهذه الأموال إنما تكون محفوظة مصونة بحشمة الإمام وحمايته، ولولا ذلك ليغشمنّها الأيدي الظالمة ويوزعنّها المحادثات المتفرقة، ولما كانت صيانتها بحشمة الإمام وحمايته فالله تعالى جعل له ولاية في قبضها جزاءً على تعبه في حمايته، مثل المضحي يضحي فيقيم حق الله بيده فثبت له ولاية تفريق لحمها على الفقراء ليكون جزاءً له في مقابلة عمله.

وإذا ثبتت له هذه الولاية لم يكن لصاحب المال إسقاط حقه بل يحكم ببقاء حقه وبقاء الزكاة فيما يعود إلى حقه وإن سقطت فيما بينه وبين الله تعالى، ويجوز أن يسقط الشيء في حق شخصٍ ويبقى في حق آخر كما لو قال زوجُ المعتدة: أخبرتني المرأة أن عدتها انقضت، يحكم بسقوط العدة في حقه وبقيت في حقها على ما عرف.

وأمّا الموكِّل لأنه لا ولاية عليه للوكيل، وإنما الوكيل نائب وليس يدخل على هذا ما اعترضوا على [١٨٧/أ] فصل الوكيل من وجه آخر.

وقالوا: إن لم نجوّز تسليمه الثمن إلى الموكِّل احتجنا إلى نقض قبضه وإعادته في الحال، لأن التسليم إليه متعين وإن قبضه الوكيل بخلاف مسألتنا، لأن الإمام يجوز أن يعطيه فقيرًا آخر.

قالوا: وأمّا زكاة أموال التجارة فهي غير محفوظة بحشمة الإمام إنما هي محفوظة بأيدي أصحابها، فلا معنى لإثبات ولاية الإمام جزاءً على حمايته.

وعلى أنا إنْ قلنا: إنها محفوظة بحشمة الإمام، ولكن إنما جاز لأرباب

الأموال أن يؤدوا بأنفسهم بإذن الإمام وهو عثمان رضي الله عنه على ما روى عنه، أنه فوّض إليهم أداءها، ولم يبطل بموته، لأنه كان نوع حكم فلم يبطل بموت الحاكم.

واستدل مشايخهم:

بأصل ثبوت المطالبة فإن حق المطالبة ثابت للإمام في الأموال الظاهرة بالإجماع حتى إن مَنْ عليه لو امتنع أخذ الإمامُ منه جبرًا وقهرًا.

فنقول: حق ثبت للإمام المطالبة به واستيفاؤه فلا يجوز لِمَنْ عليه تفريقه بنفسه.

دليله: الجزية، والخراج.

۞ الجواب:

أمّا الآية، فليس فيها أكثر من جواز أخذ النبي ـ صلى الله عليه ـ والأئمة، ولا كلام فيه.

وإنما الكلام في أنه هل يجوز لمن عليه أن يؤدّيها بنفسه أولا؟ وليس في الآية تعرض لهذا.

أمّا قولهم: «إن الفقير مولًى عليه».

لا نسلم، لأن الولاية لا تثبت إلّا على مَنْ هو من أهل الولاية عليه، والفقير حُرّ، عاقل، رشيد، بالغ، ليس من أهل ثبوت الولاية عليه.

وأمّا قولهم: «إن الفقراء لكثرتهم عجزة عن استيفاء الصدقة».




قلنا: لا عجز، لأنه لا يؤمر بإيصالها إلى جميع الفقراء، ولأن تعيين الفقير إلى مَنْ عليه الزكاة، وإذا تعيّن ذهب العجز.

وأمّا قولهم: «إن السوائم تكون محفوظة بحشمة الإمام وحمايته».

قلنا: وكذلك الأموال في البيوت وأموال التجارة في الخانات والحوانيت، ومع ذلك يجوز لمن عليه أن يؤدّيها بنفسه.

وقولهم: «إنه كان بإذن الإمام وهو عثمان».

قلنا: قوله - رضي الله عنه - كان في جميع الأموال فإنه قال: «هذا شهر زكاتكم فَمَنْ كان له مال وعليه دين فليحتسب ماله بما عليه، وليزكِ[1] بقية ماله...»[2].

وليس لهذا اللفظ اختصاص بأموال التجارة دون غيرها، وعلى أن الأموال الظاهرة إن كانت محفوظة بحمية الإمام فلم ينبغِ أن يكون له الولاية على الفقراء.

فإن قالوا: «جزاءً على عمله».

قلنا: قد نال الأجر في الآخرة والرزق في الدنيا، فلأيّ معنىً يحتاج إلى شيء آخر.

(١) في المخطوط: «وليترك»، والتصويب من المراجع الآتية في حاشية (٢).

(٢) رواه الإمام مالك في الموطأ: ٢/١١٧ مع المنتقى. باب الزكاة في الدين.
والبيهقي في سننه: ٤/١٤٨، باب الدين مع الصدقة.
وابن أبي شيبة في مصنفه: ٣/١٩٤، باب ما قالوا في الرجل يكون عليه الدين مَنْ قال: لا يزكيه.
وعبد الرزاق في مصنفه: ٤/٩٢، ٩٣، باب لا زكاة إلّا في فضلٍ.

وأمّا ثبوت أصل المطالبة للإمام فللنظر لأرباب الأموال والفقراء.

أمّا أرباب الأموال فليسهل عليهم التسليم ولا يحتاجون إلى طلب المستحقين وتتبع الأصناف، وأمّا الفقراء فلأنه لو فُوِّض بالكلية إلى أرباب الأموال يغلب عليهم البخل والشُّح، ولا يكون للفقراء قوة الأخذ، ولا لأرباب الأموال شفقة الإيصال فيفوت الحق.

وأمّا الإمام فيكون له قوة الأخذ وشفقة الإيصال فيحيا الحق فلهذا أثبتنا لهم المطالبة.

وأمّا الجزية والخراج، فإنما لم يجز لِمَنْ عليه أن يفرقها بنفسه لأن مستحقه غير متعين فإن للإمام أن يجعل الجزية والخراج في غير أرزاق الْمُقَاتِلة مما يرى من المصالح، وإذا لم يتعين مستحقه لم يجز لِمَنْ عليه تولِّي تفريقه بنفسه بخلاف مسألتنا فإن مستحق الصدقات متعيّن، فإذا تعيّن مَنْ له وَمَنْ عليه، ومَنْ له من أهل القبض فَمَنعُ قبضه محال.

يبينه: إن الخراج والجزية مصلحة الملك، لأن الإمام لابُدّ له من قوةٍ وقوته تكون بالجند، وإنما يتقوّى بهم إذا أقاموا على بابه، وإنما يقيمون على بابه برزقٍ يعطيهم ويجري على يده، فإذا لم يجر على يده وكان لهم أن يأخذوا بأنفسهم أخذوا وتفرقوا وذهبت قوة الإمام فيصير كواحدٍ من الرعية فلا تبقى له هيبة عندهم، وإذا ذهبت هيبتُه وحشمتُه عندهم، فيضعف، وتفرق جنده، وأكلت الرعية بعضُهم بعضًا، وجاء الفسادُ الشاملُ، وانقطع النظامُ، وتعذر الضبطُ، وانحل القوى، وعَمّ الهرج، وجاءت الفتنة الصماء العمياء، وعند ذلك الهلاك، وذهاب الدين والدنيا، والله المستعان، ومثل هذا لا يوجد في




أمر الزكاة؛ لأنه للفقراء والمساكين، ولا تتعلق بذلك قوة الإمام، ولا بقاء السلطان فافترقا لهذا.

والله أعلم بالصواب وهو الموفق والمعين.



تم الربع الثاني من كتاب الاصطلام، وهو ربع البيع بحمد الله تعالى ومنّه، وهو الموفق لإتمامه بفضله وكرمه، في أواخر شهر الله المعظم رمضان من شهور سنة

سبع عشرة وخمسمائة، والحمد لله، وصلواته على نبيه محمد وآله أجمعين، وحسبنا الله وحده وهو المعين.



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

كتاب البيوع

الموضوع	الصفحة




الموضوع	الصفحة

مسائل من السلم

كتاب الرهن

كتاب




كتاب الصلح

كتاب الضمان

كتاب الوكالة

كِتَابُ الإقرار

الموضوع	الصفحة

كِتَابُ الغَصب

كتابُ الشفعة

الموضوع	الصفحة

كتاب الإجارة

كتَابُ الهبة

كتَابُ الفرائض

الموضوع	الصفحة

كتابُ الوصايا

كتابُ الوديعة

مسائل من قسمة الغنائم والصدقات



أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

✽ ما فكرة مشروع «أسفار»؟

أسفار: مشروع يُعنى بطباعة الكتب الشرعية؛ التي تهمُّ المختصين من طلبة العلم، **ويتميَّز بأنَّ مطبوعاته تُباع بسعر التكلفة** أو قريب منه؛ فهو مشروع خيري (غير ربحي).

✽ ما أهداف «أسفار»؟

أسفار: مشروع يهدف لتحقيق غايات سامية؛ منها:

ـ طباعة الكتب التراثية المحققة في جميع الفنون الشرعية (القرآن، السنة، العقيدة، الفقه وأصوله، اللغة)، ونشر البحوث الشرعية الجادة لا سيما ذات الطابع التأصيلي، مع التركيز والعناية بانتقاء الرسائل العلمية (الدكتوراه والماجستير) التي حقها أن تنشر، وإشهار المصنفات المغمورة التي لم تطبع من قبل، مع توفير الكتب النافعة بأسعار مخفَّضة من غير أرباح تجارية، لتكون مدعومةً وفي متناول المتعلمين؛ تقرباً إلى الله بتيسير العلم على طالبيه.

✽ تمويل «أسفار»:

يرتكز تمويل أسفار على: التمويل المباشر من المحسنين، الذين نسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء، ويجعل ما يقدمونه من مالٍ في موازين حسناتهم، وأن يجعل هذا المال المبذول منهم عملاً داخلاً في قوله ﷺ: «إذا ماتَ ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث... أو علمٌ ينتفع به»، والكتب مصدر أصيل من مصادر العلم ورافد عظيم من روافد المعارف، وما عُبِدَ الله بعبادةٍ أعظم من العلم الشرعي.

✽ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s. faar16@gmai. com   @sfaar16

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف

أبي المظفر السمعاني

منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي

الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩هـ)

تحقيق

أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الثالث

الاصطلام

فِي الخِلَافِ بَيْنَ الإِمَامَيْنِ الشَّافِعِيِّ وَأَبِي حَنِيفَة

الطبعة الأولى
١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

* الفرع الرئيسي : حولي ـ شارع المثنى ـ مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
* فـرع حولـي : حولي ـ شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
* فـرع المصاحف : حولي ـ مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
* فـرع الفحيحيـل : البرج الأخضر ـ شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
* فـرع الجهـراء : الناصر مول ـ ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
* فـرع الريـاض : المملكة العربية السعودية ـ التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥٠ الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

E-mail: z.zahby74@yahoo.com imamzahby

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

مختصر

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩ هـ)

تحقيق
أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الثالث

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

※ (مَسْألة):

التخلي لنوافل(١) **العبادات أفضل من النكاح عندنا**(٢)، إلا إذا تاقت نفسه إلى النكاح (وفقد الصبر)(٣)، وخاف على نفسه ارتكاب المعصية إن لم يتزوج، فإنه يكون النكاح أفضل(٤).

وعندهم: النكاح أفضل على الإطلاق من التخلي لعبادة الله(٥).

❖ **لنا:**

أن النكاح ليس بعبادة وغير العبادة لا يكون أفضل من العبادة.

وأما بيان قولنا أنه «ليس بعبادة»؛ لأنه(٦) العبادة عبارة عن فعل يتقرب به إلى الله تعالى يؤتى به على وجه مخصوص لفائدة مخصوصة وهو الثواب أو الوصول إلى رضا الله تعالى، وهذا لا يوجد في النكاح؛ ولأنه يصح من

---

(١) في (ز): لنفل.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٤) الحاوي: ٩/٣٢ ـ ٣٣، المنهاج: ٣/١٣٦ مع شرحه المغني، معالم السنن: ٢/٥٣٨، شرح السنة للبغوي: ٩/٤.

(٥) الأسرار: كتاب النكاح: ص ١٧ بتحقيقنا، رد المحتار على الدر المختار: ٣/٣، فتح القدير: ٣/١٨٤، البحر الرائق: ٣/٨٢.

(٦) في (ز): هو أن.

الكافر ولو كان عبادة لما صح من[1] الكافر[2]، ولا نحتاج في هذا إلى كثير (من الدليل)[3]؛ لأنهم يسلمون أن النكاح ليس بعبادة، ومن ادعى أنه عبادة فهو لجهله بالعبادة[4]، وقد قالوا في إثبات النكاح: بشهادة رجل و[5] امرأتين أنه عقد من جنس عقود المعاملات، وما كان على هذا الوجه فنقطع أنه ليس بعبادة.

وأما بيان قولنا: «أن غير العبادة لا يكون أفضل من العبادة»؛ لأن معنى الأفضل أن يكون له رتبة في الشرع، لا توجد لغيره، وللعبادة من الرتبة الشرعية ما لا يوجد لغيرها؛ لأن الإلزام والإيجاب ابتداءً إنما يدخل في العبادات، وأما في غير العبادات فلا يجب ابتدأ من قبل الله تعالى في محلٍ مَا وإذا وجبت وجبت بأسباب من العباد، فتبين أن للعبادة رتبة شرعية لا يوجد لغيرها، وقد ذكرنا أن الفضيلة رتبة شرعية فلم يجز أن تستوي العبادة وغير العبادة في هذه الرتبة فضلًا من أن تزيد عليها.

يبينه: أن معنى قولنا «أن هذا الشيء أفضل من ذلك الشيء» أن الشرع طلب فعله بما لم يطلب به الآخر، والإيجاب طلب والاستحباب طلب[6] فإذا[7] لم يجز أن يُقدّم النكاح على العبادة إيجابًا لم يجز (أن يقدّم)[8] استحبابًا

(١) في (ز): منه.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): دليل.
(٤) في (ز): بحقيقة العبادة.
(٥) في (ز): أو.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): وإذا.
(٨) في (ز): لا يقدم.

وعلى عكسه تقدم العبادة على النكاح إيجابًا فتقدم استحبابًا ونعني ـ بتقدمها إيجابًا ـ أنها تجب في مواضع معلومة ولم يجب النكاح في مواضع[1] ما. (ثم)[2] يدل[3] على أن النكاح عقد مباح مثل سائر عقود المعاملات وهو أنه عقد (معقود لقضاء)[4] شهوة طبيعية، ويمكن أن يقال لتحصيل أمر مطلوب طبعًا وهو استيفاء شهوة أو طلب نسل وما كان على هذا السبيل فرتبه الشرع فيه الإباحة فحسب؛ لأن المقصود من الإيجاب والندب حصول الشيء والحث الطبيعي كافٍ بحصول الشيء[5] وهو مستغنٍ عن إيجاب أو ندب من قبل الشرع وإنما يحتاج إلى سقوط التبعة عنه في الآخرة فرتبة الإباحة تُسقط عنه التبعات (والمطالبات في)[6] الآخرة على ما قال الله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ﴾[7] الآية، فصار النكاح للوطء بمنزلة الشراء للأكل والحراثة للزرع[8] والتجارة للجمع.

وأما العبادة فالطبيعة متأبّية لها نافرة عنها فبمجرد الإباحة لا تحصل فائدة الحصول والوجود فلابد من الطلب بإلزامٍ أو استحبابٍ ووعد الثواب ليوجد ويحصّل فعرفنا بهذا الكلام أن النكاح ليس له فوق الإباحة منزلة في الشرع بأصل الوضع فلم يتصور أن يقدم على النوافل؛ لأن النوافل مندوب

(١) في (ز): موضع.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فدل.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): النكاح.
(٦) في (ز): والمؤاخذات في الدنيا و
(٧) سورة المؤمنون، آية: ٥، وسورة المعارج، آية ٢٩.
(٨) في (ز): للزراعة.

إليها محثوث عليها في الشرع، والمباح[(١)] لا يلحق[(٢)] شاؤها ولا يصل إلى منزلتها بحال.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

ذهبوا[(٣)] إلى أخبار رووها عن النبي ﷺ، أنه حثَّ على النكاح، وأمر به في قوله: **(تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة (ولو بالسّقط)**[(٤)] الخبر[(٥)] وثبت عنه ﷺ أنه قال: **(أما أني أصوم وأفطر وأقوم وأنام وأنكح ومن رغب عن سنتي فليس مني)**[(٦)]، وقال ﷺ: **(من استطاع منكم الباه فليتزوج ومن لم يستطع فليصم فإن الصوم له وِجَاء)**[(٧)] الخبر[(٨)] وقال ﷺ: **(شراركم**

---

(١) في (ز): والنكاح.

(٢) في (ز): لا يبلغ.

(٣) في (ز): أنهم ذهبوا.

(٤) رواه أبو داود في سننه: ٥٤٢/٢ مع المعالم، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء، والنسائي في سننه: ٥٤/٦، كتاب النكاح، باب كراهية تزويج العقيم، والحاكم في المستدرك: ١٦٢/٢، وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال الذهبي في التلخيص: صحيح، وقال ابن حجر في التلخيص: «وذكر البيهقي عن الشافعي أنه ذكره بلاغًا وزاد في آخره «ولو بالسِّقط» ١١٦/٣، ورواه بهذه اللفظة الطبراني في المعجم الكبير: ٣٤٩/٦.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ١٠٤/٩ مع الفتح، كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، ومسلم في صحيحه: ١٧٦/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب النكاح لم تاقت إليه نفسه.

(٧) رواه البخاري في صحيحه: ١٠٦/٩ مع الفتح، كتاب النكاح، باب قول النبي ﷺ: من استطاع منكم الباء فليتزوج، ومسلم في صحيحه: ١٧٢/٩ مع النووي، باب النكاح، باب استحباب النكاح.

(٨) ليست في (ز).

عزابكم)[١]، وقال شداد بن أوس: زوجوني، فإن النبي ﷺ أوصاني [١٨٧/ب] أن لا ألقى الله عَزَبًا[٢]، وغير هذا[٣] من الأخبار، فقد أمر به وسماه سنة مطلقة، وأوعد على تركه وقدّمه على الصوم دل[٤] أنه أفضل. واستدلوا أيضًا بأنه عليه السلام تَزوَّج وَبَلَغَ النهاية في العدد الذي أبيح له[٥] وكان عليه السلام يُكثر من المباشرة[٦] ويطوف على نسائه في ليلة واحدة[٧]، ومعلوم أن التخلي (لعبادة الله)[٨] يُنافي هذه الحالة ولا يجوز أن يترك النبي أفضل الخصلتين ويختار أدناهما وأدونهَما، قالوا: وإن قلتم أن نفسه كانت توّاقة إلى النساء فإن[٩] كان لهذا[١٠] ينبغي أن يقتصر على امرأة واحدة (فإن المقصود كان يحصل بامرأة واحدة)[١١]، والزيادة لماذا؟ لولا أنها أفضل، وأيضًا[١٢] فإن[١٣] عندكم إنما

---

(١) رواه أحمد في المسند عن أبي ذر: ١٦٣/٥، وابن الجوزي في الموضوعات رقم (١٢٤٩، ١٢٥٠).

(٢) لم أجده في مظانه.

(٣) في (ز): هذه.

(٤) في (ز): فدل.

(٥) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿لَّا يَحِلُّ لَكَ ٱلنِّسَآءُ مِنۢ بَعۡدُ وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنۡ أَزۡوَٰجٖ﴾ الآية، (الأحزاب، آية (٥٢).

(٦) في (ز): أو.

(٧) رواه مسلم في صحيحه: ٢١٧/٣ مع النووي، كتاب الحيض، باب استحباب الوضوء للجنب إذا أراد أن يأكل أو ينام أو يجامع.

(٨) في (ز): للعبادة.

(٩) في (ز): فلو.

(١٠) في (ز): هذا.

(١١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(١٢) في (ز): كيف.

(١٣) في (ز): و.

يكون النكاح أفضل للخوف من الوقوع في المعصية، وقد كان عليه السلام معصومًا من المعاصي فكان ينبغي أن يشتغل بالعبادات[1] ولا (يشتغل بالنكاح)[2] أصلًا وهذا الفصل معتمد لهم، قالوا: ولأن النكاح عقد يتضمن مصالح عامة دينيةً ودنياوية فيكون أفضل من الاشتغال بالنوافل.

دليله: عقد الإمامة والقضاء. أما المصالح الدينية فتحصن الفرج من الزنا وإحراز نصف الدين على ما قال عليه السلام: **(من تزوّج فقد أحرز نصف دينه)**[3] وفيه أيضًا صيانة النساء والذّب عنهن ومنعهن عن[4] الوقوع في الفاحشة، قال عليه السلام في النساء: **(أنهن كلحمٍ[5] على وَضَمٍ إلا ما ذُبّ عنه)**[6]، وأيضًا فإن في النكاح تكثير عباد الله وفي تكثير عباد الله تكثير عبادة الله، وأيضًا فإن فيه إرضاء الرسول لتحقيق المباهات على ما ذكره، وأما المصالح الدُّنيويه فقضاء الشهوة والسكن الحاصل في الدنيا وبه يحصل فراغ القلب والإلفة المطلوبة وبها صلاح المعيشة، وأيضًا فيه القيام على النساء بالنفقة وقد تضمن نوع نيابة[7] من الله تعالى في القيام برزق بعض عباده، وأيضًا فيه

---

(١) في (ز): بالعبادة.

(٢) في (ز): ينكح.

(٣) أخرجه الطبراني في الأوسط عن أنس بلفظ «من تزوج فقد استكمل نصف الإيمان». وقال الألباني: حسن. ينظر: صحيح الجامع الصغير وزياداته، رقم (٦٠٢٤)، والأحاديث الصحيحة رقم (٦٢٦).

(٤) في (ز): من.

(٥) في (ز): لحم.

(٦) مثل من الأمثال يرُوى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين قال: «لا يخلون رجل بمغيبةٍ إن النساء لحم على وضم» مجمع الأمثال للميداني: ١/١٧.
والضم: ما وقى به اللحم عن الأرض.

(٧) في (ز) من النيابة.

بقاء النسل في العالم وفي بقاء النسل بقاء العالم، ومن[١] هذا الحرف زعم بعضهم أن النكاح فرض على الكفاية؛ لأن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى مدة معلومة ولا يبقى العالم إلى تلك المدة إلا ببقاء الناس فطلب منا عقد النكاح ليتم ما حكم ببقائه إلى المدة المسماة وجعله فرضًا على الكفاية ليقوم به بعض الناس فيحصل المطلوب، ويتم المحكوم به، ولم يوجب على (كل واحد)[٢] بعينه لحصول المقصود بقيام بعض الناس به، قالوا: وإذا[٣] ثبت أنه يتعلق بهذا العقد مصالح دينية ودنياوية عامة فيكون أفضل من الاشتغال بالنوافل لأن تحصيل المصالح العامة دِينًا ودُنيا أنفع من النوافل التي يشتغل بها في خاصة[٤] نفسه، وهذا لأن جميع ما شرع الله تعالى إنما هو لمنافع العباد فكل ما كان النفع فيه أكثر وأعم يكون أفضل وأولى، وشبهوا النكاح بما ذكرناه من القضاء والسلطنة، قالوا: وأما قولكم: «ليس[٥] بعبادة»، بلى، ولكن يتضمن من المصالح والمقاصد ما يكون تحصيلها أفضل وأولى[٦] من العبادة مثل القضاء والإمامة.

يبينه: أن النوافل نفعه في الآخرة وفي النكاح نفعه ونفعه غيره دنيا وآخرة، فيكون أفضل وأولى. قالوا: وأما قولكم: «إنه مباح»، لا، بل هو سنة مشروعة بدليل ما بينا، وقولكم: «إنه على وفق الطبيعة». قالوا: النكاح ليس بمقصود لقضاء الشهوة بل هو مقصود لطلب النسل وتكثير العباد، ألا ترى أنه

(١) في (ز): لأجل.
(٢) في (ز): أحد.
(٣) في (ز): فإذا.
(٤) في (ز): خاص.
(٥) في (ز): أنه ليس.
(٦) ليست في (ز).

لا يحل له الوطء إلا في موضع يتصور منه النسل، ولا يحل في كل موضع تقضي فيه الشهوة إلا أن الشهوة مستحثة على تحصيل النسل وهو مثل الحشمة والجاه التي تحصل بالقضاء والسلطنة، ومعلوم أن هذا على وفق الطبيعة ولكن ليس هو المقصود، وإنما المقصود عقد القضاء لتنفيذ أحكام الله تعالى وحماية بيضة الإسلام والذّب عن حريم الدين، ولكن الجاه الحاصل به مستحث على تحصيله وتتميمه، كذلك هاهنا. وألزموا إذا كانت توّاقة إلى النساء، قالوا: لولا أن النكاح في الأصل أفضل من النوافل وإلا لم يكن في هذه الصورة أفضل أيضًا؛ لأنه لا تتصور الضرورة في باب النكاح ويمكنه الصبر، فكان ينبغي أن يكون الاشتغال بالعبادة والصبر عنه أفضل لتكون المجاهدة أتم والثواب أكثر.

قالوا: وأما الكسب والحراثة فعندنا هو أفضل إذا كان محتاجًا إليه، وتضمن السعي على العيال وتحصيل الحلال، ثم قالوا: هو لا يتضمن من المصالح العامة دينًا ودُنيا ما يتضمنه النكاح، وإنما عامة ما فيه إصلاح المعيشة وفعل الصدقة، وأما النكاح يتضمن المصالح العامة فهو نظير الإمامة والقضاء.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالأخبار، واعلم أن في ظواهر الأخبار توسع عظيم جريًا على عادة كلام العرب، وكما ورد[1] الأمر بالنكاح، ورد الأمر في كثير من المباحات، وفي نص الكتاب أوامر كثيرة في الأكل والشرب والتجارة، لكنه على طريق[2] التوسع والمجاز، كذلك هاهنا وكذا[3] الجواب عن لفظ

(١) في (ز): فقد ورد.

(٢) في (ز): سبيل.

(٣) في (ز): كذلك.

«السُّنة» فإنه قد سمّى[1] الأكل سنة في بعض المواضع مثل السجود وتعجيل الإفطار، وعلى أنا لا ننكر نوع ندبيةٍ، وسنةٍ في النكاح، ولكن على ما يليق بالمباحات لا على ما يليق بالعبادات، ألا ترى أنه لا يثاب على فعله بخلاف العبادة[2]، وأما إلحاق الوعيد فكان ذلك في حق مَنْ لا يرى النكاح أصلاً[3]، ويعتقد التبتل والرهبانية على ما كان يفعله أهل الكتاب، وقد كان على هذا جماعة من الصحابة وأرادوا تحريم النكاح وفعل الاختصاء. ثم نقول: إن كان وردت الأخبار في الحث على النكاح فقد وردت أضعافُها في الحث على النوافل وعامة القرآن والسنة دليل عليه، وثبت أن النبي ﷺ قال حاكيًا[4] عن الله تعالى: (**لا يزال العبد يتقرب إليّ بالنوافل حتى أحبه فإذا أحببته كنتُ سمعَه الذي يسمَع به، وبصره الذي يبصر به، فإن دعاني أجبته وإن سألني أعطيته**)[5]، ولا مزيد[6] على هذا، وَوَرَدَ الترغيب في إحياء الليل والتنفل فيه ووعد الثواب ما لا يُعد ولا يُحصى كثرة، فإن كان ما رووه يدل على أن النكاح أفضل ففي مقابلته ما روينا ما يزيد عليه، ويربى في أن النوافل أفضل وأولى. وأما تعلقهم بحال الرسول فاعلم أن الكلام فيمن لا يمكنه الجمع بين النكاح والقيام بمواجبه وعن الاشتغال بالنوافل فلابد، وأن يختار أحدهما فنقول: إن اختيار الاشتغال بالعبادة أفضل، فأما النبي ﷺ فقد جَمَعَ بينهما وَقَوِي على ذلك ما لا يقوى عليه غيره، وقد كان النبي ﷺ يقوم بالليل حتى

---

(١) في (ز): يسمى.

(٢) في (ز): العبادات.

(٣) زيادة من (ز).

(٤) في (ز): مخبرًا.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٣٤١/١١ مع الفتح، كتاب الرقاق، باب التواضع.

(٦) في (ز): نزيد.

تورّمت قدماه، وكان إذا فعل عبادة داوم عليها، وقد داوم بعد نكاح التسع على جميع الأوراد والعبادات التي كان يفعلها قبل نكاحهن وعلى أن إباحة الزيادة في العدد كان في حقه كرامةً من الله تعالى خُص بها، فالرسول ﷺ إنما فَعَلَ ما فَعَلَ لتستوفى كرامته التي خُص بها ولم يقتصر على الواحدة؛ لأنه كان لا يصل إلى استيفاء الكرامة إلا بالزيادة، وليس كلامنا في استيفاء الكرامات وغير الأنبياء لا يُلحق بالأنبياء قياسًا على الكرامات التي خُصوا بها، وهذا جواب بالغ جدًا معتمد.

وأما تعلقهم بالمعنى ففيما سبق جواب عنه، وذلك لأن غاية ما في الباب أن يثبت لهم أن النكاح[1][2] (تتعلق به)[3] مصالح كثيرة وهذا لا يدل على أن النكاح أفضل من العبادة، فإنا نقول لهم أولًا أصلح المصالح للعباد العبادة بدليل قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾[4] فالمصالح وإن كثرت لا توازي أصلح المصالح، ونقول أيضًا في المصالح الذي قلتم اتباع وأصول، فالأصول قضاء الشهوة والنسل، والباقي اتباع، والاتباع لا تعتبر، وأما الأصل الذي هو قضاء الشهوة وطلب النسل يدخل عليه الأكل فإن فيه قضاء الشهوة وطلب الحياة ومع ذلك لم يكن أفضل من العبادة، ثم الجواب تحقيقًا إن سلمنا تعلق جميع هذه المصالح بالنكاح ولكن لا تزيد درجته على الإباحة لما بينا، أن المقصود هو الحصول وهو عقد معقود على وفاق الطبيعة وبالإباحة يحصل المقصود، وتوجد المصالح المرتبة عليها[5]،

---

(١) في (ز): للنكاح.

(٢) في (ز): للنكاح.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) سورة الذاريات، آية: ٥٦.

(٥) في (ز): عليه.

وإذا لم تزد درجته على الإباحة لم يجز أن يصير في درجة العبادات بحال، فإن قالوا: نجعل النكاح أولى ليقع فيه الرغبة من جهتين من جهة الطبيعة، ومن جهة الشريعة فيكون إلى الوجود والحصول أقرب. قلنا: لا؛ لأن في هذا تغيير أوضاع الشرع، وذلك لا يجوز فإن وضع الشرع في الأمور التي هي على وفق طبائع النفوس الإباحة، وفي الأمور التي هي على خلاف طبائع النفوس الإيجاب والإلزام، وهذا لأن الإباحة شرع وهذا القدر في الشرع كافٍ في أمثال هذا، وأما القضاء والسلطنة فلا نقول أنه أفضل من الاشتغال بالعبادة، إلا أن يكون هو متعينًا لا يصلح له غيره فحينئذ نوجبه[1] عليه. (وأما إذا كانت نفسه توّاقة)[2] إلى النكاح فلا نقول: أن النكاح أفضل في هذه الصورة لمعنىً يعود إلى نفس النكاح، بل لمعنى يعود إلى الاحتراز عن المعصية، مثل الكسب والحراثة إذا كانت نفسه توّاقة إلى الدنيا وإلى تحصيلها، ويخاف مواقعة الحرام وطلب المال من غير [١٩٢/أ] جهته فإنه يكون الكسب أفضل من الاشتغال بالعبادة، وإنما الكلام في جعل النكاح أفضل من الاشتغال بالعبادة لمعنىً يعود إلى نفس النكاح[3]، وهذا لا يجوز لما بيّنّاه، وهذا القدر من الجواب كافٍ في هذا الفصل للمتأمل المنصف، والله أعلم بالصواب.



(١) في (ز): فوجب.

(٢) في (ز): فأما إذا تاقت نفسه.

(٣) في (ز): العبادة.

※ (مَسْأَلَة):

المرأة لا تكون ولية نفسها في مباشرة العقد بحال، ولا نيابة[1] عن الولي في المباشرة[2].

وعندهم: هي ولية نفسها في مباشرة النكاح إذا كانت حرة عاقلة بالغة، وعند محمد بن الحسن لا تباشر بنفسها وإنما تباشر بإذن وليها[3][4].

❖ لنا:

السّنة الغراء الزهراء في الباب، وهو ما روى سليمان[5] بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه قال: **(إيما امرأة نكحت نفسها بدون إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل)**[6] ثلاثًا، الخبر وحديث إسرائيل[7] عن أبي إسحاق[8] عن أبي بردة عن أبي موسى الأشعري عن

---

(١) في (ز): نائبة.

(٢) المهذب: ٢/٢٤٥، المنهاج: ٣/١٤٧ مع المغني، أسنى المطالب: ٣/١٣٥، وهو قول الحنابلة والمالكية. ينظر: المغني: ٧/٧، المقدمات لابن رشد: ص ٣٥٩.

(٣) مختصر القدوري ٢/٨، الأسرار: ص ١٦١، كتاب النكاح (بتحقيقنا)، تبيين الحقائق: ٢/١١٧.

(٤) في (ز) (بالإذن من الولي فيجوز).

(٥) هو: سليمان بن موسى الأموي مولاهم الدمشقي الأشدق، صدوق، فقيه في حديثه بعض لين، وخولط قبل موته بقليل من الخامسة، روى له مسلم وأصحاب السنن، ينظر: التقريب: ص١٣٦.

(٦) رواه الحاكم في المستدرك: ٢/١٦٨، ١٦٩، وأطال في تخريجه.
وقال ابن حجر في الفتح: ٩/١٩٤: «هذا حديث صحيح»، وينظر: تخريجه في: التلخيص الحبير: ٣/١٥٧.

(٧) هو: إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق السبيعي الهمداني أبو يوسف الكوفي ثقة، تُكلم فيه بلا حجة، من السابعة، مات سنة: ١٦٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ص٣١.

(٨) هو: أبو إسحاق: عمرو بن عبد الله الهمداني السبيعي، مكثر، ثقة، عابد من الثالثة، اختلط=

النبي صلى الله عليه أنه قال: **(لا نكاح إلا بولي)**(١) والخبران أصح شيء في الباب، وقد طعن المخالفون في إسناد هذين الحديثين(٢) وزعموا أن الراوي عن سليمان بن موسى هو ابن(٣) جريج، وقال: لقيتُ الزهري وسألتُه عنه فأنكر، وقال: لا أعرفه(٤) وهذا يوجب ضعف(٥) الحديث، ولهذا لم يُخرج في الصحيح. وقالوا: الحديث الثاني أن(٦) الأصح أنه مرسل برواية أبي بردة عن النبي ﷺ، والمرسل عندكم ليس بحجة ثم حكوا عن يحيى بن معين أن هذا الخبر لا يصح عن النبي صلى الله عليه مع خبرين نصوا عليها(٧)، وهو قوله: **(كل مسكر خمر)**(٨)، ....

= بآخره، مات سنة: ١٢٩هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٢٦١.

(١) رواه أبو داود في سننه ٢/٥٦٨ مع المعالم.
والترمذي في سننه: ٢/١٧٥ مع تحفة الأحوذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في: لا نكاح إلا بولي.
وابن ماجه: ١/٦٠٥ رقم (٨٨٠).
وابن الجارود في المنتقى: ص ٢٣٥ رقم (٧٠١ ـ ٧٠٤).
وسعيد بن منصور في سننه: ١/١٣٢، كتاب النكاح، باب مَن قال: لا نكاح إلا بولي.
والحاكم في المستدرك: ٣/١٧٠ ـ ١٧١، وقال: لم يسع الشيخين إخلاء الصحيحين منه.
وقال الألباني في الإرواء: «إنه صحيح»: ٦/٢٣٥، رقم (١٨٣٩).

(٢) في (ز): الخبرين.

(٣) ابن جريج هو: عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي مولاهم، المكي، ثقة، فقيه، فاضل، وكان يدلس ويرسل، من السادسة، مات سنة: ٥٠هـ أو بعدها، وقد جاوز السبعين، وقيل: جاوز المائة ولم يثبت، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٢١٩.

(٤) رواه الحاكم في المستدرك: ٢/١٦٨ ـ ١٦٩.

(٥) في (ز): ضعفًا في الحديث.

(٦) في (ز): إن الحديث الثاني: الأصح.

(٧) في (ز): عليهما.

(٨) في (ز): حرام. رواه البخاري في صحيحه: ١٠/٣٢ مع الفتح، كتاب الأشربة. ومسلم في=

وقوله: **(من مس ذكره فليتوضأ)**[1]، قالوا: ولأن في الحديث الأول بغير إذن وليها، فعلى هذا نقطع أن هذا الحديث تناول امرأة لها ولي، وعندنا الحرة العاقلة البالغة لا ولي لها فلا يتناولها الخبر، ولأن مفهومه يقتضي أنها إذا نكحت بإذن[2] الولي يجوز، وعندكم لا يجوز، وعندكم المفهوم حجة كالمنطوق به، وقالوا: على الخبر الثاني أن النكاح في مسألتنا بولي[3] لأن المرأة ولية نفسها ثم عارضوا هذا الخبر بما رووا من طريق ابن عباس أن النبي ﷺ قال: **(الأيم أحق بنفسها من وليها)**[4] وبحديث الخنساء[5] أن النبي ﷺ استردها من زوجها بعد ما زوّجها أبوها، وقال لها: **(انكحي مَن شِئتِ)**[6].

الجواب:

أما الأول فقد قيل إنما[7] ذكروه حكاه ابن[8] عُلية في كتابه وقد

= صحيحه: ٣٢/١٣ مع النووي، كتاب الأشربة.

(١) رواه الترمذي في سننه: ٨٦/١ مع التحفة، والدارقطني في سننه: ١٤٦/١ ـ ١٤٧.

(٢) في (ز): وإذن لها. خ

(٣) في (ز): هو بولي.

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ١٩١/٩ مع الفتح، رقم (٥١٣٦)، كتاب النكاح، باب إذا لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها بلفظ «لا تنكح الأيم حتى تستأمر».
ومسلم في صحيحه: ٢٠٤/٩ مع النووي، كتاب النكاح.

(٥) الخنساء: هي خنساء بنت خدام بن خالد الأنصارية من بني عمرو بن عوف.
ينظر: ترجمتها في: الإصابة: ٢٧٩/٤ رقم (٣٥٢).

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ١٩٤/٩ مع الفتح، رقم (٥١٣٥)، كتاب النكاح، باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة، وليس فيه لفظة «وقال لها أنكحي من شئت».

(٧) في (ز): (إن ما).

(٨) ابن علية: هو إسماعيل بن إبراهيم الأسدي مولاهم: أبو بشر البصري: المعروف بابن علية،=

تُصُفح[(١)] كتب[(٢)] (ابن علُية)[(٣)] ولم[(٤)] توجد هذه الحكاية فيها[(٥)] ثم نقول أن سليمان بن موسى ثقة، (وقد روى عنه مسلم بن حجاج في كتابه غير هذا الحديث[(٦)] وإذا كان ثقة)[(٧)] فيحمل الأمر على أن الزهري نسي روايته، وإذا كان النسيان جائزًا لم يُرَد الحديث[(٨)].

وأما الخبر الثاني قولكم[(٩)]: رُوي[(١٠)] مرسلًا. قلنا: وإن رُوي مرسلًا عن طريق الثوري لكن إسرائيل أسنده على ما بيَّنَّا[(١١)]، وهو ثقة والذي حكوا عن يحيى بن معين لا يُعرف، وعلى أنه إن لم يثبت عنده فقد ثبت عند غيره.

وقولهم: إن الخبر تناول امرأة لها ولي. قلنا: ولي المرأة معلوم عرفًا وشرعًا، فلا يجوز أن يُتركَ الحديث بمثل هذا المجادلة.

= ثقة، حافظ، من الثامنة، مات سنة: ١٩٣هـ، وهو ابن ثلاث وثمانين سنة، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب: ص ٣٢.

(١) في (ز): تصفحت.

(٢) في (ز): كتبه.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): فلم.

(٥) ينظر: المستدرك: ١٦٨/٢، ١٦٩.

(٦) ينظر: صحيح مسلم: ٨٥/١ ـ ٨٦ مع شرحه للنووي، باب بيان إن الإسناد من الدين.

(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٨) قال ابن حبان: «وليس هذا مما يقدح في صحة الخبر، لأن الضابط من أهل العلم قد يحدث بالحديث ثم ينساه، فإذا سئل عنه لم يعرفه، فلا يكون نسيانه دالّا على بطلان الخبر» ا. هـ. نصب الراية: ١٨٥/٣.

(٩) في (ز): قولهم.

(١٠) في (ز): أنه روى.

(١١) في (ز): بيناه.

وقولهم: أن مفهومه كذا، قلنا: خرج الحديث على المعتاد من حال النساء، والمعتاد من حال المرأة أنها إذا أرادت أن تتزوّج بنفسها لا تستأذن الولي، وإذا[1] لم ترد أن تتزوج بنفسها تُفوض إلى الولي نكاحها، ولا تشرع فيه أصلًا، فذكر رسول الله صلى الله عليه مباشرتها للنكاح على عادتهن لا على أن عدم الإذن شرط لبطلان نكاحها، وهذا كقوله ﷺ: **(مَنْ انتمى إلى غير أبيه[2] أو تولى أحدًا بغير إذن مواليه فعليه لعنة الله)**[3] الخبر وهو على ما ذكرنا، كذلك هاهنا.

وأما قولهم: على الخبر الثاني: أن النكاح منها بولي نكاح، قلنا: المراد من الخبر لا نكاح للمرأة إلا بولي المرأة، وولي المرأة غيرها بالإجماع. وأما خبرهم، قلنا: نحن نقول به، ومعناه: أنها أحق بنفسها حتى لا تزوِّج إلا بإذنها، وأما خبر[4] الخنساء فقد كان ثيبًا وعليه إجماع أهل الرواية، وقد ذكر البخاري في كتابه «وكان الأب زوّجها بغير إذنها»[5]، وعندنا في مثل هذه الصورة لا يصح النكاح، والسنة في المسألة معتمدة.

ومن[6] طريق القياس ....

---

(١) في (ز): وإن.
(٢) روى الجزء الأول من الحديث البخاري في صحيحه: ١٢/٥٤ مع الفتح، كتاب الفرائض، باب من ادعى إلى غير أبيه ولفظه «من ادّعى إلى غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام».
(٣) روى الجزء الثاني من هذا الحديث ابن ماجه في سننه: ٢/٨٧٠، رقم (٢٦٠٩)، ولفظه: «من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين».
(٤) في (ز): حديث.
(٥) صحيح البخاري: ٩/١٩٤ مع الفتح، كتاب النكاح، باب إذا زوج الرجل ابنته وهي كارهة فنكاحه مردود.
(٦) في (ز): ونتكلم من.

نقول[١]: إرقاق الإنسان نفسه حرام، والمرأة بمباشرتها النكاح تُرق نفسها فلا[٢] يُطلق لها ذلك ويُحرّم مثل الرجل الحر يُرق نفسه، والتحريم معلوم ودليل أنها مُرقة[٣] نفسها قوله ﷺ: **(النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته)**[٤] وسمّاها أيضًا رسول الله صلى الله عليه أسيرة، فقال: **(اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان)**[٥] أي أسرى، والأسيرة [١٩٢/ب] والمرقوقة واحدة؛ لأنها تصير مسلوبَة فوائد الحريّة من التصرف في نفسها متى[٦] شاءت (والانطلاق حيث شاءت)[٧] بل نفسها من حيث أحكام النكاح للزوج مثل الأمة، فإن نفسها من حيث أحكام ملك اليمين للسيد وإذا كانت للزوج كانت رقيقة له. قالوا: على هذا كما لا يجوز للمرأة أن تُرق نفسها لا يجوز للولي أن يُرقها، ومع ذلك بالإجماع جاز للولي أن يزوّجها، فدل على أن هذا ليس بإرقاقٍ ولئن كان إرقاقًا فهو إرقاق جائز.

❁ **الجواب:**

بما هو حقيقة المسألة هو أن النكاح في حق النساء من المضار لما بيَّنَّا

---

(١) في (ز): فنقول.

(٢) في (ز): ولا.

(٣) في (ز): ترق.

(٤) رواه سعيد بن منصور في سننه عن أسماء بنت أبي بكر - رضي الله عنهما - من قولها، كتاب النكاح، باب ما جاء في المناكحة رقم (٥٩١).
ورواه البيهقي في سننه: ٨٢/٧، وقال يروي مرفوعًا وموقوفًا والموقوف أصح.

(٥) رواه الإمام أحمد في مسنده: ٧٣/٥.

(٦) في (ز): كيف.

(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

أنه إرقاق فلابد[١] أنه حقيقة الرق أو شبه الرق وأيهما كان فهو إضرار والإضرار ممنوع عنه خصوصًا في مثل هذا؛ لأن على الحر أن يحفظ حرية نفسه، لأنها كرامة من الله وعلى أصحاب الكرامات من الله تعالى أن يحفظوا كراماتهم إلا أن الشرع جاء بجواز أصل النكاح؛ لأنه يتضمن من المصالح والفوائد ما يصير الضرر في مقابلتها بمنزلة العدم ويصير العقد باعتبارها عقد مصلحة لا عقد مضرة ومفسدة غير أن المقاصد والمصالح في النكاح تكثر فبعضها تكون ظاهرة وبعضها تكون[٢] غامضة باطنة، فالظاهرة مثل الكفاءة وتمام المهر. والباطنة مثل الخصال المطلوبة في الأزواج للنساء من حُسن الخُلق ولطافة العشرة، وكرم الطبيعة وحسن الصحبة، وتمام الورع، والتدين[٣] على اختلاف العادات، وبهذه الأشياء يتم السكن ويظهر الإلفة والمودة وهذه الأشياء لا يوصل إليها إلا بعقلٍ كاملٍ ورأى صائب[٤] والمرأة ناقصة العقل بالنص والحس[٥]، وقد خُلقت على فرط الشهوة وسرعة الانخداع والاغترار فلا تصل بعقلها الناقص ورأيها المشوب بالشهوة ونظرها الملوّث بالهوى إلى هذه المقاصد خصوصًا ما يبطن منها (فإذًا فات الوصول وإنما صار عقد)[٦] مصلحة باعتبارها بقي عقد مضرة على اعتبار الأصل وهو الحرف الذي قلنا أنه عقد إرقاق فلم يجز فبطل[٧]، هذا هو المعتمد في

(١) في (ز): ولابد.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): الدين.
(٤) في (ز): ثاقب.
(٥) في (ز): الخبر وهو خطأ.
(٦) في (ز): العبارة هكذا «وإذا فات الوصول إلى ما صار العقد».
(٧) في (ز): وبطل.

المسألة. وأما عامة الأصحاب تعلقوا[1] بالأحكام، وزعموا أن المرأة مولية[2] عليها بدليل أنها لو وضعت نفسها تحت مَنْ لا يكافئها ثبت حق الاعتراض للأولياء ولو كانت ولية نفسها كانت أولى الأولياء، والأصل أن عقد النكاح متى صدر من أولى الأولياء لا يثبت للأبعد حق الاعتراض بدليل ما لو زوّجها الأب من غير كفؤٍ ليس للجد حق الاعتراض. وتعلقوا أيضًا بفصل الاكتفاء بالسكوت[3] إذا زوّجها الولي وهي بكر بالغة ولا يوجد الاكتفاء بالسكوت إلا في حق الولي، ولأن الصغيرة إذا كانت لها أخت وأم وابن عم فالولي هو ابن العم دون الأم والأخت مع بعده وقربهما، وهذا يدل على أن الأنوثة تنافي الولاية والدلائل حسنة لا بأس بها.

وسنبيّن وجه كلامهم عليها، والمعتمد هو الأول.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا أولًا بإضافة فعل النكاح إلى النساء بنص القرآن وهو قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾[5]، وأيضًا قوله: ﴿فِيمَا فَعَلۡنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾[6] (وهذه الإضافة إضافة مباشرة، لأنه ليس لمباشرة النكاح لفظ أبين من هذا)[7]، وبمثل هذا اللفظ يضافُ

(١) في (ز): فإنهم تعلقوا.
(٢) في (ز): مولى.
(٣) في (ز): بالصمات.
(٤) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.
(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٢.
(٦) سورة البقرة، آية: ٢٣٤.
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

هذا[١] الفعل إلى الرجال فدلت هذه الظواهر على جواز مباشرتهن النكاح. وأما المعنى قالوا: تصرفت[٢] في خالص حقها، وهي من أهل التصرف فجاز كما إذا[٣] باعت مالها، والدليل على أن النكاح خالص حقها إن النكاح لا يعقد لعينه، وإنما يُعقد لمعنى، وذلك المعنى يَخْلُص للمرأة ولا يشاركها فيه أحد من ولي ولا غيره، ولأنها هي الناكحة والمنكوحة لا غير، فكيف لا يكون خالص حقها؟ ويدل عليه من حيث الحكم: أنها لو طلبت من الولي تزويجها وجبت عليه الإجابة ولو لا أنه خالص حقها، (وإلا لما وجب)[٤] عليه الإجابة؛ لأن الإنسان لا يجب عليه استيفاء حقه[٥]، ألا ترى أن مَنْ له الدّين إذا طالب ممن عليه الدين إيفاء حقه وجب عليه قضاؤه، فتبين به[٦] أن الدين خالص حقه، ولأنه لو كان الحق مشتركًا بين الولي والمرأة وَجَبَ[٧] إذا وجبت الإجابة على أحدهما عند طلب صاحبه[٨]، يجب على الآخر الإجابة أيضًا[٩] عند طلبه، ألا ترى أن الشيء إذا كان مشتركًا بين الشريكين[١٠] وهو مما يحتمل القسمة فأيهما طلب القسمة وجب على الآخر الإجابة، وقد أجمعنا على أن الولي إذا أراد التزويج لم يجب على المرأة

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): تصرف.
(٣) في (ز): لو.
(٤) في (ز): لما وجبت.
(٥) في (ز): حق نفسه.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): لكان.
(٨) في (ز): الآخر.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) في (ز): اثنين.

الرضا[١]، فثبت بما قلنا[٢] أن النكاح خالص حقها. وبيان أنها من أهل التصرف أنها من أهل سائر التصرفات، وهذا لأن النكاح تصرف [١٩٣/أ] مقاولة بين شخصين[٣] فكل من كان صحيح القول كان من أهل التصرف، وقول المرأة صحيح بالعقل والتمييز. ويدل عليه من حيث الحكم: صحة الإقرار منها بالنكاح وهو تصرف بإظهار النكاح من حيث القول.

يبينه: أن بُضعها لا يكون فوق دمها فإذا ملكت التصرف في دمها مثل ما يتصرف الرجل وهو الإقرار بالزنا والقصاص، فكذلك وجب أن تملك التصرف في بضعها بالإقرار بالعقد تارة، وبالإنشاء أخرى، وَنُزِّل الإقرار والإنشاء هاهنا منزلة الإقرار بالقتل.

قالوا: وأما قولكم: إن النكاح في حق النساء مضرة، قالوا[٤]: لا، بل هو عقد مصلحة وسنبين في المسألة الثانية على أنه كيف ما كان فقد دخل تحت الملك بدليل أن الولي يملكه.

وأما قولهم[٥]: إنها ناقصة العقل (والمقاصد باطنة)[٦]، قالوا: هذا النقصان غير معتبر بدليل أن الشرع نزّلها منزلة الرجل الكامل العاقل في الخطاب، ووجوب الحدود التي تندرئ[٧] بالشبهات ولو اعتبر نقصان العقل

(١) في (ز): الإجابة.
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) في (ز): اثنين.
(٤) في (ز): قلنا.
(٥) في (ز): قولكم.
(٦) في (ز): في المقاصد الباطنة.
(٧) في (ز): تدرأ.

لكان أدنى ما فيه أن يتنهض[1] شبهة، وهذا لأن النقصان[2] ما اعتُبر إلا في شيء واحد وهو ما تناوله النص من تعديل المرأتين بالرجل الواحد، ثم قالوا: أصل[3] العقل موجود، وفيه نقصان فلوجود أصل العقل جوّزنا أصل العقد ولوجود النقصان المتمكِّن فيه لم نفوّضه إليها على الإطلاق، وأثبتنا للأولياء حق الاعتراض إذ عثروا على خلل من نقصان مهرٍ أو عدم كفؤٍ، فأما أنتم عطلتم أصل العقل والبلوغ، وتعلقوا أيضًا بالاختيار، وقالوا: كمال العقل يُعتبر للاختيار وقد جعلتم اختيار الأزواج إلى النساء وهذه مناقضة بينة.

قالوا: ولأن عندكم لا ينعقد بعبارة المرأة أصلًا وإن كان بإذن الولي ونقصان العقل إن أثر فيما قلتم وهي فوات الوصول إلى المقاصد فلا يؤثّر في صحة العبارة ولا عمل له[4] أصلًا فلمَ لم ينعقد بعبارتها تبيّن أنه ليس كما قلتم، وهذا من إشكال المسألة، فلابد أن نعتني في الجواب عنه.

قالوا: أما قولكم: إن المرأة مولية[5] عليها، قالوا: هي مولية عليها ندبًا واستحبابًا لا حتمًا وإيجابًا ومعنى الاستحباب في هذه الولاية أن المرأة مأمورة بتفويض العقد إلى الولي منهيّةٌ عن مباشرته؛ لئلا تنسب إلى الوقاحة وغلبة الشهوة كما يُنهى[6] الإنسان أن[7] يخطب[8] على خِطبة أخيه، أو يستام على

(١) في (ز): تصير.
(٢) في (ز): إنما.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): له فيها.
(٥) في (ز): مولى.
(٦) في (ز): نهى.
(٧) في (ز): عن.
(٨) في (ز): الخطبة.

سوم أخيه حتى لا يؤدّي ذلك إلى اكتساب الوحشة بينه وبين أخيه، ولا ولاية من حيث الحتم والإيجاب؛ لأن المرأة إذا عقدت جاز، وإنما قلنا بنفي[١] هذه الولاية وإثبات تلك الولاية لقيام الدليل على كل واحد[٢] منهما. قالوا[٣]: ولهذا قلنا: إن المرأة إذا طلبت من الولي أن يزوّجها يجب[٤] على الولي الإجابة؛ لأن العقد الصادر منه برضاها أكمل وجهي العقد؛ لأن المستحَب لها أن لا تباشر بل يُكرَه لها ذلك فوجبت الإجابة ليقع بها الوصول إلى أكمل وجهي العقد، وليوجد العقد من غير أن تنسب إلى مباشرة مكروة، ولذلك يُكتفى بسكوتها إذا كانت بكرًا؛ لأنه وليها على الجملة على ما سبق، وهي تستحي من الولي الذي يتولى مباشرة نكاحها شرعًا وعرفًا ما لا تستحي من الأجنبي والاكتفاء بالسكوت إنما كان للنص[٥] في حق الولي، فلا يُلحَق به الأجنبي الذي لا يساويه في المعنى.

قالوا: وأما الاعتراض يثبت[٦] لدفع الضرر مثل الشفيع يأخذ الشقص[٧] لدفع الضرر وثبوته ليس[٨] يدل على انتفاء أصل العقد بدليل المشتري للشقص يبيع بأكثر من الثمن الأول يعترض[٩] عليه الشفيع والعقد جائز.

---

(١) في (ز): ببقاء.
(٢) في (ز): واحدة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): وجب.
(٥) في (ز): بالنص.
(٦) في (ز): ثبت.
(٧) في (ز): بالشفعة.
(٨) في (ز): لا.
(٩) في (ز): ويعترض.




قالوا[1]: وأما الجد مع الأب فلا ولاية للجد أصلًا مع الأب، فكيف يعترض؟ وأما الأب له ولاية مع ولاية المرأة فجاز أن يعترض عليه إذا مسّه الضرر، ولأن الأب أولى من الجد عقدًا وَطَلَبَ كفاءة، وفي مسألتنا العقد إلى المرأة عائد[2] وطلب الكفاءة إلى الأولياء قالوا: وأما الولاية على الغير فقد ثبت للنساء وهي[3] عند فقد العصبات، وزعموا أن الأم تزوّج وكذا الأخت، وإنما لم يقدِّم على العصبات؛ لأن الرجال بذلك أقوم[4] والنظر منهم أكمل وأتم، وهو مثل ما قلنا أن عقد النكاح إلى الولي مباشرة فضلةً واستحبابًا، ثم نقضوا هذا الفصل بالمال، فإن المرأة لا (يكون لها)[5] ولاية في مال ولدها الصغير، ولها ولاية في مال نفسها بالإجماع[6]. قالوا: ولا يجوز أن يقال: أن النكاح عقد محترم لوروده على البضع فلإظهار حرمته وجب أن لا يليه إلا الرجال؛ لأنه[7] وإن كان محترمًا فلا تكون[8] حرمته فوق[9] حرمة النفس على ما سبق، ولأنا أظهرنا حرمته باشتراط الشهادة فلا يجب طريق آخر، ونقضوا بظهور النكاح بإقرار المرأة واعتبار رضاها؛ وغير ذلك.

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): وهو.

(٤) في (ز): أقوى.

(٥) ليست في (ز).

(٦) ينظر: فتح القدير ٣/٢٥٧.

(٧) في (ز): فإنه.

(٨) في (ز): تزيد.

(٩) في (ز): على.

❁ **الجواب:**

[١٩٣/ب] أما التعلق بالإضافة الشرعية فقد تعلق الشافعي بتحقيق العضل من الولي بنص الكتاب ولا يوجد ذلك إلا بعد ثبوت الولاية حقيقة.

يبينه: أن العضل هو المنع، وإنما يتصور منع ما هو في يده، فأما ما هو في يد الغير فكيف يتصور عنه[١] المنع؟ وعندكم العقد في يدها فلا يتصور عضل على ما قلتم، وأما فصل الإضافة فهو بمعنى التسبيب، وعندنا المرأة سبيل من التسبيب إلى النكاح بالمطالبة، وأما القياس الذي تعلقوا به فاعلم أن الأولى أن نسلم لهم أن النكاح خالص حقها، ولا نسلم لهم أنها من أهل التصرفات، ولكن فساد[٢] التصرف إنما جاء من وجه آخر، وهو الذي بيناه.

وأما قولهم: إن النكاح عقد مصلحة، قلنا: إنما صار مصلحة في حق النساء لا وضعًا لكن باعتبار المقاصد ووجود المقاصد بعقد[٣] الرجال لا بعقد[٤] النساء على ما ذكرنا.

أما قولهم: إن نقصان عقلها غير معتبر قلنا: إن منعوا نقصان العقل فالحسي[٥] يدل على الوجود، وَمَنَ قال أن المرأة ليست بناقصة العقل فهو ناقص العقل، والذي قالوا: أنه غير معتبر بدليل ما قالوا.

قلنا: قد اعتُبر بدليل سلب الولايات[٦] العامة في النبوة والإمامة

---

(١) في (ز): فيه.
(٢) في (ز): إفساد.
(٣) في (ز): بعقل.
(٤) في (ز): بعقل.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): الولاية.

والسلطنة والقضاء والشهادة، إلا في موضع مخصوص.

۞ **والجواب الوجيز:**

أن نقصان العقل إذا تحقق فلابد وأن[1] يؤثر كعدم العقل (إذا تحقق)[2] وكنقصان الملك يعتبر في محله كعدم الملك فلئن لم يُعتبر في محل (تلقينا من)[3] الدليل وإلا فالأصل هو الاعتبار، ويمكن أن يقال: لو اعتُبر نقصان العقل في (خطاب الشرع)[4] أدّى إلى تعطيل الحدود وإبطال السياسات الشرعية مع امتساس الحاجة إليها، وإن[5] لم يؤثر نقصان العقل في الحدود لما بينا ففي غيرها أولى، وأما هاهنا يمكن اعتبار نقصان العقل؛ لأنه باعتباره لا يفوت النكاح فإن[6] المرأة وإن لم تتزوج بِمنع الشرع إياها عنه، فالولي يزوّج ويحصل المقصود والمطلوب، وباقي كلامهم لا يرد على شيء مما قلناه.

وأما فصل انعقاد النكاح بعبارة المرأة فبعض أصحابنا مَنَعَ، وقال: إنما سلبت العبارة؛ لأن في عقدها تعيير[7] الأولياء ولحوق الشين بجانبهم، وليس بشيء لأنه[8] لو كان لحقهم وجب إذا رضوا جاز كما إذا رضيت المرأة

---

(١) في (ز): أن.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فلقيام.
(٤) في (ز): الخطاب.
(٥) في (ز): لأن.
(٦) في (ز): لأن.
(٧) في (ز): تغيير قلوب.
(٨) في (ز): فإنه.

والأولياء بغير الكفؤ[1] جاز، ولم يثبت الاعتراض لأحد، والأولى أن نقول: إن الكلام في أصل ملك النكاح والإنسان إذا لم يملك عقدًا بنفسه بحال ولم يكن (من أهله)[2] فكيف يملك بتفويض غيره؟ ولأن عبارتها في إرقاق نفسها باطلة، ولا أهلية لها في ذلك أصلًا، فلا تستفيد بإذن أحد وليس كما لو وكّلها بالطلاق حيث يصح ولا تملك بنفسها؛ لأنا نقول: ذلك التوكيل في الحقيقة تعليق فكأنه علّق طلاقها بقولها «طلقتُ نفسي» وهذا أحد وجهي الأصحاب، وعلى أن سلب العبارة مزيد احتياط وَرَدَ من الشرع في النكاح، وهي محل مزيد الاحتياط والمقصود هو أن ينسدّ الباب من كل وجه ولو جوّزنا بعبارتها لم نأمن أن يتساهل بعض الولاة فيفوض الأمر إليها ظنًا منه، أنها تحتاط وتنظر لنفسها، فتُخلِفَ ظنّه وتُذهب حرمَة النكاح.

وعلى هذا الجواب لا يرد فصل الطلاق وإن جعلناها وكيلًا (من الزوج)[3] وهو جواب معتمد مزيل للإشكال بحمد الله تعالى، وإذا وصلنا إلى هذا الموضع فما بقي إلا فصل الإقرار واختيار الأزواج وقد أكثر الأصحاب في الجواب عن الإقرار ولا أرى فيها معتمدًا، والصحيح من الجواب[4] هو التخريج على الطريقة وذلك أن عندنا إنما يصح الإقرار إذا قالت: زوِّجَني وليّ، وإذا كانت[5] كذلك[6] فيكون النكاح صادرًا من الولي

(١) في (ز): كفؤ.
(٢) في (ز): له أهلًا.
(٣) في (ز): للزوج.
(٤) في (ز): الأجوبة.
(٥) في (ز): قالت.
(٦) في (ز): ذلك.

متوفرًا، عليه مصالحه ومقاصده، فلا يشبه نكاحًا صَدَرَ من المرأة فيخرج على ما ذكرنا. فإن قالوا: إنما ظهر النكاح بقولها(١). قلنا: نحن إنما منعناها من إنشاء النكاح لمعنىً لا يوجد في إظهار النكاح، ولهذا(٢) لم يُكره لها الإقرار بل أُمرت بذلك، وكُره لها مباشرة عقد النكاح، وهذا لأنا لو لم نجوّز إقرارها أدّى ذلك إلى مفسدة عظيمة فإن الشهود ربما يموتون(٣) فإذا لم يقبل إقرارها بالنكاح لم يوصل إلى معرفة النكاح أصلًا، فيؤدي إلى تفويت أنكحة كثيرة على الناس ولا يخفى ما فيه من المفسدة. وأما فصل اختيار الأزواج فموضع التسليم في الثيب، ونحن وإن جعلنا الاختيار إليها فاختيار الولي داخل على اختيارها لأنه ينظر في اختيارها(٤) فإن كان مختارًا يعقد(٥) وإلا فلا(٦) يعقد وإنما جعلنا ذلك القدر إليها لأنها أبصر بموضع الحظ لها، وأعلمُ بمحل الإلفة والمودة والمقصود له وعلى أن الاختيار ليس بإرقاق وإنما هو مجرد اختيار، فإذا انضم نظر الولي إلى اختيارها حصلت المقاصد والفوائد وذهب الضرر من العقد في مقابلتها وتمحض مصلحة، وهذا لا يوجد إذا كان [١٩٤/أ] النكاح باختيار المرأة وعقدها، وأما باقي الكلام فلسنا نحتاج إلى الجواب عنه، وقد ذكرنا في التعليق ما قيل عليه. والله أعلم.



(١) في (ز): بقول المرأة.
(٢) في (ز): ولذلك.
(٣) في (ز): ماتوا.
(٤) في (ز): مختارها.
(٥) في (ز): عقد.
(٦) في (ز): لم.

※ (مَسْأَلة):

يجوز للأب والجد إجبار البكر البالغة على النكاح عندنا[١].

وعندهم: لا يجوز وليس لهما ذلك[٢].

❊ لنا:

قوله ﷺ: **(الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها)**[٣] وفي رواية: **(الثيب أحق بنفسها)**[٤] ووجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه جعل الثيب أحق بنفسها من وليّها، فدل أن وَلي البكر أحق بنفسها منها، ودليل الخطاب حجة، ووجه كونه حجة أن تخصيص ذكر الثيب ظاهر في التفريق بينها وبين البكر، فالظواهر حجة، ودليل كونه ظاهرًا أن قوله ﷺ: **(في الغنم السائمة الزكاة)**[٥] فقوله: **(في الغنم)** يفيد[٦] تعميم الوجوب في السائمة والمعلوفة فلما خص السائمة بالذكر وقيد اللفظ العام بهذا الوصف، فالتقييد يفيد غلبة الظن في التفريق، وغلبة الظن في اعتبار الأشباه حجة فلأن

(١) الأم: ٥/١٧، النكت ورقة: ٢٠/أ، روضة الطالبين: ٧/٥٣ - ٥٤، شرح صحيح مسلم للنووي: ٩/٢٠٣، مغني المحتاج: ٣/١٤٩.
وبه قال الحنابلة إلا أنهم خالفوا في الجبر، فقالوا: ليس له ذلك، وهو المذهب، وعليه الأصحاب. ينظر: المغني: ٧/٤٠، الإنصاف: ٨/٤٧.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ١٥٩، البحر الرائق: ٣/١١٨.

(٣) رواه مسلم في صحيحه: ٩/٢٠٤ مع النووي، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح.

(٤) رواه مسلم في صحيحه: ٩/٢٠٥ مع النووي، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح.

(٥) في (ز): زكاة.

(٦) في (ز): يقتضي.

يكون في قول الرسول حجة أولى وأحرى ووجود غلبة الظن للمستمعين معلوم قطعًا فإن كل ما ذكروه من فائدة التخصيص ليس بظاهر والتفريق ظاهر، و[١] إذا ثبت في هذه الصورة فكذلك في الخبر الذي أوردنا[٢]؛ لأن قوله: **(الثيب أحق بنفسها من وليّها)** المراد منه المرأة الثيب، وقوله: **(المرأة)**، عام وقد خص الثيب من اللفظ العام، فهذا على مثال قوله: **(في الغنم السائمة زكاة)**[٣].

يبينه: أن القياس حجة شرعية وغاية ما يفيده[٤] غلبة الظن فإذا[٥] وجدنا ذلك من نص الرسول استغنينا عن القياس وإذا قررنا[٦] على هذا الوجه سقط كل سؤال يقولونه على الخبر.

وأما الأخبار التي يروونها فلا يثبت عن النبي ﷺ إلا الأمر باستئذان البكر، وهو معمول به عندنا على سبيل[٧] الاستحباب بدليل ما بيَّنَّا من الخبر، وهو مثل استئذان النساء في نكاح بناتهن. وأما ما يتعلقون به أن النبي ﷺ ردّ نكاح بكر زوّجها أبوها على كُرهٍ منها فلا يثبت أصلًا على هذا الوجه، وإنما أصل هذه الأخبار حديث الخنساء، وقد كانت ثيبًا زوّجها أبوها بغير رضاها فرد النبي صلى الله عليه نكاحَها، وقد حَمَلَ الأصحاب تلك الرواية على أن النكاح كان من غير كفؤٍ وهو محتمل غير أن الأولى أن لا يُقبل الخبر

(١) في (ز): وإذا.
(٢) في (ز): أوردناه.
(٣) في (ز): الزكاة.
(٤) في (ز): يفيد.
(٥) في (ز): وإذا.
(٦) في (ز): قررناه.
(٧) في (ز): طريق.

أصلًا، والذي يروون أن النبي ﷺ قال: (**تُستأمر البكرُ في نفسها فإن سكتت فقد رضيت وإن أبت فلا جواز عليها**)[١] فليس الخبر على هذا الوجه، وإنما ورد الخبر على معنى هذا اللفظ في اليتيمة، واليتيمة هي التي لا أب لها ولا جد. وعندنا لا يجوز لغير الأب والجد إجبار البكر البالغة على النكاح[٢]، ولا تزويج الصغيرة أصلًا، فالخبر في اليتيمة البالغة البكر، وسمّاها يتيمة على طريق المجاز، فهذا[٣] الذي قلنا[٤] سبيل[٥] الأخبار التي يروونها وبيان ما يصح منها على الإتقان[٦] والثبت[٧]، وذكرنا تأويل[٨] ما ثبت منها.

وأما الخبر الذي رويناه معتمد[٩] في بابه، وأما الكلام من حيث المعنى فقد تعلق الأصحاب بفصل الاكتفاء بالسكوت ومحل الإلزام فيما لو زوّجها ابتداءً من غير استئذان وهي ساكتة عندهم يجوز وإن لم يوجد إذنُها في هذه الصورة أصلًا؛ لأن السكوت ليس بإذن حقيقة وإنما صار إذنًا بالشرع، والشرع وَرَدَ بالاكتفاء بالسكوت بعد الاستئذان، والسكوت قبل الاستئذان ليس (في معنى السكوت)[١٠] بعد الاستئذان؛ لأن الاستئذان خطاب والخطاب يستدعي

(١) رواه النسائي في سننه: ٦/٦٩، ٧٢، والترمذي في سننه: ٢/١٨١ مع تحفة الأحوذي، والدارقطني في سننه: ٣/٢٢٩ ـ ٢٤٠، وأحمد في المسند: ٤/٣٩٤، ٢/٤٠٨، ٤١١.

(٢) ستأتي مسألة مستقلة.

(٣) في (ز): وهذا.

(٤) في (ز): ذكرنا.

(٥) في (ز): مسلك.

(٦) في (ز): الاتفاق.

(٧) ليست في (ز).

(٨) ليست في (ز).

(٩) في (ز): فمعتمد.

(١٠) في (ز): كالسكوت.

الجواب، وهي تستحي من الجواب (بالإذن قطعًا ولا تستحي من الجواب)[1] بالرد فالشرع جعل السكوت إذنًا من حيث الاستدلال لأنها لو كانت ساخطة لأجابت بالرد؛ لأنها لا تستحي من الرد، فحين[2] لم تَرُد دل أنها راضية، ومثل هذا لا يوجد إذا زوّجها ابتداءً؛ لأنه لم يسبق خطاب يقتضي جوابًا حتى يجعل السكوت جوابًا بالإذن من حيث الاستدلال، ومع ذلك جاز النكاح عندهم، فثبت أن (النكاح في حق)[3] البكر غير مفتقر صحته إلى الرضا، والإذن أصلًا حيث جوّزوا في هذه الصورة النكاح، هذا غاية الإمكان في طريقة المشايخ إلا أنهم يقولون: هَبْ أنه لم يسبق الاستئذان[4] ولكن هذا الاستدلال قائم في الصورة الثانية لأنها لو كانت ساخطة لردت[5] وأظهرت السخط فَلَمّا، سكتت ولم تُظهر سخطًا عرفنا أنها راضية، ومن حيث المعنى والصورة كلتا الصورتين واحدة[6]، فلا يختلف بأن يتقدم الاستئذان أو لم يتقدم، وَمَنَعَ بعضُ[7] أصحابنا أن يكون السكوت إذنًا أصلًا، وهذا بعيد؛ لأن الشرع نص عليه وقال: (**إذنها سكوتُها**[8])[9]، وهو لفظ ثابت؛ لأنه[10]

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): فلما.

(٣) في (ز): نكاح.

(٤) في (ز): استئذان.

(٥) في (ز): ردت.

(٦) في (ز): واحد.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): صماتها.

(٩) رواه مسلم في صحيحه: ٩/٢٠٥ مع النووي، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت.

(١٠) في (ز): لأن.

(قد ثبت)[1] بالإجماع أن[2] السكوت إذنًا، أما عندهم فظاهر [١٩٤/ب].

وأما[3] عندنا يُستحب بل يُسَن استئذان البكر عملًا بالخبر، وإذا سكتت نقول قد حصل الاستئذان فلا ينبغي أن يعتمد في المسألة على فصل السكوت لما بيَّنَّا[4]، ولأنه محض تعلق بحكم ولابد من بيان المعنى الذي لأجله جاز الإجبار، فنقول: الولاية مستمرة بعد البلوغ، وليس في الإجبار تفويت رأي عليها، فجاز الإجبار، أما استمرار الولاية فلما بيَّنَّا أن النكاح في حق النساء من المضار وإنما جاز لنوع[5] حاجةٍ وعلة الحاجة الأنوثة[6]، فصارت الأنوثة علة الولاية، فبقيت الولاية ببقاء الأنوثة، وأما قولنا: أنه ليس في إجبارها تفويت رأي عليها؛ لأن الرأي في النكاح يكون بوجود علم (في النكاح)[7]، والعلم بأمر النكاح لا يوجد للأبكار؛ لأنه ليس بعلم نظري حتى يستفاد بالعقل، وإنما هو علم مرجعُه إلى الحس؛ لأنه عقد لقضاء الشهوة، والشهوة حسيّة مثل الذوق[8] والبصَر والسمع واللمس والعلم بالمحسوسات لا يتصور إلا بوجودها.

يبينه: أن الأمر[9] بالنكاح إما أن يكون بالخبر أو بالتجربة، والبكر

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): يكون.
(٣) في (ز): و.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) في (ز): لنوع مصلحة و...
(٦) في (ز): هي الأنوثة.
(٧) في (ز): بالنكاح.
(٨) في (ز): الذوق والشّم.
(٩) في (ز): العلم.

تستحي من الاستخبار والتجربة مفقودة دلّ[1] أنه لا علم لها بأمر النكاح، وإذا فُقِدَ العلم فُقِدَ الرأي، مثل ما لو فُقد أصل العقل يُحكم بفقد الرأي وإذا ثبت أنه ليس في الإجبار تفويت رأي عليها، والولاية ثابتة وحق الولاية في العقود الإجبار على العقود بدليل الصغار.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: حرة عاقلة بالغة، فلا يجوز إجبارها على النكاح كالثيّب، وهذا لأن النكاح عقد مصلحة في حق الرجال والنساء جميعًا، لأنه إن كان معقودًا لقضاء الشهوة فهو من الجانبين بل في جانبها أوفر؛ لأن الرجل متعين لقضاء شهوة المرأة، وهذه المرأة غير متعينة لقضاء شهوة الرجل، وإن كان معقودًا لطلب الولد فالولد لهما، بل هذا المقصود في جانبها أبين[2]؛ لأنها تقطع بكون الولد منها دون الرجل وإن كان لمصالح المعيشة فهي أيضًا ثابتة من الجانبين، بل جانبها أتم في هذا الباب من جانب الرجل؛ لأن الرجل قوّام عليها بالإنفاق، وإصلاح أمور المعيشة. وربما يقولون: هو لمصلحة السكن بدليل نص الكتاب وهو من الجانبين قطعًا، وإذا كان عقد مصلحة من جانب المرأة مثل ما أنه عقد مصلحة من جانب الرجل فكانت[3] الولاية ثابتة على المرأة بعلة الصغر مثل الولاية على الرجال.

وقولكم: إن النكاح رق فهو على طريق المجاز، ولا رق حقيقة ولئن ثبت نوع رق بالحبس والمنع من الأزواج فهو لتتمم مصالح النكاح، ولأن

(١) في (ز): فدل.
(٢) في (ز): أتم.
(٣) في (ز): كانت.

أظهر المصالح هو الولد والسكن ولا يتم مصلحة الأنساب ومصلحة السكن والإلفة إلا بحبسها في البيوت ومنعها من الأزواج؛ لأنها إذا خرجت وبرزت[١] وتبرّجت طلبت الرجال وكذلك إذا أطلق لها الشرع التزوج فسدت الأنساب وانقطع حبل السكن والمودات وإذا تضمن هذا الضرر فتتميم مصالح العقد لم يُعدّ ضررًا. وربما قالوا: إن كان فيه ضرر فقد صار مجبورًا بالمهر وصار الضرر كأنه لَا ضَرَرَ فالتحق[٢] الوجود بالعدم فيحقق[٣] أن جانبها كجانبه. قالوا: وأما ثبوت الولاية بعد البلوغ فلا حقيقة لها، وإنما الثابت ولاية ندبيّة واستحبابيّة على ما سبق بيانه، وهي[٤] نوع نظر لجانب[٥] النساء. قالوا: وأما قولكم: إنه لا رأي لها في أمر النكاح. فليس كذلك؛ لأنها بعقلها تعلم حاجتها إلى الرجال، وتعلم أن هذه الحاجة لا تصير مقضية إلا برجل وهذا؛ لأنها تحسّ من نفسها شهوة طبيعية ونعلم قطعًا أن مقصودَها لا يحصل إلا بالرجال، وأما العلم عن التجربة[٦] فلا تعتبر بدليل المال، وبدليل جانب الغلام.

والحرف لهم: أن الهداية العقلية كافية في هذه الأمور مثل الأموال سواء، فصار[٧] البكر والثيب سواء من هذا الوجه.

---

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): والتحق.
(٣) في (ز): وتحقق.
(٤) في (ز): وهو.
(٥) في (ز): في جانب.
(٦) في (ز): تجربة.
(٧) في (ز): فصارت.

وقد استدل كثير من أصحابهم بفصل المطالبة وهو أنها إذا طالبت[1] النكاح وجبت على الولي الإجابة وإذا وجبت الإجابة عند طلبها دل أن الأمر إليها.

يبينه: أن إلزامه العقد فوق امتناعها من عقده فإذا قدرت على إلزامه العقد فَلأن تقدر على الامتناع أولى. قالوا: وأما تعلق[2] أصحابكم من قبض الأب صداقها بغير إذنها (على النقد)[3] يبطل بالثيب الصغيرة (على أصلكم)[4] يقبض أبوها صداقها إذا وطئت بالشبهة ولا يزوجها وعلى أن هذا دليل الرضا وقد وُجد، لأن العادة أن الآباء يباشرون قبض صداق البنات الأبكار، وقد وُجد منها الإذن عادة إن لم يوجد صريحًا، والدليل في العادة كافٍ، كما لو قدّم الطعام بين يدي الغير ولم يأذن له حتى لو تصرف فيه أو أخذه لم يضمن.

❁ **الجواب:**

أما التعلق بالحرية والبلوغ العقل فليس بصحيح مع وجود نقصان [١٩٥/أ] الأنوثة، والدليل عليه استمرار الولاية.

وقولهم: إنه لا ولاية عليها حقيقة، قلنا: وُجد[5] الدليل على ما قدّمنا،

---

(١) في (ز): طالبت الولي.
(٢) في (ز): ما تعلق به.
(٣) في (ز): قالوا.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): وجه.

والذي قالوا أن الولاية ندبية[١] واستحبابية لدفع الشين عنها.

قلنا: لا شين، لأنه عقدٌ حلال ولأنه لا ولاية عليها في الطلب، بل الطلب طلبُها[٢] على الإطلاق والنسبة إلى الوقاحة يوجد[٣] في الطلب حسب ما يوجد في المباشرة.

وأما قولهم: إن النكاح عقد مصلحة في جانب النساء.

قلنا: مصلحة وضعيّة أو مصلحة عَرَضَيّة، فإن قلتم وضعيّة فلا، لما قلنا، وإن قلتم عَرَضَيّة فنعم، بسبب الحاجة، كقطع اليد عند الآكلة مصلحة عَرَضَيّة لا وَضَعَيّة.

يبينه: أن الوطء في حق[٤] الأبكار عُقر وجرح واستذلال وامتهان، وعُقر الوطء كأرش الجرح، ودليل الاستذلال والامتهان الحس والعيان، ولهذا[٥] لا يجوز للكافر (أن يتزوج بمسلمةٍ)[٦] صيانة لها عن استذلال الكافر إياها، وهو معتمد وغاية ما قالوا على هذا: أن فيه شبهة ذل، فجاء الشرع بإكرام المسلمة بالمنع منها، والكلام قائم وليس بشبهة بل ذل حقيقة، وأما[٧] الذي قالوا من وجود المصالح من الجانبين فنحن لا ننكر هذه

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): إليها.
(٣) في (ز): موجود.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) في (ز): ولذلك.
(٦) في (ز): نكاح المسلمة.
(٧) ليست في (ز).

المصالح لكن المضرة الحسية لا تذهب بهذه المصالح بدليل بفصل (النكاح للمشرك في حق المسلمة)[1] وكذا الجواب عن قولهم: أن الحبس والمنع لتتميم المصالح وعلى أن وراء الحبس ضررًا آخر، وهو ما يحصل بالاستفراش، فإنا إذا قابلنا حال المرأة بحال الرجل كان جانبها في نهاية الذل وجانبه في نهاية العز، وأما الجبر بالمهر فليس بشيء؛ لأن المذلة في النفس لا تنجبر بشيء، لأن الجبر إنما يقع بما يقابل ذلك[2] الشيء، والمال لا يقابل النفس. فإن قالوا: يقابل بدليل الأرش في قطع اليد والدية في قتل النفس فذاك بحكم ضرورة، والكلام في مقابلة تثبت ابتداءً لا ضرورةً.

وأما قولنا: لا رأي لها بأمر[3] النكاح فصحيح بدليل ما بيَّنّا.

وقولهم: إن العلم بأمر النكاح لها يحصل ببلوغها عن عقل. قلنا: قد ذكرنا أن هذا من الأمور الحسية وليس من الأمور النظرية ولأنه يجتمع في الوطء موضع اللذة وموضع القهر ولا يقع تمييز[4] بين هذين إلا بالامتحان[5] وأيضًا فإن مجرد علمها أن هذه الشهوة لا تقضي إلا برجل لا يكفي في المشاورة والرجوع[6] فإن هذا[7] يوجد في المجنونة ولا رجوع إليها.

يدل عليه: أن النكاح في نهاية الحرمة فلابد من نهاية العلم فيه للمرأة،

(١) في (ز) نكاح المسلمة للمشرك.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): في أمر.
(٤) في (ز): التمييز.
(٥) في (ز): بامتحان.
(٦) في (ز): والرجوع إليها.
(٧) في (ز): ذلك.




حتى يكون معها مشاورة، واليها فيه رجوع وذلك بالتجربة والامتحان؛ لأن بذلك يحصل نهاية العلم للنساء، وأما بمجرد العقل والبلوغ فلا، وأما فصل الغلام والمال فهو خارج على القاعدة[1] ومعرفة الربح والفضل من الأمور العقلية دون الحسية، فليس يدخل على ما ذكرنا[2] والنكاح في حق الغلام (ليس من المضار بل هو من المبارّ فصار النكاح في حق الغلام)[3] مثل التصرف في المال من الجانبين.

وأما فصل المطالبة فيدخل عليه فصل[4] طلب صاحب المال الإمامَ[5] بالأخذ وإجبار الإمام إياه بالأداء وعلى أن عندنا ليس طلب المرأة إلا إظهار الحاجة إلى النكاح ولهذا لا يصح تعيينها الزوج[6] ثم إذا عرف الولي حاجتها وجب التزويج شرعًا كالصبي يشتهي الطعام يجب على الولي إطعامه، وهذا لأنه ولي التزويج، فعند الحاجة لابد من التزويج، كما أن القيّم ولي القيام بمصالح الصبي فعند الحاجة لابد من القيام. والله أعلم.



(١) في (ز): ما ذكرنا.

(٢) في (ز): قلناه.

(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): للإمام.

(٦) في (ز): للزوج.

※ (مَسْأَلة):

لا يجوز للأب تزويج الثيب الصغيرة عندنا[١].

وعندهم: يجوز[٢]، (وكذا الخلاف في الجد)[٣].

❖ **لنا:**

قوله ﷺ: **(الثيب أحق بنفسها من وليها)**[٤] ولم يفصل بين البالغة والصغيرة، فإن قالوا: إنما تكون أحق بنفسها[٥] إذا كانت بالغة. قلنا: الثيابة تجعلُها أحق بنفسها بقدر الإمكان فبعد البلوغ بأن لا يجبر وتأذن وقبل البلوغ بأن لا تُجبر وإن لم يكن إليها إذن[٦] للصغر.

وأما المعنى فنقول: تزويج الثيب الصغيرة إضرار محض فلا يجوز وإنما قلنا «إضرار محض»، لأن النكاح في حق النساء من المضار كما بيَّنا[٧]، وإنما صار مصلحة بالحاجة، والحاجة مفقودة في حق الصغير[٨]، فتمحض النكاح ضررًا والإضرار حرام، فوجب انتظار أوان[٩] الحاجة إذا أمكن

---

(١) النكت ورقة ١٩٩/ب، المنهاج مع شرحه المغني: ١٤٩/٢، روضة الطالبين

(٢) الحجة: ١٤١/٢، المبسوط: ٢١٤/٢، مختصر القدوري: ١٠/٢ مع الجوهرة، الأسرار: كتاب النكاح: ص ١٥٣، فتح القدير: ٢٥٥/٣.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) تقدم تخريجه في ص ٣٣.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): الإذن.

(٧) في (ز): بيناه.

(٨) في (ز): الصغيرة.

(٩) في (ز): زمان.

الانتظار، وقد أمكن الانتظار في الثيب الصغيرة، فينتظر ولا يمكن في البكر على ما سنبين.

❁ وأمّا حجّتهم:

فإنهم[1] ذهبوا إلى ما بيَّنا[2] من أن النكاح عقد مصلحة من الجانبين فيعلل[3] بالصغر كالعقد على المال والصغر موجود في الثيب الصغيرة، قالوا: وأما الضرر الذي قلتموه فقد تكلمنا عليه، وفصل اعتباره الحاجة يدخل عليه البكر، فإنه يجوز تزويجها مع فقد الحاجة، فلا ينتظر البلوغ.

قالوا: أو على أن الحاجة في مسألتنا موجودة وهي [١٩٥/ب] حاجة الكفؤ فإنه من أهم شأن النساء في باب النكاح، وليس يتفق الكفؤ في كل وقت، وربما يتفق في حال الصغر ولا يتفق بعد الكبر فيصير المنع من النكاح[4] ضررًا في حقها، وتكلموا على قول أصحابنا: إنها صارت خبيرة بالرجال، فقد وُجدت لها رأي في أمر النكاح، قالوا: هذه الخبرة وهذا الرأي غير معتبر في حال الصغر؛ لأن الخبرة والرأي إنما تعتبر إذا كان[5] عن عقل، فأما إذا كان (لاعن)[6] عقل فلا تعتبر، وعقل الصغيرة والصغير كالمعدوم، فنزل ذلك منزلة المجنونة، وفي المجنونة الثيب يجوز إجبارُها على النكاح فصارت

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) في (ز): بيناه.

(٣) في (ز): فنعلل.

(٤) في (ز): التزويج.

(٥) في (ز): كانا.

(٦) في (ز): لم يكن.

إصابتُها بمنزلة العدم كذلك هاهنا، ولأن إصابة الصغيرة محض إيلام وإتعاب وليس لها فيه لذة أصلًا فكيف (يجوز أن)[١] يقال حدث[٢] لها رأي، وعلم بهذه الإصابة؟ وكيف تعرف (بهذا موضع اللذة وموضع القهر)[٣]؟.

الجواب:

أنا قد أجبنا عن طريقتهم بما فيه كفاية، وأما فصل البكر فيمكن أن يقال أن القياس أن لا يجوّز، وإنما جوَّزنا بالنص وهو تزويج أبي بكر الصديق عائشة رضي الله عنها من رسول الله صلى الله عليه وكانت صغيرة[٤]، والجد بمنزلة الأب ثم نقول: أنا قد بيَّنا أن عقد النكاح جاز للحاجة فينتظر أوان الحاجة و(زمانه، وزمان الحاجة)[٥] هو زمان البلوغ، هذا في الثيب، أما في البكر فلا يعتبر وجود حقيقة الحاجة، ولكن يُعتبر وجود سبب الحاجة، وهو الأنوثة، وإنما فعلنا كذلك[٦] لأنه قام الدليل لنا على أن إجبار البكر البالغة على النكاح جائز، وإجبار الثيب البالغة لا يجوز وإذا جاز إجبار البكر البالغة والبلوغ في الصغيرة متيقن إلا أن تموت، فلم يكن للانتظار معنى وفائدة، فأقمنا سبب الحاجة مقام (حقيقة الحاجة)[٧]، أما في الثيب الصغيرة فالانتظار

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): أن يحدث.
(٣) في (ز): العبارة هكذا: «وبمثل هذه اللذة وهي موضع القهر».
(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٩/١٩٠ مع الفتح، كتاب النكاح، باب إنكاح الرجل ولده الصغار.
ومسلم في صحيحه: ٩/٢٠٨ مع النووي، كتاب النكاح، باب جواز تزويج الأب البكر الصغيرة.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) في (ز): وذلك.
(٧) في (ز): حقيقتها.

يفيد؛ لأن إجبارها بعد البلوغ لا يجوز فإذا انتظر زوّجها[1] برضاها، وقبل انتظار[2] البلوغ يزوّجها بغير رضاها، فرجعنا إلى حقيقة الحاجة، وقلنا: لا يجوز ما لم توجد حقيقة الحاجة[3].

يبينه: أنه إذا كان تجبر البكر البالغة على النكاح لم يتضمن إنكاحُها قبل البلوغ تفويت شيء عليها، فكان العقد نظرًا، وأما في الثيب الصغيرة لم يجز إجبارها على النكاح قبل البلوغ لتضمن إنكاحها تفويتًا وهو تفويت الإذن عليها بعد البلوغ، فلم يكن العقد عقد نظر، بل كان عقد ضرر، وخرج الثيبُ المجنونةُ على الطريقة؛ لأن الحاجة ماسة حقيقة للمجنونة، فجاز العقد.

وقولهم: إن حاجة الكفوء موجود قبل البلوغ.

قلنا: إذا كان العقد للحاجة فيعتبر فيما يُعقد عليه العقد لا في غيره وعلى أن الكفوء لا يفوت في وقتٍ مَّا لمن يطلبه، واعلم أنا مشّينا المسألة من غير أن نتعرض لرأي الصغار وخبرتهم وهو الأولى. والله أعلم بالصواب.



---

(١) في (ز): تزويجها.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).

※ **(مَسْألة)**:

لا يجوز لغير الأب والجد تزويج الصغير والصغيرة عندنا[١].

وعندهم: يجوز[٢].

❊ لنا:

قوله عليه السلام: **(تُستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فقد رضيت، وإن أبت فلا جواز عليها)**[٣]، وفي رواية أخرى **(لا تُنكح اليتيمة حتى تُستأمر في نفسها)**[٤]، وفي قصة ابن عمر **(أنها يتيمة وأنها لا تُنكح إلا بإذنها)**[٥].

واليتيمة: هي الصغيرة التي لا أب لها، ولا جد، وقد منع الشرع عن[٦] نكاحها إلا بعد استئمارها، فإن قالوا: كيف تُستأمر وهي صغيرة؟.

قلنا: يتربص إلى أن تبلغ فتُستأمر، قالوا: فحينئذ لا تكون يتيمة.

---

(١) الأم: ٥/١٧، النكت ورقة: ٢٠٠، رؤوس المسائل لسليم الرازي ورقة: ٣٧/أ، مغني المحتاج: ١٤٨/٣.

(٢) الحجة: ١٤١/٣، المبسوط: ٢١٣/٤، الأسرار: كتاب النكاح: ص ١٧٤، مختصر القدوري: ١٠/٢.

(٣) رواه النسائي في سننه: ٧٩/٦ ـ ٨٠، والدارقطني: ٢٣٩/٣ ـ ٢٤٠.
والترمذي: ١٨١/٢ مع تحفة الأحوذي.

(٤) المصادر السابقة.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ٢٢٩/٣ ـ ٢٣١.
والبيهقي في سننه: ١١٣/٧.
وأحمد في المسند: ١٣٠/٢.

(٦) في (ز): من.

قلنا: نكاح اليتيمة باستئمارها، هكذا يكون ولا يتصور إلا كذلك فيحمل الخبر عليه ضرورة، فإن قالوا: ينبغي أن يُحمل الخبر على البالغة.

قلنا: لا يمكن؛ لأنها لا تكون يتيمة، وقد أجمع أهل اللغة وأهل العلم أن اليتيمة لا تكون يتيمة إلا في حال الصغر ولئن[1] سميت البالغة يتيمة فذلك[2] يكون مجازًا.

وقد استدل المخالفون بظاهر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ ﴿مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[3] الآية، وبقول عائشة رضي الله عنها في تفسير الآية على ما عُرف، وأُورد في صحيح البخاري[4]، وكذلك تعلقوا بقوله: ﴿فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ﴾[5] الآية، فذكر الرغبة في نكاح اليتيمة ولم يعقبها بإنكار.

يبينه: أنه تعالى ذكرِ المانع من نكاح اليتيمة بترك إيتاء ما كُتِبَ لها لا أن اليتيمة لا تكون محل[6] النكاح، وبما روى أنه عليه السلم زوَّج بنت حمزة من عمر بن أبي سلمة وهي صغيرة[7].

والجواب عن تعلقهم بالآيتين مشكل جدًا ويمكن أن يُحمل على نكاح

(١) في (ز): إن، ينظر: لسان العرب مادة (يتم) ١٢٢/١٦.
(٢) ليست في (ز).
(٣) سورة النساء، آية: ٣.
(٤) صحيح البخاري: ١٠٤/٩ مع الفتح، كتاب النكاح.
ومسلم في صحيحه: ١٥٤/١٨ ـ ١٥٥ مع النووي، كتاب التفسير.
(٥) سورة النساء، آية: ١٢٧.
(٦) في (ز): محلًا للنكاح.
(٧) رواه البيهقي في سننه: ١٢١/٧ ـ ١٢٢، وقال: هذا إسناد ضعيف.

اليتيمة بعد البلوغ فيكون المعنى: وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى بعد البلوغ، وهو وإن كان مجازًا ولكن يحمل عليه بدليل النص الذي ذكرناه عن الرسول ﷺ، والسنة مبينة [١٩٦/أ] للكتاب، وبُعث النبي ﵇ شارحًا مفسرًا له، قال الله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ﴾[١] الآية.

وأما حديث بنت حمزة فلئن[٢] ثبت فإنما زَوَّج[٣] بولاية النبوة لا بولاية القرابة، لأنه[٤] لو كان بولاية القرابة فيكون[٥] العباس ﵁ أولى (من ابن العم)[٦].

وأما الكلام من حيث المعنى فنقول: ليس في إثبات ولاية غير الأب والجد على الصغيرة والصغير نظر. والولاية النظرية لا تثبت (من غير نظر)[٧] ونعني بالنظر النظر التام، وإنما قلنا: لا نَظَرَ وذلك لأن أهلية النظر غير كافيةٍ لثبوت الولاية بدليل الأجنبي فلابد إذًا من وجود باعث على النظر والباعث على النظر هو الشفقة وهي ناقصة في حق الأخ والعم، فانتقص النظر من هذا الوجه والولاية على الصغار لا تثبت بنظر ناقصٍ؛ لأن تفويض النكاح من الشرع إلى ناقص النظر ترك النظر والشرع لا يترك النظر في حق الصغير، ولهذا[٨] لم

---

(١) سورة النحل، آية: ٤٤.

(٢) في (ز): فإن.

(٣) في (ز): زوجها ﷺ.

(٤) في (ز): فإنه.

(٥) في (ز): كان.

(٦) في (ز): العبارة هكذا: «من النبي ﷺ لأن العم أولى من ابن العم».

(٧) في (ز): بغير النظر.

(٨) في (ز): ولهذا المعنى.

يثبت له[1] الولاية على المال بل هذا أولى ؛ لأن أمر البُضع أهم من أمر المال ، فإذا لم تثبت الولاية في المال لنقصان النظر فلأن لا تثبت على البضع أولى ، والكلام على هذا الوجه أحسن مما كُنّا قلناه من قبل أن ولاية الاستبداد ولاية كاملة ، والولاية الكاملة لا تثبت بسبب ناقص ، ودليل نقصان السبب عدم البعضية فإنهم لا يسلّمون نقصان السبب ويقولون: السبب في الأخوة كامل لا مزيد عليه ، وأمّا نقصان النظر بنقصان الشفقة التي اعتمدنا عليه في نهاية[2] القوة لا يتصور منع في نقصان الشفقة ، ولا في نقصان النظر ، ولهذا[3] المعنى على أصلهم يثبت الخيار بعد البلوغ[4].

❁ **وأمّا حجّتهم:**

فإنهم[5] قالوا: الأخوّة سبب الولاية بدليل ما بعد البلوغ.

يبينه: أن السبب بعد البلوغ هو قرابة الأخوة وهي موجودة قبل البلوغ وزمان الصغر ادعى للولاية من زمان البلوغ ، فإذا ثبت الولاية بعد البلوغ فلأن يثبت قبل البلوغ أولى وإذا ثبت الولاية ملك التزويج كالأب والجد.

يبينه: أن الكفؤ عزيز الوجود فيجوز أن يتفق في حال الصغر ، ولا يتفق في حال الكبر ، ففي منع الولاية ترك النظر للصغير والصغيرة. واستدلوا بفصل المال في أصل ثبوت الولاية ، قالوا: اليتم لا يعطل الولاية بدليل ولاية المال ،

(١) في (ز): لهما.
(٢) في (ز): غاية.
(٣) في (ز): وهذا.
(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢١٢ ، مختصر الطحاوي: ص ١٧٣ ، المبسوط: ٤/٢١٥.
(٥) زيادة من (ز).

وأما عدم ثبوتها للأخ والعم إنما[1] كان لأن الأب لا يخلو من وصيّ وَقَيِّمٍ في العادة، وإن خلى عن الوصي فالقاضي ينصب قيّمًا ويصير كأنه هو[2] الوصي، وأما في النكاح فالإيصاء فيه باطل والولاية فيه مقصورة على الأقرباء والقرابة الكاملة موجودة في حق الأخ والعم، وإن وجد في الأب والجد زيادة فلا تنكر غير أن تأثيرها في تقديمها على الأخ والعم لا في إفرادهما بالولاية دون الأخ والعم وسيذكرون على المال من وجه آخر وهو أولى من هذا الوجه بعد هذا.

قالوا: أما قولكم ليس في هذه الولاية نظر، قالوا: لا، بل فيها نظر بدليل[3] بعد البلوغ، وأما نقصان الشفقة فلا ننكره، غير أن أصل الشفقة موجود[4] فلوجود أصل الشفقة ثبت أصل النظر، فلم يجز تعطيل الولاية أصلًا خصوصًا إذا كان إليها نوع حاجة على ما سبق بيانه، وأما نقصان الشفقة فقد وفرنا عليه حظه وهو ثبوت الخيار بعد البلوغ، وأما أنتم فقد عطلتم أصل القرابة وأصل النظر، قالوا: وخرج على هذا المال لأن المال تكثر عليه العقود ولا يبقى عادة بعد البلوغ على ما كان عليه قبل البلوغ لِيُتدارك نقصان الشفقة بإثبات فسخ العقد، والأخ قاصر الشفقة فكان من النظر الشرعي أن لا يثبت للأخ والعم لأنا لا نأمن فيه التقصير، وأيضًا فإن المال محل الخيانات الخفية وما يخفى كيف يتدارك؟ وأما مسألتنا فإن الأخ وإن كان ناقص الشفقة ولكن العادة أن البضع لا تتردد عليه العقود ولا تكثر فيبقى عقد النكاح بعد البلوغ

(١) زيادة من (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) زيادة من (ز).
(٤) في (ز): موجودة.

ويُتدارك إن وقع فيه تقصير بإثبات الخيار، فكان من النظر الشرعي أن لا تتعطل هذه القرابة أصلًا ولا تتعطل اليتيمة عن الولاية في النكاح لجواز أن يمس إليها حاجة ثم لما كان في نظر الأخ قصور أثبت(١) الخيار بعد البلوغ ليحصل التدارك إن وقع فيه التقصير(٢)، وألزموا(٣) المجنونة يزوجها الأخ والعم، قالوا: وهذه المسألة تدخل على جميع ما قلتم، وأيضًا قالوا: ينبغي أن تثبت الولاية على الصغار للقضاة إن لم تثبت للأخوة والأعمام؛ لأن نظرهم كامل بدليل ثبوت ولاية المال لهم، هذه جملة معتمدهم [١٩٦/ب].

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بثبوت أهلية(٤) الولاية (يمكن أن)(٥) يقال(٦): إن عنيتم ولاية الاستبداد فلا نسلم، وإن عنيتم ولاية العقد مع المراجعة فمسلم، والأولى أن لا نسلم ثبوت ولاية العقد على الصغار أصلًا للأخ والعم فإنه لا يُعرف ثبوت الولاية (إلا بجواز العقد)(٧)، وأما قولهم أن(٨) بعد البلوغ تثبت.

قلنا: ليس هي(٩) الولاية التي تكون قبل البلوغ، ألا ترى أنه لا بد من

---

(١) في (ز): يثبت.
(٢) في (ز): تقصير.
(٣) في (ز): وألزموا عليه.
(٤) في (ز): أصل.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): قلنا.
(٧) في (ز): العبارة هكذا: «العقد ولا يلزم العقد».
(٨) ليست في (ز).
(٩) ليست في (ز).




الاستئذان منها، ثم الجواب من طريق المعنى بالتخريج: وهو أن الولاية بعد البلوغ ليس (هو إلا مباشرة العقد)[١] فحسب، وأما الاختيار من قبلها وكذلك الطلب فقد صارت أحق بنفسها من سائر الناس، فغاية ما في الباب أن الأخ قاصر الشفقة إلا أن أصل الشفقة والنظر كافٍ في المباشرة؛ لأن الرضا والاختيار إليها، فأما الولاية قبل البلوغ فمحتاجة إلى نظر كامل لأنها ولاية العقد والاختيار، وليس إلى أحد شيء من هذا العقد، والنكاح فيه مقاصد ظاهرة ومقاصد باطنة، فلا يوصل إلى الكل إلا بشفقة كاملة وهي في الإخوة والأعمام مفقودة، ويمكن أن يقال: أن بأصل الشفقة يوصل إلى المقاصد الظاهرة، أما في المقاصد الباطنة لا يوصل إلا بكمال الشفقة، فيختل أمر النظر من هذا الوجه وخرج على هذا الأصل الأب والجد؛ لأن لهما شفقة كاملة، ويَكمُل لهما النظر بخلاف الأخ والعم، ولهذا المعنى لم يثبت الخيار في عقدهما، ويثبت الخيار في عقد الأخ عندكم[٢]، وظهر بما قلناه الجواب عن تعلقهم بوجود أصل الشفقة فأنا قد بينا أن هذا غير كافٍ.

وقولهم: (إن هذا)[٣] يؤدي إلى تعطيل أصل الشفقة.

قلنا: لا تعطيل لأنا اعتبرناها بعد البلوغ، ولأن السبب إذا لم يستقل بالمسبِّب فلا نبالي بتعطيله، وقد ذكرنا أنه لا يستقل.

وقولهم: إن لنقصان الشفقة أثبتنا الخيار.

(١) في (ز) العبارة هكذا: «إلا ولاية المباشرة».

(٢) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح، ص ٢١٢، المبسوط: ٤/٢١٥.

(٣) في (ز): إنه.

قلنا: بهذا لا يكمل النظر من الشارع بل كمال النظر أن لا يجوز العقد أصلًا ؛ لأنا إذا جوّزنا فلا[(١)] نأمن أن لا يتفق قضاء القاضي بإثبات الخيار وأن يؤدي اجتهاده إلى أن لا يثبت الخيار أصلًا على ما يقوله (من أصحابكم ـ وهو أبو يوسف ـ)[(٢)(٣)] وإن كان القاضي يرى ثبوت الخيار فلا نأمن أن لا يتفق الفسخ لعائقٍ[(٤)] ولعدم مرافعةٍ فكان النظر التام[(٥)] الكامل أن لا يجوز العقد أصلًا ، وأيضًا فإن الولايات تثبت للحاجة وأي حاجة إلى إثبات هذه الولاية على الصغار[(٦)] ، وبهم غُنية عن النكاح ؟.

وقولهم: ربما تكون إليه حاجة لعدم الكفء في كل وقتٍ ، فليس بشيء ، فإن الكفء لا يفوت ولا يعوز في وقتٍ مّا ، ولأن هذا القدر لا يقع به جبر نقصان النظر ، وهذا كلام حسن غير أنه لا ينبغي أن يعتمد عليه على فصل الحاجة ابتداءً ، لأنه يدخل عليه فصل الأب والجد ، وإن أمكن الخروج عنه بالطريق الذي سبق في المسألة التي قبل هذه ، والمعتمد هو الأول في أصل المسألة ، وأما فصل الحاجة يؤيِّد به الكلام ويُفصَل بها بين الولاية في المال ، وبين الولاية في البضع في أصل ثبوتها ، وعدم ثبوتها ، فإنا[(٧)] إنما أثبتنا[(٨)]

---

(١) في (ز): لم.

(٢) في (ز): أبو يوسف من أصحابكم.

(٣) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح ، ص ٢١٢ ، المبسوط: ٢١٥/٤ ، وبه قال الطحاوي في مختصره: ص ١٧٣.

(٤) في (ز): أو.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): الأصاغر.

(٧) في (ز): لأنا.

(٨) في (ز): أبقينا.

الولاية في المال؛ لأن في ترك إثباتها ضرر عظيم على الصغار، فإن المال إذا لم يُتَصرَّف فيه تأتي عليه المؤن وتتلفه بخلاف البضع فإنه لا ضرر أصلًا في التأخير فلا حاجة إلى التقديم على البلوغ وإن ثبت نوع حاجة فلا يفي بما (سبق له)[1] من نقصان الشفقة، والذي ذكروا على فصل المال من العذر الأول.

وقولهم: إن الإيصاء فيه صحيح.

قلنا: يلزمكم إذا لم يوص.

وقولهم: إن القاضي ينصب قيّمًا، يَرِدُ عليه فصل الجد، فإنه يتصرف في المال عند عدم الوصي من الأب فهلا جعلوا الأخ كذلك، وأما فصل المجنونة. قلنا: عندنا لا يزوجها الأخ والعم وإنما يزوجها القاضي بمشاورة الأقرباء والمعنى فيه وجود الحاجة؛ لأنه إذا لم تزوِّج المجنونة البالغة لا يؤمن من وقوعها في الفاحشة بخلاف الصغيرة، والحرف أن القيام لمصلحة مسيس الحاجة قَابَلَ نقصان النظر (فصار كالعدم، ولأنه إذا كان القاضي يزوج المجنونة ولا يمكن تحقيق نقصان النظر)[2].

وقولهم: إن[3] في مسألتنا وجب أن يثبت للقاضي فَمُنعَ ثبوته للقاضي بوجه آخر، وهو أن القاضي مؤخِّر عن الأخ والعم، فإذا لم تثبت الولاية للأخ والعم مع تقديمهما فكيف تثبت للقاضي؟. والله أعلم بالصواب.

---

(١) في (ز): يتولد.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) ليست في (ز).

※ (مَسْألة):

المصابة بالفجور لا يكتفى بسكوتها عندنا[1] وهو قول أبي يوسف ومحمد من أصحابهم[2]، وعند أبي حنيفة يكتفى بسكوتها[3].

❖ لنا:

قوله ﷺ: **(الثيب تشاور)[4]** وفي رواية: **(الثيب يعرب عنها لسانها)[5]** وهذه ثيب.

والدليل عليه[6]: أنها مصابة في القُبُل بآلة الرجال، ولأن واطئها يثوب إلى وطئها أي يعود، ولهذا المعنى سُميت الثيب ثيبًا، وأما البكر سميت بكرًا؛ لأن واطئها أول مبتكر لها، وهذا لا يوجد في مسألتنا، ويدل [١٩٧/أ] عليه (من حيث الحكم)[7]: أنه لو أعتق[8] كل جارية له ثيب دخلت هي في

---

(١) النكت ورقة: ٢٠٠/أ، رؤوس المسائل: ٢٧/أ، روضة الطالبين: ٥٤/٧.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢١٦.

(٣) بدائع الصنائع: ١٣٥٨/٣، الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢١٦، الجوهرة النيرة: ٩/٢.

(٤) رواه سعيد بن منصور في سننه: ١٣٩/١ بلفظ: (لا تنكح البكر حتى تستأمر ولا الثيب حتى تشاور).

أما بهذا اللفظ فقال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ». نصب الراية: ١٩٥/٣.

(٥) رواه ابن ماجه في سننه: ٦٠٢/١، والطبراني في المعجم الكبير: ١٣٨/١٧.

قال الألباني في الإرواء: «الحديث صحيح بما له من شواهد في معناه»: ٢٣٥/٦ رقم (١٨٣٦).

(٦) في (ز): على أنها ثيب.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): أعتق رجل.

العتق، ولو أعتق كل جارية له بكر (لا تدخل هذه في العتق)[١].

يبينه: أن طلب رضاها واجب بالإجماع، والرضا يكون بالنطق والسكوت كما أنه سكوت عن السخط فهو سكوت عن الرضا فينبغي على هذا الأصل أن لا يُكتفى بسكوتها[٢] في موضعٍ مَّا إلا أنا أنما[٣] اكتفينا بسكوت البكر للنص الوارد في حقها على الخصوص فبقي[٤] الثيب على أصل ما قلناه، وهو أن الرضا لا يكون إلا بالنطق وليس يدخل على ما ذكرناه[٥] إذا زالت بكارتها بوثبة أو طفرة[٦]؛ لأنهم[٧] منعوا على أحد الوجهين، وعلى الوجه الثاني: هي بكر، بدليل ما قلنا من اللغة والحكم، والتخريج سهل وليس التعلق به بشيء، وأما التعلق به من حيث المعنى هو هذا الحرف الذي قلنا[٨] من أنها ثيب، فصارت كالمصابة بالوطء بالشبهة أو بالنكاح الفاسد.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا[٩]: أن علة الاكتفاء بالسكوت هي الحياء، بدليل الحديث الثابت وهو ما رُوي أنه ﷺ قال: (**الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تُستأذن في**

(١) في (ز): لم تعتق.
(٢) في (ز): بسكوت المرأة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): بقيت.
(٥) في (ز): قلناه.
(٦) الطفرة: الوثوب في ارتفاع. ينظر: المصباح مادة (طفر) ص٣٧٤.
(٧) في (ز): لأن الأصحاب.
(٨) في (ز): قلناه.
(٩) زيادة من (ز).

نفسها) الخبر[1] قالت عائشة رضي الله عنها أنها تستحيي يا رسول الله: فقال: **(إذنُها صماتها)**، خرجه مسلم[2]، والخبر نص في أن الاكتفاء بالسكوت هو بعلة[3] الحياء يؤيده أيضًا أن قوله: **(أنها تستحي)** في هذا الخبر مثل قوله عليه السلام في الهرة، **(أنها ليست بنجسة أنها من الطوافين عليكم والطوافات)**[4]، فكلمة **(أنَّ)** تُشير إلى أن العلة هي الحياء كما[5] أنها تشير إلى أن العلة في طهارة الهرة الطوف[6]، ومن حيث المعنى هو دليل عليه[7] أيضًا؛ لأن الحياء المركّب في طبعها يُعجزها عن النطق وعجزها عن النطق يوجب الاكتفاء بسكوتها قالوا: وهذه العلة أولى من علة الثيابة؛ لأن الحياء معنى مخيل والثيابة مجرد اسم وصورة، والعبرة بالمعاني لا بالصور والأسامي، فإذا ثبت أن العلة بما ذكرناه فهو موجود في المصابة بالفجور؛ لأن الحياء موجود في حقها قطعًا ويقينًا؛ لأن المسألة فيما إذا أُصيبت بإكراهٍ أو أُصيبت مرةً في خفية وفي هذه الصورة نعلم حقيقة وجود الحياء، فأما الذي اتخذت الزنا حرفة فلابد من استنطاقها، وإذا وجد المعنى الذي يكتفى بسكوتها لأجله اكتفينا به ولم نُوجب النطق، قالوا: ولا يجوز[8] أن يقال أن المعتبر حياء

---

(١) ليست في (ز).

(٢) ينظر: صحيح مسلم: ٢٠٤/٩ مع النووي، كتاب النكاح.

(٣) في (ز): لعلة.

(٤) رواه أبو داود في سننه: ٦٠/١ مع المعالم، كتاب الطهارة، باب سؤر الهرة.
والترمذي في سننه: ١٣٧/١ مع العارضة، كتاب الطهارة، باب ما جاء في سؤر الهرة.

(٥) في (ز): مثل ما.

(٦) في (ز): الطواف.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): يمكن.

البكر ولم يوجد (هاهنا)[1] حياء البكر؛ لأن قول القائل: حياء البكر مثل قول القائل: طُعم البر أو طُعم الشعير، فالمعتبر وجود الطعم كذلك هاهنا المعتبر وجود الحياء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن هذا الحياء غير معتبر؛ لأنه تنشأ[2] من الزنا، وركوب الفاحشة وذلك؛ لأن الحياء على الإطلاق معتبر في كل محل يوجد، وهو مأمور به مندوب إليه لعموم الناس في عموم الأحوال.

وقولهم: تنشأ[3] من ركوب الفاحشة لا بل من التدين وحسن العقيدة.

يبينه: أن الحياء من ركوب الفاحشة فوق الحياء من الرغبة في الرجال، فإذا كان ذلك الحياء معتبرًا في هذا الحكم فهذا أولى، وزعم بعضهم أن في استنطاقها ظهور فاحشتها؛ لأن الناس علموا بكارتها وعلموا أن البكر لا يطلب نطقها، فإذا طلب الولي نطقَها ظهرت فاحشتها للناس، ولا يجوز أن يقال أنه يستنطقها في ستر وخفية؛ لأن الإشهاد عليها في الرضا مستحب فتظهَرُ[4] حالتها[5] من هذا القبيل، قالوا: وأما الشهادة على الزنا فالأولى بالشهود أن لا يقيموها إلا أنهم إذا أقاموها فلابد من إقامة الحد لئلا[6] يتعطل حد من حدود الله تعالى، وفي (الاكتفاء)[7] بالسكوت لا يتعطل حكم من أحكام

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): نشأ.
(٣) في (ز): نشأ.
(٤) في (ز): فيظهر.
(٥) في (ز): حالها.
(٦) في (ز): حتى.
(٧) في (ز): مسألتنا.

الله؛ لأن حكم الله تعالى طلب رضاها وقد طلب رضاها بما يقوم مقام النطق وهو السكوت (فلم يتعطل الحكم)[١]. قالوا: وأما البكر التي طعنت في السِّن وعاشرت الرجال ولم يوجد منها حياء في النطق يجب استنطاقها.

❁ **الجواب:**

أنا[٢] قد بيَّنا وجه الكلام بما فيه مقنع وبلاغ، وأما طريقة الحياء التي اعتمدوا عليها فقد قال بعض أصحابنا: إن التعليل بالبكارة أولى من التعليل بالحياء؛ لأن أمر باطن لا يوقف عليه، والبكارة سبب ظاهر يوقف عليه، والتعليل بما يُعرف أولى من التعليل بما لا يُعرف، وهم يقولون على هذا: إن الحياء وإن كان أمرًا باطنا لا يُعرف ولكن سببه ظاهر يُعرف من البكارة مرة ومن ركوب الفاحشة مرة فأمكن بناء الحكم عليه على ما يمكن[٣] في سائر المعاني التي تعرف أسبابها.

وقد[٤] قال بعض أصحابنا: إن الحياء منها في هذه الصورة ساقط فإنها إذا كانت لا تستحيي من ركوب الفاحشة فكيف تستحيي من الرغبة [١٩٧/ب] في النكاح؟ ولئن استحيت فذلك من رعونات النساء، وليس علينا اتباع رعونات النساء، وهذا الكلام لا بأس به غير أن صورة الخلاف في الموضع الذي قالوا إذا أُكرهت وابتُليت به بمرة، ولا شك أن الحياء هاهنا موجود[٥].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) زيادة من (ز).

(٣) في (ز): أمكن.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): وجد كما قالوا.

قالوا[1]: وأما التي لا تستحيي فلا خلاف فيها.

الجواب المعتمد: أنا لا ننازعهم في أصل وجود الحياء والتعليل به في البكر ولكن نمنع من التعليل به في الصورة المختلف فيها بأحد الطريقين:

أحدهما: أنه ﷺ قد نص أن **(الثيب يعرب عنها لسانها)**[2] وأنها تشاور وتراجع، وعلة الحياء وَرَدَ بها النص في الأبكار والتعدية بالمعنى إلى محل النص لا يجوز بإجماع القائسين، وإنما يجوز إلى محل لا يتناوله النص بدليل الأشياء الستة في الربا فإنها معللة لتعدية الحكم إلى غير محل النص فإن زعموا أن النص لم يتناول هذه المرأة[3] وإنما يتناول غيرها من الثيبات[4] نقول أنها ثيب بالإجماع[5] فتكون داخلة في الخبر الوارد مثل غيرها، فإن قالوا: الخبر الذي رويتم يحمل على الثيب التي أُصيبت بنكاح أو بشبهة نكاح.

قلنا: التخصيص لابد له من دليل.

فإن قيل: الدليل المخصص هو تعليل الاكتفاء بالسكوت بعلة الحياء.

قلنا: هو إنما ورد في البكر.

فإن قيل: تُعدّى العلة إلى الثيب المصابة بالفجور.

قلنا: التعدية إنما يجوز إلى محل لم يتناوله نص آخر، وقد تناول.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) سبق تخريجه في ص٥٧.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): الثُيب.
(٥) ليست في (ز).

فإن قالوا: لم يتناول.

قلنا: الدليل على التناول أنها ثيب بالإجماع وبالدليل القطعي، والخبر وَرَدَ في الثيب، وهذا جواب معتمد إلا أنه لابد من معرفة جواب هذه الأسولة على هذا الوجه.

الجواب الثاني: وهو من طريق المعنى نقول: إن الحياء في المصابة بالزنا غير الحياء في البكر؛ لأن حياء البكر هو حياء عن النكاح، وفي مسألتنا لا حياء عن النكاح لهذه الفاجرة، وإنما حياؤها عن ظهور الفاحشة، والحياء عن ظهور الفاحشة غير الحياء عن النكاح.

فإن قيل[1]: حياء وحياء فنُلحق أحدهما بالآخر لمعنى العجز الذي بيناه عادة.

قلنا: هذا الإلحاق[2] باطل؛ لأن الاكتفاء بالسكوت بعلة الحياء علة نصيّة يُترك لها المعاني ولو خُلينا والمعاني لم نجعل الحياء علة؛ لأن العجز الذي قالوه ليس له حقيقة فإنها قادرة على النطق قطعًا، وإنما يلحقها نوع تعب ولا يسهل عليها مثل ما يسهل على الثيب، وهذا القدر من التعب لا يُعتبر مثل ما لا يعتبر في حق الغلام وكذلك في توكيل الأجانب وإذا كان هذا معنى نصيًّا مستغني[3] عن سائر معاني الشرع لا يُلحقُ غيره به إلا أن يشاركه في ذلك المعنى بعينه، ولم يوجد؛ لأن الحياء عن النكاح لا[4] يوجد في الفرع.

(١) في (ز): قالوا.
(٢) في (ز): إلحاق.
(٣) في (ز): مستثنىً.
(٤) في (ز): لم.

يبينه: أن الحياء عن النكاح يجوز أن يُسهِّل[١] إذنًا يعود إلى النكاح؛ لأنه استحياء عنه والحياء عُقلة[٢] على اللسان عادة، فأما إذا لم يكن الحياء عن النكاح فكان[٣] أجنبيًا عنه لم يؤثر فيه أصلًا وجُعل كالعدم، وأما الذي قالوا: أن في استنطاقها إظهار الفاحشة منها.

قلنا[٤]: يمكن أن نمنع ونقول[٥] ينبغي لمن يَسمع هذا أن يُحسن بها الظن ويحمل الأمر على أنها أصيبت بشبهة أو بنكاح فإن الولي لا يقول استنطاقها[٦] لزناها وعلى أنا وإن سلمنا أن فيه ظهور فاحشتها، ولكن لما وجب الاستنطاق لإقامة حكم من أحكام الشرع، لا يُبالي بظهور الفاحشة منها؛ لأن القصد ليس إظهار الفاحشة منها، ألا ترى أنه لا يُتعرض للفاحشة أصلًا وإنما يُطلب الإذن فحسب.

يدل عليه: أن الشهادة على الزنا صحيحة، مع أنهم يُصرِّحون بذكر الفاحشة منها، فلأن يصح الاستنطاقُ هاهنا ولا تعرض للفاحشة أصلًا أولى.

وقولهم: إن الأولى هو الستر.

قلنا: أليس يقال للقاذف، إما إن تقيم أربعة من الشهود على زناها أو تُحَدّ، فقد طُلب منه إقامة الشهود.

---

(١) في (ز): يجعل.
(٢) في (ز): عقدة.
(٣) في (ز): وكان.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) في (ز): يقال.
(٦) في (ز): استنطقها.

وقولهم: إن هاهنا وُجِدَ ما يقوم مقام النطق.

قلنا: لم يوجد، وأما دليله بالرجوع إلى علة الحياء فقد أجبنا عنه. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الفاسق لا يكون وليًا لابنته وسائر قرابته من عشيرته عندنا[1].

وعندهم: يكون وليًا[2]، وهو أحد قولي الشافعي[3].

لنا:

الحديث الذي رواه الأصحاب عن النبي ﷺ: أنه قال: (لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل)[4] والمرشد الذي له الرشد، والفاسق لَا رشد له؛ لأنه سفيه، فإن السفيه من جَهِلَ ما يصلحه في دينه، والفاسق قد جَهِلَ ما يصلحه معاملةً وإن كان عَلِمَ ما يصلحه عقيدةً، وعلى الجملة يبعد أن يوصف الفاسق السفيه بالرشد، واعلم أن الخبر وإن كان ظاهرًا في هذا الذي صرنا إليه غير أنه ضعيف في الإسناد، ولا يثبت على هذا اللفظ عن النبي ﷺ

(١) النكت ورقة: ١٩٨/أ، روضة الطالبين: ٦٤/٧، المنهاج: ١٥٥/٣ مع المغني.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ٧٢، الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢٤٤، بدائع الصنائع: ١٢٤٨/٣، رؤوس المسائل: ص ٣٧٤.

(٣) روضة الطالبين: ٦٤/٧.

(٤) رواه البغوي في شرح السنة من طريق الشافعي: ٤٥/٩.
والبيهقي في سننه: ١٢٤/٧ ـ ١٢٦ موقوفًا على ابن عباس، المحفوظ الموقوف على ابن عباس.

بحال، فالوجه هو الاعتماد على المعنى فنقول: الولاية على الغير في النكاح ولاية نظر، ولا يتم النظر إلا بإثبات الولاية للعدل [١٩٨/أ] وإنما قلنا ذلك لأن النظر لا يتم إلا بعد اجتماع أسباب النظر وتوفر دواعيه؛ لأنه إذا لم تجتمع أسبابه ولم تتوفر دواعيه ينظر من وجهٍ، ولا ينظر من وجهٍ، ولا يتم النظر إلا بعد أن ينظر من كل وجهٍ، وفي الفاسق لم تجتمع أسباب النظر، ولم تتوفر دواعيه؛ لأن العدالة سبب من أسباب النظر، مثل القرابة إلا أن القرابة تبعث على النظر من حيث الشفقة، والعدالة تبعث على النظر من حيث الديانة، وهذا لأن النظر إذا[١] كان شرعًا من شرائع الدين (فعلى القطع نعلم)[٢] أن الدين يكون باعثًا عليه، إذ الدين باعث على شرائعه.

يبينه: أن في التقوى نظر الإنسان لنفسه من حيث التمسك بحدود الدين ونظره لنفسه دليل نظره لغيره، وترك النظر لنفسه دليل ترك النظر لغيره بل أولى لأن دينَه أهم إليه من كل شيء فإذا ترك النظر في الأهم فلأن يترك بما[٣] هو دونه أولى. ونستدل من حيث الحكم بالولاية في المال: وبالإجماع يؤثر الفسق في ولاية المال بالمعنى الذي بينا[٤] فوجب أن يؤثر في ولاية النكاح بل الشرع أنظر للأبضاع منه للأموال لعظم حرمة الأبضاع وخفة حرمة الأموال وقد ألزمهم الأصحاب في هذه المسألة الأب العدل إذا زوّج ابنته من أحسن الناس بأحسن مهر يجوز عندكم[٥] ولا نظر في هذه الصورة أصلًا

(١) في (ز): للغير أن.
(٢) في (ز): فنعلم قطعًا.
(٣) في (ز): فيما.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) ليست في (ز).

وليس هذا بكلام في نفس المسألة ولابد لنا أن نبين في الفسق معنىً يوجب سلب الولاية ووجه الكلام ما بينا[1] من قبل.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

ذهبوا إلى أن الفسق لا يسلب الولاية بدليل ولايته على نفسه وهذا لأن الأصل ولايته على نفسه وعلة هذه الولاية كمال حال الشخص بالحرية والعقل والبلوغ، ثم إذا ثبت الولاية[2] على نفسه تعدّت الولاية إلى غيره بالأسباب المعدّية من قرابة[3] وسلطنة وغير ذلك، وهذا لأن الولاية ليست إلا تصرف مخصوص وآلة التصرف شرعًا هو ما ذكرنا[4] وإنما المحل يختلف فيكون مرة لنفسه[5] ومرة لغيره، واختلاف المحل لا يوجب سلب التصرف. قالوا: وأما النظر الذي اعتمدتم عليه فسبب النظر هو الشفقة بالقرابة بين الولي والمولى عليه، وهذا المعنى لا يختل بالفسق أصلًا.

وأما قولكم: إن الدين يبعث على النظر، قالوا: كيف يصح هذا الكلام وبالإجماع يكون الكافر وليًا لقرابته فإذا كان فوات أصل الدين لا يوجب سلب الولاية ففوات التقوى في الدين كيف يسلب الولاية؟ وهذا لأن الفسق دون الكفر فإذا لم يسلب الكفر هذه الولاية فلأن لا يسلبها الفسق أولى.

وحرفهم في هذا: أن وجود الشفقة بالقرابة كافٍ ولا يحتاج معه إلى

---

(١) في (ز): بيناه.

(٢) في (ز): ولايته.

(٣) في (ز): أو.

(٤) في (ز): ذكرناه.

(٥) في (ز): نفسه.

اعتبار العدالة إنما المعتبر أهلية النظر، والفاسق من أهل النظر للغير كما أنه من أهل النظر لنفسه إلا أنه اعتبر وجود ما يبعث على النظر والقرابة باعث تام (على النظر)[١]؛ لأنه معنى طبيعي وما كان معنى طبيعيًا فإنه يستغني[٢] في وجوده عن اعتبار ما سواه.

وقولكم: إنه تَرَكَ النظر لنفسه فهو لغيره اترك. قالوا[٣]: يدخل عليه أولًا[٤] الكافر وتركه النظر لنفسه أكثر وأيضًا فإنه لم يترك النظر لنفسه من كل وجه، ألا ترى أنه متمسك[٥] بأصل الدين وإنما ارتكب ما ارتكب لاتباع الشهوة والهوى مع اعتقاد حرمته ولا شهوة له في ترك النظر لابنته فلا دليل فيما قلتم على ترك النظر والقرابة الباعثة على النظر والشفقة موجودة.

قالوا: وأما المال فأصل الولاية فيه تثبت للفاسق والكلام في أصل الولاية، وأما تأثير الفسق فيها فَلأن المحل محل الخيانات الخفية وهو في نفسه آلة الفساق لإيصالهم إلى شهواتهم، فالشرع أمر بضمّ أمين إلى الفاسق أو يُنصب غيره مكانه[٦].

وأما في النكاح فليس هو محل الخيانات الخفية وعلة الولاية موجودة فلا معنى لسلبها مع وجود علتها بشرطها[٧] وعلى هذا قالوا: يجوز تفويض

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): مستغنٍ.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): ولاية.
(٥) في (ز): مستمسك.
(٦) في (ز): مقامه.
(٧) في (ز): بشروطها.

الحكومة إلى الفاسق، إلا أن الأولى أن لا تفوض[1] لأنها بالتفويض تثبت فلا ينبغي أن يفوض إلى الفاسق مع وجود العدل وتعلقوا على طريق الإلزام بفصل العاضل قالوا: يفسق العاضل بالعضل ومع ذلك (إذا زوّج)[2] يجوز.

الجواب:

إن الكلام على ما سبق. وأما تعلقهم بولايته على نفسه فليس بتعلقٍ صحيح، ألا ترى أن الرق يمنع الولاية على الغير بكل حال، ولا يمنع ولايته على نفسه عند إذن السيد في المكاتب وكذلك شهادته على نفسه تُقبل بالإقرار ولا تقبل شهادته على غيره وهذا بطريق الجدل.

وأما الجواب من طريق المعنى فنقول: [١٩٨/ب] ولايته على نفسه لا يعتبر فيه اجتماع دواعي النظر بخلاف ولايته على غيره؛ لأن ولايته على نفسه لإظهار ثمرة الحرية والمالكية وهذا المعنى يستوي فيه العدل والفاسق إلا أنه إذا كان سفيهًا نظر الشارع له بإثبات الحجر عليه على ما عُرف في تلك المسألة، (وأما ولايته على غيره فليس)[3] لإظهار ثمرة الحرية والمالكية، لأنها قد ظهرت بولايته على نفسه إنما هي ولاية نظر بسبب حاجة المولى عليه ليقوم تصرفه على المولى عليه مقام (تصرف المولى عليه)[4] في حق نفسه أن لو كان من أهل التصرف، وإنما يتم النظر بتوفر دواعي النظر ولم يوجد.

---

(١) في (ز): نفعل.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): العبارة هكذا: «ولا حاجة إلى إثبات الولاية على غيره...».

(٤) في (ز): العبارة هكذا: «مقام تصرفه...».

يبينه: أن تصرفه إنما يقوم مقام تصرف المولى عليه، في حق نفسه عند اجتماع أسباب النظر وكمالها لأن الأصل إن نظر الإنسان في حق نفسه فوق كل نظر وهو مستغنٍ عن عماد وسبب ينضم إليه، فاكتفينا فيه بالحرية وصحة القول على الإطلاق، وأما تصرفه في حق الغير فلابد فيه من اعتبار اجتماع أسباب النظر وتكامله[1] حتى يمكن إقامته مقام تصرفه في حق نفسه، أن لو كان من أهل التصرف، ويمكن أن يقال أن ولايته على غيره كرامة وكان الأصل أن لا تثبت إلا للإمام فإنه نائب عن الله تعالى، والناس عبيد الله إلا أن الشرع أثبت لغير الإمام مزيد كرامة بشرائط مخصوصة وأهم الشرائط هو الدين على ما سبق بيانه بخلاف ولايته على نفسه فإنها[2] ليست مزيد[3] كرامة، إنما هو آثار الحرية والمالكية، وهي كرامة أصلية تثبت للآدمي على الخصوص، وأما كلامهم على فصل النظر وقولهم: إن النظر كامل في الفاسق، فقد ذكرنا أن الدين باعث قوي على النظر.

وقولهم: القرابة[4] كافية، ليس كذلك، وما هذا إلا كَمَنْ يقول: الدين كافٍ فوجب أن يثبت للأجنبي، بل قيل[5] لابد من توفر دواعي النظر فمتى انعدمت القرابة لم تتوفر الدواعي، كذلك عند عدم العدالة.

يبينه: أن ميل الفاسق إلى مثله فإن صغو[6] الشكل إلى شكله، والناس

(١) في (ز): بكاملها.
(٢) في (ز): فإنه.
(٣) في (ز): بمزيد.
(٤) في (ز): أن القرابة.
(٥) في (ز): يقال.
(٦) الصفو: يقال صفيتُ إلى كذا أَصْغَى بفتحتين: قلتُ: وَصَغت النجومُ مالت للغروب. ينظر:=

أشكال وأُلّاف، وقال ابن مسعود: (المرء بخدنه)، ولا يتم النظر مع هذا من الفاسق؛ لأنه يزوجها من فاسق مثله فيفوت عليها أهم الأمور وهي الكفاءة في الدين ونحن إذا نظرنا إلى عادات الناس نعرف هذا قطعًا، وسقط على هذا قولهم: إن الفاسق ارتكب المعاصي[1] للهوى والشهوة ولا شهوة في ترك النظر؛ لأن الميلَ الطبيعي فوق كل شيء والفاسق يميل إلى الفاسق طبعًا ولئن وجد فاسق يطلب كفؤًا من حيث الدين فهو نادر، والنادر ساقط.

وأما تعلقهم بالكافر وقد عدّوا هذا مشكلًا في الإلزام وبعض الأصحاب مَنَعَ، وليس بشيء، لوجود نص الشافعي رحمة الله عليه في مواضع كثيرة إلا أن الأمة أجمعت على أن الأب الكافر إذا زوّج ابنته اليهودية أو النصرانية من مسلم جاز وينعقد[2] النكاح[3] ولم يكن جوازه إلا لأن الأب وليها خصوصًا إذا كانت البنت صغيرة فلابد من التسليم ويمكن تخريجه على فصل النظر فيقال: أن الكافر لم يترك النظر لنفسه على زعمه حتى يكون ذلك دليلًا على ترك النظر (في حق غيره)[4] بخلاف المسلم الفاسق وهذا كلام حسن غير أنه يدخل عليه فصل الشهادة فإن عندنا لا تقبل شهادة الكفار ولم يُعتبر ما عنده بل يعتبر[5] ما هو الحق وهو أنه تارك للدين عنادًا مُؤثرًا للكفر مع وضوح الدلائل وانزياح الشبهات.

= المصباح مادة (صغيتُ) والمقصود ميلان الشكل إلى شكله.

(١) في (ز): المناهي.

(٢) في (ز): انعقد.

(٣) لم أجده في مظانه.

(٤) في (ز): لغيره.

(٥) في (ز): اعتبر.

والجواب عن هذا ممكن فأنا قد ذكرنا في مسألة أهل الذمة طريق الفرق بين الشهادة والولاية بنهاية الوضوح[١]، والأولى أن نُجيب عن أصل السؤال بطريق آخر: وهو أنه إنما تثبت الولاية للكفار على قرابتهم[٢] للضرورة، فإن العادة جرت أنهم يتناكحون فيما بينهم ولا يرفعون[٣] إلينا في نكاح بناتهم وأخواتهم، فإذا لم نثبت الولاية أدّى إلى فساد الأنكحة وفي فساد الأنكحة فساد الأنساب وفي فساد أنساب الكفار مفسدة[٤] عظيمة تعود إلى أهل الإسلام بل يؤدّي إلى الطعن والقدح في أنساب الأنبياء صلوات الله عليهم، وأنساب عامة الصحابة رضي الله عنهم فإنهم كانوا أولاد الكفار إلا القليل، وقد قال النبي عليه السلام: **(أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب)**[٥]، وقال أيضًا: **(نحن بنو النضر بن كنانة لا نقفوا أمّنا ولا ننتفي من أبينا)**[٦] فلأجل هذه الضرورة ولأجل النص الوارد نثبت الولاية للكفار، وأما في حق[٧] الفاسق فلا ضرورة فانتفت الولاية بالدليل الذي بينا[٨]، وعلى هذا نثبت الولاية للإمام الأعظم مع فسقه على أحد الوجهين للضرورة على ما عُرف. وأما فصل العاضل: قلنا إذا تحقق الفسق يسلب الولاية على هذا القول وتنتقل الولاية إلى الأبعد وإنما موضع التسليم إذا كان العضل عن اجتهاد، ويمكن أن يقال: إذا زوّج فقد

---

(١) الاصطلام: ٤/٤٩٣ (ربع القصاص).

(٢) في (ز): قراباتهم.

(٣) في (ز): يترافعون.

(٤) في (ز): وصمة.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ٨/٢٨ مع الفتح، كتاب المغازي، رقم (٤٣١٥ ـ ٤٣١٦).

(٦) رواه الإمام أحمد في المسند: ٥/٢١١، ٢١٢.

(٧) في (ز): إثبات الولاية للفاسق.

(٨) في (ز): قلناه.

ترك الفسق، والجواب هو الأول؛ لأنه استدل ببقاء الولاية [١٩٩/أ] عند عضله بدليل نيابة الإمام فليس ينفع هذا، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

لا ينعقد النكاح عندنا بشهادة الفاسقين[١].

وعندهم: ينعقد[٢].

❖ لنا:

ما روى[٣] ابن عباس وابن مسعود وعائشة عن النبي ﷺ أنه قال: (لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل) ذكره الدارقطني في كتاب السنن برواية هؤلاء النفر بأسانيد ذكرها وفي رُواة هذا الخبر مجاهيل[٤]. والأولى أن نعتمد على القياس فنقول: الفُساق لا شهادة لهم وشرط انعقاد النكاح حضور شهود، والشهود مَنْ لهم شهادة فإذا لم يكن لهم شهادة في الشرع فقد (فُقد شرط)[٥]

(١) الأم: ٢٢/٥، روضة الطالبين: ٤٧/٧، النكت ورقة: ١٩٨/ب، شرح السنة للبغوي: ٤٦/٩، المهذب: ٥٢/٢.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ١٧٢، بدائع الصنائع: ١٢٤٨/٣، الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢٤.

(٣) في (ز): رواه

(٤) ينظر: سنن الدارقطني: ٢٢٥/٣، ٢٢٦، ورواه البيهقي في سننه: ١٢٥/٧، والبغوي في شرح السنة: ٤٥/٩ بهذا اللفظ عن ابن عباس من طريق الشافعي، قال ابن حجر في التلخيص: رواه الشافعي من وجه آخر مرسلًا، وقال: «وهذا وإن كان منقطعًا فإن أكثر أهل العلم يقولون به»: ١٥٦/٣.

(٥) في (ز): سقط.

انعقاد النكاح فبطل كما لو لم يحضر أحد أصلًا وكما لو حضر عبيد أو صبيان، وإنما قلنا لا شهادة للفساق وذلك لأن الشهادة قول هو صدق بدليله المشروع له من شخص مخصوص، وقولنا «هو صدق» لا إشكال فيه؛ لأن الكذب لا يكون شهادة بحال.

وأما بيان دليل الصدق فنقول: الصدق أمر باطن لا يوقف[1] عليه، والقول من حيث أنه خبر يحتمل الصدق والكذب، فلا دليل على الصدق سوى العدالة مشروعًا ومعقولًا، وعلى القطع نعلم أنه لا يمكن اعتبار دليل سوى هذا لأن الخبر عن الأمر المغيب لا يمكن الوصول إلى الصدق فيه قطعًا فلابد من اعتبار غالب الظن[2]، وغلبة ظن الصدق بعدالة المُخبر وغلبة الظن دليل صحيح مرجوع إليه في بناء أحكام الشرع عليه بدليل خبر الواحد والقياس، وإذا ثبت هذا فنقول: قد فُقد دليل الصدق في الفاسق[3] فخرج عن كونه صدقًا لأن ما لا يُعرف إلا بدليل يفوت بفوات الدليل فبقي قوله خبرًا مترددًا بين الصدق والكذب، فلا يكون شهادة وإذا لم يكن شهادة على هذا الوجه فُقد شرط انعقاد النكاح على ما سبق بيانه، ويمكن أن يقال أن الشهادة أمانة شرعية، فلا يستقيم إثباتها من الشرع في محل الخيانة والفاسق خائن فلا يجوز أن يكون محل الأمانة الشرعية، والكلام الأول أحسن.

وقد استدل عامة الأصحاب بفصل عدم القبول، وقالوا: مردود الشهادة في مجالس الحكام على العموم، وَمَنْ له شهادة فحقه قبول الشهادة لا ردّ

---

(١) في (ز): يمكن الوقوف.
(٢) في (ز): الظن في الصدق.
(٣) في (ز): الفساق.




الشهادة، وبعضهم تعلق في المسألة بفصل آخر: وهو أن الشهادة إنما شرطت في انعقاد النكاح لأجل صيانة النكاح من[1] خللٍ يصل إليه بالجحد[2]، وهذه الصيانة إنما تحصل بشهادة العدول لا بشهادة الفساق، وسنُبين وجه اعتراضهم على هذين الفصلين، والمعتمد هو الفصل الأول وهو في نهاية الوضوح.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الفاسق من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة، وهذا لأن الشهادة والولاية نظيرانِ متفقانِ في المعنى، ويمكن أن يقال: أن الشهادة نوع ولايةٍ، وبيان اتفاقهما في المعنى هو: أن كل واحد منهما تنفيذ القول على الغير، وربما يُعبّرون عن هذا فيقولون: الولاية قدرة شرعية في تنفيذ قول منه على الغير، فَمَنْ كان من أهل الولاية يكون من أهل الشهادة، قالوا: وإن منعتم كونه[3] من أهل الولاية فقد دللنا عليه في المسألة الأولى، وهذا لحقيقةٍ: وهو أن علة أهلية الشهادة قد تمت وذلك الحرية والعقل والبلوغ، وإنما قلنا أن هذا هو العلة وذلك[4] لأن الشهادة قول فكل مَنْ كان صحيح القول على الإطلاق يكون من أهل الشهادة، والفاسق صحيح القول على الإطلاق بخلاف الصبي والعبد، وإنما الفسق يوجب تهمة الكذب وبوجود التهمة لا يخرج عن أهل الشهادة، ألا ترى أن الأب ليس من أهل الشهادة في حق الابن ولهذا لو شَهِدَ عليه يُقبل ولا تقبل شهادته له لأجل التهمة، ثم التهمة

(١) في (ز): عن.

(٢) في (ز): الجحود.

(٣) في (ز): أنه.

(٤) ليست في (ز).

لم توجب سلب أصل الشهادة.

يدل عليه: أنا لأجل التهمة قد جوّزنا رد الشهادة فقد أعطيت التهمة حقها وقد بقي أصل أهلية الشهادة، فقلنا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ، وقلنا: إذا حضروا عند[1] عقد النكاح ينعقد بشهادتهم لأن هذا الموضع ليس بموضع عمل التهمة.

وربما يقولون لأهلية الشهادة عملان: أحدهما القبول عند الأداء، والثاني: انعقاد النكاح عند الحضور فإن لم يظهر أحد العملين لعارض الفسق لم يمنع ظهور العمل الآخر وهو الانعقاد عند الحضور.

والحرف: أن الفسق يقدَح في العمل الأول ولا يقدَح في العمل الثاني وأهلية الشهادة تقوم بعمل واحد، وأما نفوذ القضاء بشهادة الفساق كان لأنها صدرت من أهلها، فصح القضاء من القاضي؛ لأنه قد تحرى الصدق ويتصور أن يتحرى الصدق وإن [١٩٩/ب] كان المخبر فاسقًا.

قالوا: وأما قولكم: إن الشهادة قول هو صدق، قالوا: إن عنيتم أنه صدق قطعًا فمحال، وإن عنيتم أنه صدق بدليل يقوم عليه فهذا يوجد في هذا الفاسق لأن أهلية الصدق موجودة ومع أهلية الصدق يوجد دليل الصدق وهو الإيمان والعقل والبلوغ، وهذا لأن الفاسق لا يرتكب جميع المحظورات في دينه، وإنما يرتكب البعضَ دون البعض، وإن كان ارتكاب البعض يدل على كذبه فالانزجار عن البعض يدل على صدقه ومعتمدهم أنهم يقولون: وُجد في حق الفاسق دليل الصدق من وجهٍ دون وجهٍ وفي العدل وُجد دليل الصدق من

(١) ليست في (ز).

(جميع الوجوه)[1]، فصار الفاسق من أهل الشهادة لوجود دليل الصدق من وجهٍ، وقلنا: إذا عَلِمَ[2] القاضي ذلك الدليل، وَقَبِلَ الشهادة يصح ذلك، ولأنه إذا لم يوجد دليل الصدق من كل وجه جاز الرد ولم يجز القبول بل نقول: حكم الشرع هو أن لا يُقبل أصلًا لكن لو قُبل وقُضِيَ بشهادته ينفذ لما بينا، (وهو كالمستور فإنه لا تقبل شهادته وحكم الشرع فيه طلب العدالة إلا أنه لو قُضِيَ بشهادته ينفذ لما بينا)[3]، وكذلك لو عُقد النكاح بشهادة المستورين[4] يصح ولم يبطل.

قالوا: وأمّا قولكم: أن الشهادة أمانة شرعية، قالوا: بلى، ولكن الفاسق من أهل الأمانة بدليل أصل الدين فإنه أمانة ودينه صحيح بالاتفاق، وكذلك لو أودع إنسان عنده صح إيداعه منه.

يبينه: أن تحمّله صحيح بالإجماع والأمانة فيه وهذا لأن فسقه لا يوجب في الأمانات إلا تهمةَ الخيانة، وأما أهلية الأمانة قائمة فكذلك في الشهادة لا يوجب فسقه سوى[5] تهمة الكذب وأهلية الشهادة قائمة.

قالوا: وأما تعلقكم بالقبول قالوا على الجملة يتصل حكم القبول بشهادة الفساق حتى لو قضى القاضي بشهادتهم نَفَذَ، وأيضًا لو شهد أربعة من الفساق على أن المقذوف قد زنى يسقط الحد عن القاذف وإنما لم يجز القبول أو لم

---

(١) في (ز): كل وجهٍ.
(٢) في (ز): غلّب.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): مستورين.
(٥) في (ز): إلّا.

يجب لما بينا من وجود التهمة والكلام في الأهلية.

قالوا: وقولكم: إن وجوب الشهادة على النكاح لصيانة العقد عن خلل الجحد، فليس كذلك، بدليل أنه يجب الإشهاد ولو كان كما قلتم لا يستَحبّ ولا يجب كالشهود على عقود الأموال؛ ولأنه لو وجب لهذا المعنى لم يجز أن يخلو عنه بقاؤه بحال، وقد يخلو بالإجماع وهو أن يموتَ الشهود أو يرتدوا، وأيضًا فإن صيانة العقد في الجملة تحصل بإشهاد الفساق لجواز أن يتوبوا إذا جاء وقت[1] الشهادة، وهذا هو الظاهر من حالهم[2]، ثم قالوا: المعنى في إيجاب الشهادة هو الإعلان ليقع الميز[3] بين النكاح والسِّفاح، إلا أَنَّ الإعلان لمعنى شرعي وهو الإشهاد فاعتُبر ما سمّاه الشرع في وقوع التمييز لا كل ما يقع به التمييز.

وقد ذكر بعضهم في إثبات أهلية الشهادة للفساق طريقًا آخر: وهو أن الشهادة قول الإنسان: أشهد أن لفلان على فلان كذا، والفاسق من أهل هذا القول بدليل الحس والعيان؛ لأنه يقُوله فيوجد مثل ما يقوله العدل، وكل مَنْ قدر على إيجاد شيء فهو من أهله إلا أن يمنع منه[4] مانع من الشرع، وفي العبد والصبي مَنع مانع من الشرع ولم يوجد هاهنا مانعُ الشرع فاتّبعنا حكم الشرع حقيقةً وهذا هو الأصل أن ما تحقق محسوسًا تحقق محكومًا إلا بمانع.

وأما عامة مشايخهم تعلقوا بالمسألة المشهورة وهو أن الفاسق لو شَهِدَ

---

(١) في (ز): وقت أداء.

(٢) في (ز): أحوالهم.

(٣) في (ز): التميز.

(٤) في (ز): عنه.

في حادثة فرُدّت شهادتُه، ثم تاب وعاد وأعاد تلك الشهادة لا تُقبل، وليس المعنى إلا أن المودّى شهادةُ، وقد جرى الحكم بردها، فلم تُقبل ثانيًا لأن نقضَ الحكم لا يجوز ولو كان المودّى خبرًا لقُبل كما في العبد والصبي إذا شهدا ثم أعادا بعد العتق والبلوغ والمسألة مشكلة وقد تعلقوا أيضًا بالمستورين على ما سبق.

❁ **الجواب:**

أما تعلّقهم بالولاية فنقول: ثبوت الولاية على الغير للفاسق ممنوع، وأما ثبوت ولايته على نفسه فقد بيّنا الفرق، وعلى أنا إذا[1] سلمنا ثبوت الولاية للفاسق على الغير فهي خارجة على الأصل الذي قلناه؛ لأن الولاية تظهَر بإنشاء تصرفٍ على الغير ويستوي في هذا العدل والفاسق، وأما الشهادة خبر صدق عن صادق.

يبينه: أنّه ليس بمجرد خبر حتى يقال أن في صيغة الخبر يستوي العدل والفاسق، بل هو خبر موصوف بالصدق ولا يوجد هذا الوصف إلا بالعدالة على ما سبق بيانه، والفرق واضح جدًا غير أن الأولى منع الولاية في حق الغير؛ لأنه الصحيح من المذهب.

وقولهم: إن الولاية والشهادة في المعنى واحد محال؛ لأنه إذا كان أحدهما إنشاء تصرف على الغير، والآخر خبر عن أمرٍ [٢٠٠/أ] سابقٍ فكيف يقال هما واحد؟.

ويمكن أن يقال لهم: أن عندكم ولاية الفاسق على ابنته وقرابته كولاية

(١) في (ز): إن.

العدل، وأما شهادته ليس كشهادة العدل بالاتفاق، بدليل فصل القبول وهذا قوي جدًا من طريق الجدال.

وأما ما تكلموا به على فصل الصدق فنقول: إن تعلقوا بأهلية الصدق فأهلية الصدق لا تكفي لأنه يعارضها أهلية الكذب، وإنما المعتبر وجود دليل الصدق.

وأما قولهم: إن دليل الصدق قد وجد وهو الإيمان والعقل. وقولهم: إنه لا يرتكب جميع المحظورات والمناهي إنما يرتكب البعضَ دون البعض، والجواب عن الكل واحد، وهو أن دليل الصدق ما يغلب ظن الصدق ولا يغلب ظن الصدق إلا بالعدالة، وصلاح التعاطى بالتقوى عن جميع ما يوجب الفسق.

وأما قولهم: إن الفسق لا يوجب إلَّا تهمة الكذب.

قلنا: إنما سلبنا الشهادة بالوجه الذي قلناه، فليس يدخل عليه ما قالوه، وعلى أنه إذا وجدت تهمة الكذب فات دليل الصدق، وقد صار قوله شهادة بدليل الصدق ففاتت الشهادة بالكلية.

وقولهم: إن تهمة الكذب لا توجد في الشهادة التي هي الحضور.

قلنا: ليس الكلام في شهادة، وشهادة، وإنما الكلام في أهلية الشهادة على الإطلاق، وقد دللنا على أنه ليس له شهادة ثم نقول: أصل الشهادة الذي يصير به الشخص شاهدًا هو القول، إلا أنه قول مخصوص وهو قول يُفصل به الخصومات في مجالس الحكام فكل من كان مَنْ أهل هذا القول فهو شاهد

في الشرع، وَمَنْ لا فلا، ثم شرط انعقاد النكاح حضور شهود، وهم الذين لهم هذه الشهادة وليس المراد من الشهادة هو الحضور من قولهم: شَهِدَ كذا، أي حَضَرَ[(١)]، حتى يقال: كل مَنْ كان من أهل الحضور كان من أهل الشهادة. والدليل عليه: أن قوله ﷺ: **(لا نكاح إلا بشهود)**[(٢)] ليس المراد إلا بحضور، وإنا المراد لا نكاح إلا بقوم لهم شهادة، ألا ترى أنه يصح أن يقال: لا نكاح إلا بحضور شهود، وهو المراد من الخبر حتى يستقيم معناه، ويستحيل أن يقال معناه إلا بحضور حضور، فثبت بهذا الذي قلناه أن الشهادة قطعًا هو ما قلناه من القول، وقد ذكرنا أن الفاسق ليس من أهل ذلك القول فقد فات شرط صحة النكاح فهذا الكلام نهاية التحقيق ولا مزيد عليه.

وقد قال[(٣)] أصحابنا: إن السالب للشهادة عين الفسق؛ لأنه نقص عظيم بل هو فوق الرق في النقيصة، ولابد من كمال حال لأهلية الشهادة، ويدخل على هذا الولاية على نفسه وعلى غيره، وهذا لأنه مع هذا النقص صحيح القول على الإطلاق بدليل جميع التصرفات، ويخرج العبد على هذا. ويقولون ليس كل نقيصة تسلب الشهادة، بدليل الأنوثة ونقيصة الجهل، فالاعتماد على ما بيّنا والذي قالوا هو من أهل الشهادة حسًا، فليس بشيء لأن الشهادة معنى[(٤)]

---

(١) في (ز): حضره.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية: «غريب بهذا اللفظ»: ٣/١٦٧، لكن ورد معناه في أحاديث أخرى عن ابن عباس وأبي هريرة وعائشة، وابن عمر وجابر وعمران بن حصين.
ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٢٢٥، والتلخيص الحبير لابن حجر: ٣/١٦٣، قال ابن المنذر: «وليس يثبت عن النبي ﷺ شيء في إثبات الشاهدين في النكاح»: الإشراف: ٤/٤٦.

(٣) في (ز): بعض أصحابنا.

(٤) في (ز): حكم.

شرعي، ودليله من الشرع: هو العدالة ويدخل على ما قالوه فصل العبد والصبي.

وقولهم: إن هناك مانع من أهلية الشهادة.

قلنا: وكذلك هاهنا. وأما تعلق مشايخهم بالمسألة المشهورة فاعلم أن هذه المسألة أعيت كثيرًا ممن يدعي التحقيق حتى زعم بعضهم(١) أنه لا نعقل لها معنى، وبهذا لا يرضى الخصم، وقال بعضهم: للفاسق شهادة وسلّم لهم ما ادعوه وَزَعَمَ أنه لا ينعقد النكاح بشهادته، وتعلق بالثبوت ليس هذا بشيء؛ لأنه متى سَلَّمَ للخصم أنه من أهل الشهادة فقد وُجد شرط(٢) النكاح وهو حضور شهود(٣) ولم يعتبر إلا هذا القدر، والثبوت ثاني الأمر وقد تكلموا عليه.

(وزعم بعضهم)(٤): أن رد الشهادة بعد التوبة كان لأجل التهمة، وهي تهمة ترويج القول، وإزالة(٥) سِمة(٦) الكذب، وليس هذا بشيء؛ لأن هذا المعنى يوجد إذا(٧) شهد في حادثة أخرى ومع ذلك يقبل بالاتفاق، وأيضًا فإنه إذا حضر ليشهد وطرده القاضي ولم يسمع إلى(٨) شهادته ثم تاب وأعاد(٩) فإنه يُقبل، والتهمة موجودة.

---

(١) في (ز): قوم.
(٢) في (ز): شرط انعقاد.
(٣) في (ز): الشهود.
(٤) في (ز): وزعموا.
(٥) في (ز): بإزالة.
(٦) في (ز): تهمة.
(٧) في (ز): إن.
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): شهد.

يبينه: أن هذه إساءة الظن بالتائبين[١]، وقد أمرنا بخلافه خصوصًا إذا تاب وبقي على الصلاح سنين، وفي مثل هذا الموضع تبعد هذه التهمة. وبعض أصحابنا قال: إن كان فاسقًا عُرِف[٢] بفسقه[٣] قطعًا، يُقبل شهادته إذا تاب، وإن كان فاسقًا لم يعرف فسقه قطعًا بل عرف بالاجتهاد لم يقبل شهادته حتى لا يؤدي إلى نقض الاجتهاد بالاجتهاد، وهذا أيضًا ضعيف؛ لأنه تفصيل لم يُعرف في المذهب، ولأنه وإن عرف فسقه بالاجتهاد فلا يخلو الشخص من أن يكون فاسقًا أو عدلًا فإن كان فاسقًا فردت شهادته، وجب أن لا يجب رد الشهادة بعد التوبة؛ لأن القبول لا يوجب نقض الاجتهاد، وإن [٢٠٠/ب] كان عدلًا فأولى؛ لأن العدل إذا رُدّت شهادته مرة لم يمنع القبول من بعد.

والجواب الصحيح أن المسألة محمولة على ما لو أدّى اجتهاد القاضي أن له شهادة فردَّها وإذا جَعَلَ له شهادة وردَّها لم يجز أن يقبَل من بعد، لأنه يؤدّي إلى نقض حكم جرى بالاجتهاد، وهو جواب حسن، سهل المأخذ.

وأما شهادة المستورين فقد مُنِعَ، وعلى أن انعقاد النكاح كان لضرورة، لأنا إذا لم نصحح النكاح بشهادة المستورين أدّى إلى سد باب كثير من الأنكحة بل عامتها؛ لأن آلة الوصول إلى العدالة الباطنة لا يكون إلا عند الحكّام[٤]، والخواص من الناس، فتُعوز العدالة في غالب[٥] الأنكحة بخلاف المستور فإنه لا يُعوز في موضعٍ ما، وهذا ظاهر عند المتأمل. والله أعلم.

---

(١) في (ز): الناس.
(٢) في (ز): يعرف.
(٣) في (ز): فسقه.
(٤) في (ز): الحاكم.
(٥) في (ز): عامة.

❊ (مَسْألة):

لا مدخل لشهادة النساء في النكاح والطلاق، وكل ما ليس بمالٍ ولا من حقوق المال[1].

وعندهم: تُقبَل شهادة النساء في كل ما ليس بحدٍ ولا قصاصٍ[2].

❁ لنا:

أن النساء لسن من أهل الشهادة في الأصل، ونعني بالأصل قواعد الشرع وقوانينه، فإنَّا[3] إذا نظرنا إلى قواعد الشرع فهي تمنع قبول شهادة النساء أصلًا، وذلك لنقصان عقلهن واستيلاء الغفلة والضَّلال عليهن، والشهادة لابد فيها من تحمل مع ضبطٍ تامٍ في الابتداء، وحفظٍ في الدوام وأداءٍ على الوجه في الانتهاء، ونقصانُ العقل والضلالُ الغالبُ عليهن[4] يُخل بهذه الأمور قطعًا، ولهذا سلبت الولاية على الغير وعلى نفسها في النكاح، وهذا عندنا ظاهر. وعندهم لا يكون لها من الولاية مثل ما يكون للرجال، وقد سُلبت الإمامة والولاية العظمى لهذا المعنى الذي ذكرنا[5].

والحرف: أن نقصان عقلها وغلبة الغفلة عليها يمنعها بل يُعجزها عن

(١) الأم: ٢٩/٥، روضة الطالبين: ٤٥/٧، المهذب: ٥٢/٢.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ١٦٩، ١٧٢، المبسوط: ١٣٢/٥، مختصر القدوري: ٣٩١/٢ مع الجوهرة، رؤوس المسائل: ص ٣٧٢.

(٣) ليست في (ز).

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): ذكرناه.

القيام بمواجب الشهادة[1] (كما يُعجزها عن القيام بمواجب الولاية والإمامة)[2].

والدليل على هذا الأصل من حيث الحكم: أنها لو كانت من أهل الشهادة في الأصل لتمَّت حجة الشهادة بهن على الانفراد وحين لم تتم بالإجماع، دل أن المعنى ما بيَّناه، وهذا دليل معتمد فإن كل جنس من الشهادة[3] يقوم بنصف الحجة ولا يقوم بكل الحجة وحين لم يقمن ثبت ما ذكرنا. وأما الأموال فشهادة النساء فيها شُرِع[4] مُعدولًا عن الأصل في محل مخصوص، فكل ما كان في معنى ذلك المحل يجوز أن يُلحق به، وما لا فلا، والأبضاع لا تشبه الأموال في الشرع، والعقد عليها لا يشبه العقود[5] على الأموال، ودليل عدم الشبهية[6] ظاهر فإن أحكام الأبضاع غير أحكام الأموال، ولهذا لا يجري البذل والإباحة في الأبضاع، ويجري في الأموال، وكذلك العقود لا تُتَناوَب على البضع بل لا تُستباح إلا بعقد مخصوص بخلاف الأموال[7].

ويدل عليه: أنه لا (يجب الحد)[8] بتناول المال المحرّم، (ويجب الحد)[9] بتناول البُضع المحرَّم فإذا لم يكن في معنى المال فلا يلحق بالمال،

(١) في (ز): الولاية.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): الشهود.
(٤) في (ز): شرعت.
(٥) في (ز): العقد.
(٦) في (ز): الشبه.
(٧) في (ز): المال.
(٨) في (ز): يحد.
(٩) في (ز): يحد.

وعلى هذا كل ما ليس بمالٍ (فأشبه هذه)[١] الأشياء الحدود والقصاص.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: للنساء شهادة في عقود الأموال فيكون لهن شهادة في عقود الأبضاع.

دليله: الرجال، (وربما قالوا)[٢]: النكاح عقد من جنس عقود المعاملات فأشبه عقودَ المعاملات مثل البياعات والإجارات، ووجه المجانسة: ثبوته بإيجاب وقبول في عوض ومعوِّض، وهذا لأن للنساء أهلية الشهادة بدليل الولاية فإنها من أهل الولاية فتكون من أهل الشهادة؛ لأن الشهادة قول فَمَنْ[٣] كان صحيحَ القول على الإطلاق كان صحيح الشهادة. يدل عليه: أنه لما قُبل قولها على نفسها قُبل قولها على غيرها؛ لأن القول لا يختلف باختلاف المحل، قالوا: وأما نقصان العقل فغير مُعتَبَر على العموم كما ذكرناه[٤] في مسألة النكاح بغير ولي، وإنما اعتُبر في شيء مخصوص نصًا[٥] وهو عدم جواز الاقتصار على المرأة الواحدة، ألا ترى أن النبي ﷺ لما وصفهن بنقصان العقل ذكر أن ضمّ المرأة إلى المرأة في الشهادة لنقصان عقلهن[٦]، قالوا: وقد أثبتنا هذا الضَّم، وإذا وفرنا على نقصان العقل حقه أُعرض عنه وصارت المرأتان كرجلٍ واحدٍ كامل العقل، وعلى هذا قالوا: على فصل

(١) في (ز): وأشبه بهذه.

(٢) في (ز): وإنما قالوا ذلك.

(٣) في (ز): وكل مَنْ.

(٤) في (ز): بينا.

(٥) ليست في (ز).

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ١/٤٠٥ مع الفتح، كتاب الصلاة، باب ترك الحائض الصوم.

الغفلة والضلال، أن الغفلة والضلال صار مجبوراً[1] بالعدد فصار كالعدم، وأما عدم كمال الحجة بالنساء على الانفراد إنما هو بالنص[2] غير معقول المعنى، وكان[3] القياس يقتضي أن تكمل الحجة بهن وإنما لم يكمل بنص الكتاب.

وحرفهم: أن النساء في شطر الشهادة مثل الرجال في (شطري الشهادة)[4].

والدليل عليه [٢٠١/أ] من حيث الحكم قبول شهادة النساء في أحد شطري البينة من غير ضرورة وحاجة. وبيانه: أنه يُقبل شهادة رجل وامرأتين في الأموال مع وجود رجلين وهذا دليل معتمد. ووجه الاعتماد عليه: أنه لو كانت شهادتهن معدولاً عن الأصل لم يجز أن تزاحم من جرت شهادتهم على الأصل في الرتبة والدرجة. قالوا: وأما الضبط التام[5] والأداء والحفظ فهو متصور من النساء مثل ما يتصور من الرجال، ألا ترى أن الرواية عن الرسول ﷺ قد احتيط فيها هذا النوع من الاحتياط قال النبي ﷺ: (نَضَّرَ الله امرأً سمع مني[6] مقالة[7] فبلّغها كما سمعها)[8] فدل على أنه لابد من الضبط والحفظ على الوجه الذي ضُبط، وقد أجمعت الأمة على أن النساء في الرواية

(١) في (ز): صارا مجبورين بالعدد فجعل كالمعدوم.
(٢) في (ز): بنصٍ.
(٣) في (ز): فكان.
(٤) في (ز): شطريها.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): مقالتي.
(٨) رواه الدارمي في سننه: ٧٦/١.

مثل الرجال.

وأما[1] قولكم: إن الأبضاع ليست في معنى الأموال، فهذا كلام مبني على أن النساء ليس لهن شهادة أصلية، وقد تكلمنا عليه، وعلى أنه وإن ثبت لكم أن أمر البضع فوق أمر المال، فليس بمستقيم[2] هذا الكلام في الوكالات والوصايا، وما يشبه[3] ذلك، وعندكم هذه العقود لا تثبت بشهادة النساء مع الرجال، ونحن نعلم حقيقة أن هذه العقود دون عقود البياعات والإجارات، بل هي اتباع عقود المعاملات، فإذا دخلت شهادة النساء في عقود المعاملات ففي هذه العقود أولى.

قالوا: وأما الحدود والقصاص فإنما لم تثبت بشهادة النساء والرجال بالأثر الذي روى عن الزهري، أنه قال: مضت السُنّة من رسول الله صلى الله عليه والخليفتين من بعده أن لا تُقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص[4]، والمعتمد لهم من[5] الاعتراض على فصل الحدود والقصاص أنها امتازت من بين سائر الأشياء بسقوطها بالشبهات، وفي شهادة النساء شبهة بسبب الغفلة التي تركبت فيهن بأصل الخلقة، وجَبرُ الغفلة بالعدد وإن وجد[6] شرعًا، ولكن سبب الغفلة قائم وهي الأنوثة فأوجبت الشبهة، قالوا: وأما النكاح فيثبت مع الشبهة مثل المال بدليل ثبوته بالشهادة على الشهادة ولا شك أن

(١) في (ز): قالوا وأما...
(٢) في (ز): يستقيم.
(٣) في (ز): وما أشبه.
(٤) رواه أبو يوسف في الخراج عن الحجاج عن الزهري: ص ٣٢٥.
(٥) في (ز): في.
(٦) في (ز): وجدت.

فيها شبهة وهو جواز كذب الشهود وهذا الجواز أُعرض عنه في شهود الأصل لأجل ضرورة الحجة، وهذه الضرورة غير موجودة في شهود الفرع؛ لأن التوصل إلى شهود الأصل ممكن فدل أن الشبهة موجودة في الشهادة على الشهادة، ولا ينفعكم المنع في جانب الحدود والقصاص.

وقولكم: إن الحدود والقصاص تثبت بالشهادة على الشهادة لأنا إذا بيّنا وجود الشبهة فالمنع نوع مجازفة وترك النظر[١] في المعاني.

واستدلوا في[٢] أن النكاح يثبت مع الشبهة ببقاء النكاح على الموطوءة بالشبهة ولاشك أن عدة النكاح توجب شبهة النكاح.

ويدل عليه: أن مَنْ زوّج ابنته من رجل بنكاح فاسد ثم زوِّجها منه بنكاح صحيح صح العقد الثاني، وشبهة النكاح الأول قائمة فثبت بما قلنا إن النكاح يثبت مع الشبهة فتبيّن الفرق بين الحدود والقصاص[٣] وبين النكاح من هذا الوجه، قالوا: وأما الذي قال بعض مشايخكم: بأن النكاح اختص من بين (سائر العقود باشتراط)[٤] الشهود، فيعتبر فيهم الذكورة كالزنا فضعيف جداً، وإذا وقعت المطالبة بالمعنى تبيّن بالعجز وعلى فصل الزنا دليل عليكم؛ لأن العدد الزائد كان مثل المزيد عليه في وصف الشهود فليكن في مسألتنا كذلك، وفي سائر العقود لم يُعتبر وصف الذكورة في الشهود فكذا في شهود النكاح فظهر أن الامتياز يكون في العدد فحسب، (كذلك هاهنا، وَجَبَ أن يكون

(١) في (ز): للنظر.
(٢) في (ز): على.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): نظائر متعددٍ من.

الامتياز في أصل اعتبار الشهود فحسب)[1].

الجواب:

أما تعلقهم بعقود البياعات ودعواهم أن النكاح عقد من جنس عقود المعاملات، فبعيد جدًا، فإن عقود المعاملات ما يُقصد بها الأموال والأرباح وما يُفعل[2] في الأسواق المنصوبة لها، ويتعاطاها التجار الذين تفرّغوا واستعدوا لها، والنكاح في نهاية البعد عن[3] هذا النمط.

والدليل عليه: وقوع الاتفاق على التفريق بين عقود المال والنكاح بدليل الشاهد واليمين على أصلنا[4] والنكول على أصلكم[5].

وأما قولكم[6]: إن للنساء شهادة في الأصل.

قلنا: ليس كذلك، بدليل ما بيّناه من الحقيقة والحكم، وأما تعلقهم بالولاية فقد جعلناها حجة[7] عليهم وعلى أن المسلم من الولايات ولايتُها على نفسها في الأموال[8] فحسب، ولا يجوز أن يُستدل بهذا على الشهادة؛ لأن ولايتها على نفسها في المال ولم تدل على الولاية على الغير في المال،

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): وما يقصد.
(٣) في (ز): من.
(٤) عند الشافعية.
(٥) عند الحنفية.
(٦) في (ز): قولهم.
(٧) في (ز): دليلًا.
(٨) في (ز): المال.

فإن الأم لا تكون ولي طفلها في المال، فكيف يستدل بها في الشهادة على الغير؟ وعلى أن عندنا شهادتها في الأموال صحيحة، فلم نَفْرِقْ بين الولاية والشهادة في المال [٢٠١/ب].

وأما قولكم: إن المرأة صحيح[١] القول على الإطلاق.

قلنا: هذا في حق نفسها، وأما في حق غيرها فلا، وكيف يُدّعى لها (صحة القول مثل صحة قول الرجال)[٢] وشهادتها في الحدود والقصاص مردودة، وفي الأموال لا تقوم الحجة بشهادتهن على الانفراد بحال، وكذلك قولها في الولاية العامة باطل بالإجماع[٣].

وأما قولكم: إن نقصان العقل إنما اعتبر في إيجاب ضم المرأة إلى المرأة فحسب، وذكروا الخبر.

قلنا: ليس الخبر على ما رووا إنما الخبر أن الصحابة قالوا: علمنا نقصان عقلهن فما نقصان دينهن؟ فذكر القعود عن الصلاة والصوم في زمان الحيض[٤]، ولا شك أن نقصان العقل معنى مؤثر في الشهادة على ما سبق، وأما الخبر الذي قالوه إن كان صحيحًا فقولوا: إنه إذا شهد أربع نسوة على المال يُقبل وتنزل منزلة الرجلين والذي قالوا: إنما لم تقم النساء بشطري البينة لأجل نص الكتاب أو للإجماع[٥].

---

(١) في (ز): صحيحة.

(٢) في (ز): صحته للرجال.

(٣) ينظر: فتح الباري ١٢٨/٨، ٥٦/١٣

(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٤٠٥/١ مع الفتح، كتاب الحيض، باب ترك الحائض الصوم.

(٥) في (ز): الإجماع.

قلنا: هذا الكلام على القلب أصوب وإلى المعاني أقرب، وهو أن شهادة النساء في أحد شطري البينة، إنما قُبلت معدولًا بها عن الأصول بنص الكتاب أو الإجماع، وأما قبول شهادة رجل وامرأتين في الأموال مع وجود رجلين فنحن لا ندّعي الخلفية والبدلية حتى يلزمنا هذا، وإنما ادعينا أن شهادة النساء في أحد شطري البينة على الأموال والمعاملات إنما قُبلت معدولًا بها عن الأصول بنص الكتاب أو بالإجماع لنوع حاجة وضرورة وهو أن المعاملات تكثر في الأموال كثرة عظيمة وبالناس حاجة إلى إحياء الحقوق وهذه المعاملات تُفعل في الأسواق والبيوت وعند حضور الجماعات وعند حضور الواحد والاثنين، وفي الخلوات أيضًا فساهل[1] الشرع في حجتها نوعًا من السهولة؛ لأنه رُبما يحضره الرجال، وربما يحضره النساء مع الرجال، وربما إذا أراد إقامة البينة يقدر في ذلك الوقت على رجلين، وربما يَقدر على رجل وامرأتين فتحصل بشرع هذه الحجة نوع من الإحياء للحقوق ما لا يحصل بدونها وامتازت الأموال غير سائر الحقوق في هذه الحجة؛ لأن الحاجة التي توجد في الأموال لا توجد في غيرها فإنها لا تكثر كثرتها ولا بلوى فيها كبلواها لأنا بيّنا أن الأبضاع ليست كالأموال من وجوه آخر، وإذا ثبت هذا الأصل في الأنكحة فكذلك كل ما ليس من عقود المال[2] والوكالات والوصايا هي لإثبات التصرفات والولايات، فإنه إنما لا يقبل الشهادة على الإيصاء، فأما على الوصية تقبل[3]، وإثبات الولاية في التصرفات ليس من حقوق[4] المال في شيء وخرج على هذا الأجل؛ لأن

(١) في (ز): فتساهل.
(٢) في (ز): الأموال.
(٣) في (ز): فتقبل.
(٤) في (ز): عقود.

الأجل صفة من صفات الدَّين بمنزلة الحلول وصفات المال توابع الأموال، فأما الوصاية والوكالة فليست بتابعة للأموال؛ لأن أسباب التصرفات لا تكون تابعًا[1] لمحال التصرفات، وأما فصل الثبوت مع الشبهات، فلسنا ندّعي سقوط النكاح بالشبهات وإن أمكن الدعوى والخروج عن كل ما قالوه لكنا لسنا نحتاج إلى هذا، وبالطريقة[2] الأولى التي اعتمدنا عليها غُنية عن هذه الطريقة، وقد ذكر الأصحاب في الفرق بين النكاح والمال أشياء لم نر الاعتماد عليها فطرحناها. والله أعلم.



※ (**مَسْأَلَة**):

أحد الأولياء إذا زوج المرأة من غير كفء لم يجز العقد عندنا في أصح القولين[3].

وعندهم: يجوز[4]، وفيه قول آخر للشافعي[5]: يجوز العقد، وللباقين حق الاعتراض[6]، وهو قول أبي يوسف[7] (من أصحابهم)[8]، فنقول[9]:

(١) في (ز): تابعة.
(٢) في (ز): وفي الطريقة.
(٣) الأم: ١٥/٥، المهذب: ٤٩/٢، النكت: ورقة ١٠١/أ، روضة الطالبين: ٨٤/٧.
(٤) مختصر الطحاوي: ص١٧٣، الجوهرة النيرة: ١٥/٢٥، فتح القدير: ٣٠٣/٣، البحر الرائق: ١٤٤/٣.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) المنهاج من شرحه مغني المحتاج: ١٤٤/٣، روضة الطالبين: ٥٦/٧.
(٧) مختصر الطحاوي: ص ١٧٣، فتح القدير: ٣٠٣/٣، الجوهرة النيرة: ١٥/٢.
(٨) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٩) في (ز): لنا: إنه.

عقد تضمن تفويت حق الغير فوجب أن لا يجوز.

دليله: الأجنبي إذا زوّج.

وقولنا: «تضمن تفويت حق الغير» ظاهر لا يحتاج إلى دليل.

يبينه: أنه لما تضمن تفويت حق الغير وتفويت حق الغير ممنوع منه في الشرع فقد اتصل بالعقد منع من قبل الشرع، والعقد لا ينعقد مع المانع الشرعي.

يدل عليه: أنه إنما يُطلَق للإنسان استيفاء حقه أو إيفاء الحق لغيره، بشرط أن لا يَتَعرض لحق غيره، فإذا تعرض حق[1] غيره بالإسقاط لم يجز له الإيفاء ولا الاستيفاء.

وأما تحقيق المسألة: وهو أنه لو جاز العقد لجاز بثبوت الولاية للمُزوِّج وكما أن الولاية له ثابتة فلصاحبه أيضًا ثابتة، فإن نظرنا إلى ولايته جاز العقد، وإن نظرنا إلى ولاية صاحبه لم يجز العقد فتعارض سبب الجواز وعدم الجواز؛ لأن العقد إنما يجوز لوجود سبب الجواز بلا معارض، فإذا وُجد المعارض انعدم الجواز؛ لأن الدليل يسقط بحجته وحكمه بوجود المعارض والكلام في غاية القوة وسيظهر تمامه في الجواب عن كلامهم.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: نكاح صدر من ولي كامل الولاية فوجب أن يجوز ويلزم.

دليله: إذا زوّجها من كفء، ودليل كمال الولاية كمال السبب، ومع

---

(١) في (ز): لحق.

كمال السبب لا يجوز أن لا ينعقد العقد. وأما الفقه لهم [٢٠٢/أ] في المسألة: وهو أن حق طلب الكفاءة للأولياء وكل واحد من الأولياء كامل الولاية وإذا كملت الولاية كان كل الحق له، (والحرف أن كل الولاية له، فكل الحق في الكفاءة له، وهذا في كل واحد من الأولياء إذا كان كل الحق له)(١) وهو من أهل إسقاط حقه فإذا أُسقط سقط، وانعدم(٢) ولم يبق شيء يكون للباقين من الأولياء، واستدلوا في أن كل الحق له أنه حق لا يتجزأ ولا يتبعَّض فلم(٣) يتصور أن يكون بعض الحق له فثبت كل الحق قطعًا، ودليل أنه لا يتجزأ ولا يتبعض أنه لا يتصور تعيير بعض الأولياء دون البعض، ولا اندفاع الضرر والعار عن بعضهم دون البعض، ونظير ما قلنا مسألة الأمان فإن ولاية الأمان ثابتة لكل واحد من المسلمين على الكمال فصار كل الحق ثابتًا لكل واحد من المسلمين؛ لأنه لا يتجزأ ولا يتبعض (فإن الحق هو حق الاغتنام والاسترقاق ولا يتصور تجزئته)(٤) فإذا أمن وأسقط حقه سقط، ولم يبق الباقين شيء وصار فوات حق المباقين محالًا به على عدم الحق لا على إسقاطه وإبطاله، كذلك هاهنا. وشبهوا بالقصاص فإن أحد الوليين إذا أسقط سقط الكل؛ لأنه قد ثبت من أصلنا أن جميع القصاص ثابت(٥) لكل واحد من الوليين على ما ذكروا في كتاب القصاص.

قالوا: وأما الدية للساكت إنما وجبت لتعظيم أمر الدم حتى لا يهدر لأنه

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فلا.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): واجب.




لم يوجد عنه رضا فإذا لم نُوجب شيئًا يؤدّي إلى الإهدار، واعترضوا (على[1] ما) تعلقنا به من قولنا: إن العقد تضمّن تقويت حق الغير قالوا: هو غير مفوّت حق أحد إنما فوّت حق نفسه إلا أن حق الغير سقط حكمًا مثل الأمان والقصاص بالطريق الذي ذكرنا[2] ثم اعترضوا على هذا الكلام وعلى كلامنا الثاني بما لو زوّجها من كفء وهو إشكال المسألة.

ووجه الإلزام على الأول: أنه تضمن تفويت حق الغير من العقد، وعلى الثاني أنه ولي كامل الولاية وصاحبه ولي كامل الولاية ومع ذلك جاز العقد، قالوا: ولا يجوز الاعتذار عن هذا الفصل بقولكم: إن العقد من كفء حق المرأة فهو بتزوجها يوفى حقها والحق إذا كان على جماعة يجوز أن يقوم بعضهم بإيفائه دون الباقين بمنزلة الدَّين، لا يصح هذا من وجهين: أحدهما أن هذا العقد من حيث العقد هو إيفاء لحق المرأة إلا أنه من حيث طلب الكفاءة استيفاء الحق؛ لأن الحق في الكفاءة لا شك أنه ثابت للأولياء والحق الثابت يسقط مرة ويُستَوفَى مرة فالاستيفاء إنما يكون بالعقد من كفء والإسقاط بالعقد من غير كفء وإذا ثبت أنه استيفاء حق فليس لأحدهما ولاية استيفاء حق الآخر ولا إيفائه، فينبغي أن لا يجوز.

والوجه الثاني: أن هذا العقد وإن كان إيفاء حق المرأة لكن لا تجري النيابة فيه من غير إذن مَن ثبت له حقُّ الإيفاء بدليل الأجنبي لا يجوز (أن يزوّج من غير)[3] نيابة عن الأولياء بخلاف الدَّين فإن يجوز للأجنبي أن

---

(١) في (ز): بما قلناه على ما احججنا به و

(٢) في (ز): قلنا.

(٣) في (ز): له أن يزوج من كفء.

يقضيه، ومع هذا في مسألتنا جاز الإيفاء علمنا أن المعنى ما بينا[1]، قالوا: وليس يلزم المرأة إذا تزوّجت من غير كفء؛ لأن حقها ليس هو عين حق الأولياء بل هو حق[2] غيره؛ لأن حق الأولياء أن لا يدخل في نسبهم مَنْ لا يكافئهم ولا يدانيهم، وحق المرأة أن لا يستفرشها مَنْ لا يكافئها، والضرر في دخول الدنئ الخسيس في نسب جماعة شرفوا بأصل لهم مثل قريش شرفوا بأصل لهم وتميم شرفوا بأصلهم غير الضرر الذي يلحق المرأة باستفراش خسيس إياها فإن ذلك ضرر عظيم محسوس وهذا ضرر من حيث الحكم فهما غَيرانِ، فإسقاط أحدهما لا يوجب إسقاط الآخر، وفي مسألتنا الحق واحد كله[3] للمزوّج، وربما يقولون الحق لذلك[4] الأصل وهو أن لا ينتسب إليه خسيس وكل واحد من الأولياء ينوب عنه في ذلك الحق، قالوا: وأما حق الشفعة فهو حقوق[5] متعددة[6]؛ لأنه ثبت[7] بالملك والملك متجزئ والثابت لكل واحد من الشفعاء غير الثابت لصاحبه، وقالوا: في حد القذف إذا قذف أُمّ جماعة وصدّقه بعضهم لا نقول إن التصديق إسقاط لحد القذف؛ لأنه لا يقبل الإسقاط عندنا وإنما نقول: إذا صدّق أحدهم فلم يظهر الوجوب في حقه وظهر في حق الباقين حيث لم يصدّقوه، والحق الواحد يجوز أن يظهر أثره في حق شخص دون شخص وفي مسألتنا الحق واحد،

(١) في (ز): بيناه.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): كله ثابت.
(٤) في (ز): صيانة.
(٥) في (ز): حق.
(٦) في (ز): متعدد.
(٧) في (ز): يثبت.

وقد ظهر في حق الكل وقد بينا وجه سقوطه.

❁ **الجواب:**

أما قولكم[١]: ولي كامل الولاية، قلنا[٢]: نسلم[٣] لكن وجه إفساد العقد ما بيّنا[٤]، وبأن كان وليًّا كامل الولاية لم يذهب وجه الفساد، لأن وجه الفساد بكون صاحبه وليًّا كامل الولاية أيضًا، وثبوت الولاية الكاملة لصاحبه قبل ثبوت الولاية الكاملة له، [٢٠٢/ب] فيقال بطريق الجدال[٥]: لِمَ قلتم: إذا عقد بولايته وهناك صاحب ولاية مثله يجوز العقد؟ ويقال بطريق المعارضة: عقد صَدَرَ ممن غيره فيه كامل الولاية فلا يجوز، ويقال بطريق المفاقهة صدره من كامل الولاية إنما يفيد الجواز إذا لم يتضمن تفويت حق الغير أو صدره من كامل الولاية إنما يفيد الجواز إذا لم تعارض ولايته ولاية أخرى وهذا الذي بيناه[٦] في غاية الوضوح وليس يرد عليه شيء من حيث المعنى، وإنما الحاجة ماسّة إلى الجواب عمّا لو[٧] زوّجها أحد الأولياء[٨] من كفء وحين[٩] يظهر عنه الجواب لا يبقى بيد الخصوم شيء من هذه المسألة.

---

(١) في (ز): قولهم.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): سلمنا.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) في (ز): المجادلة.
(٦) في (ز): بينا.
(٧) زيادة من (ز).
(٨) زيادة من (ز).
(٩) في (ز): مهما.

ووجه الجواب عنه: إن نقول أولًا ذلك[١] لم يتضمن تفويت حق الغير أعني في طلب الكفاءة بخلاف مسألتنا ولهذا المعنى لو طلبت المرأة من أحد الأولياء أن يزوّجها من كفء وجبت عليه الإجابة؛ لأنه لم[٢] يتضمن تفويت حق أحد بخلاف ما لو طلبت التزويج من غير كفء لا تجب الإجابة؛ لأنه يتضمن تفويت حق الغير، ويقال: في تقرير فصل الطلب كيف لا يجوز العقد في أحد الأولياء إذا كان من كفءٍ ويجب عليه العقد عند طلبها؟ فإنه لا يتصور أن يجب العقد على إنسان بطلب غيره، ثم إذا فعله لا يجوز بخلاف ما إذا كان العقد من غير كفءٍ.

واعلم أنه لا ينزاح بهذا إشكال المسألة فإنهم يقولون: كان ينبغي إذا طلبت من بعض الأولياء أن يزوّجها من كفء أن لا يجب عليه الإجابة للمعنى الذي قلتم فنقول: القياس الكلي أن لا يجوز لأحد الأولياء أن يزوّج المرأة وإن كان من كفء، وهو قول مالك[٣]، وإنما جوّزنا لدفع الحرج[٤] عن النساء، فإن المرأة قد يجتمع لها جماعة من الأولياء من الإخوة[٥] وبني الأعمام وقَلّ ما يتفق اجتماع جماعتهم على العقد خصوصًا مع اختلاف النظر للأزواج وتفاوت همم الأولياء وتخير الأكفاء وربما يغيب بعضهم ويحضر بعضهم فلو أوقفنا[٦] جواز العقد على اتفاق جميعهم أدّى ذلك إلى حرج

(١) في (ز): ذلك العقد.
(٢) في (ز): لا.
(٣) ينظر: الخرشي على خليل ١٨٣/٣، المنتقي شرح الموطأ ٢٦٨/٣.
(٤) في (ز): الضرر.
(٥) في (ز): الأخ.
(٦) في (ز): وقفنا.

عظيم في أمر النساء[١]، وإن[٢] لا يصلن إلى حقوقهن من العقد إلا بعد تعب شديد، فالشرع دفع الحرج عن النساء، وجوّز للبعض أن يقوم بالعقد ولكن بشرط أن لا يفوّت حق الباقين وهو بالإضرار بهم إذ هو التفويت المحض فإذا كان من غير كفء فقد أضرّ بهم فتحقق التفويت فلم يجز فإن رجعوا إلى أن التفويت قد وجد من حيث العقد.

قلنا: حقهم أن لا يلحقهم ضرر بدخول غير كفء في نسبهم ولم يوجد هذا المعنى والقدر الذي وُجد لا يُعتبر لأنه قابَلَه الحرج الذي لحق بالنساء، فالشرع أعرض عن ذلك التفويت في مقابلة هذا الحرج، وفي غير الكفء تحقق التفويت وفي اعتبار اجتماع الأولياء بجواز العقد لا حرج؛ لأنه غاية ما فيه إفساد النكاح من غير كفء وذلك لا يُوقع النساء في حرجٍ مّا؛ لأن الأولى والمأمور به هو النكاح من كفء وطريق الوصول إليه قد سهله الشرع على النساء. وأما فصل القصاص فهو دليل عليهم من حيث أن أصل الحق لا يسقط بعفو بعض الأولياء، وأما استيفاؤه إنما امتنع لأجل أنه لا يمكن استيفاء ما لم يُعف عنه إلا باستيفاء ما قد عُفِي عنه، وأما فصل الأمان قلنا: عقد الأمان إذا تضمن تفويته حق الغير لا يصح، وذلك أن يُعقَدَ على وجه يتضمن الضرر بالمسلمين، وهو نظير النكاح من غير كفء.

واعلم أن بعض أصحابهم قال: إن ولاية النكاح إذا كان[٣] لا تتجزأ وجب أن يُجعَل عقدُ بعضهم كعقد الكل وحق طلب الكفاءة لما كان واجبًا

(١) في (ز): حق.

(٢) ليس في (ز).

(٣) في (ز): كانت.

جُعل رضا بعضهم بسقوطه بمنزلة رضا الكل، وهذا يدخل عليه جانب السخط وهو أن يجعل سخط بعضهم كسخط الكل وهو أولى؛ لأن السخط يوجب تحريم البضع والرضا يوجب التحليل وإذا اجتمع ما يوجب تحريم البضع وتحليله فالتحريم (أولى والاعتماد على الأول)[1]. والله أعلم.



※ (مَسْألة):

إذا غاب الولي الأقرب غيبةً بعيدة[2] زوّج السلطان ولا تنتقل الولاية إلى الولي[3] الأبعد[4].

وعندهم: إذا كان الغيبة منقطعة تنتقل الولاية إلى الأبعد، وصورة المنقطعة على أصولهم هو: أن يكون غائبًا إلى موضعٍ لا تصل القوافل إلى ذلك الموضع في السَّنَة إلا مرة.

❖ **لنا:**

أن الأبعد محجوب عن الولاية بالأقرب وولاية الأقرب باقية فبقي الحجب.

---

(١) العبارة في (ز) هكذا: بالاعتبار أولى.

(٢) في (ز): منقطعة.

(٣) المهذب: ٤٧/٢، النكت: ورقة ٢٠١/أ، روضة الطالبين: ٥٨/٧، ٧٠، مغني المحتاج: ١٥٧/٣.

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٢٣٧، مختصر القدوري: ١٣/٢، بدائع الصنائع: ١٣٧٢/٣، فتح القدير: ٢٨٨/٣.

ودليل إبقاء الولاية للأقرب: بقاء علة الولاية من الأقرب وأهلية النظر، وإذا أبقيت علة الولاية بقيت الولاية ومما يدل على بقاء الولاية من حيث الحكم: أن الأقرب لو زوّج في حال الغيبة يجوز، ولولا بقاء الولاية لم يجز وإذا ثبت بقاء الولاية فنقول: عجزت عن الوصول إلى حقها من قبله مع بقاء ولايته فيزوّج السلطان.

دليله: إذا عضل الأقرب [٢٠٣/أ].

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: زالت ولاية الأقرب فانتقلت إلى الأبعد.

دليله: إذا مات أو جُنّ، ودليل زوال الولاية: أن الولاية لا تراد إلا للنظر ونظر الأقرب قد فات بالبعد فصار فوته بالبعد كالفوت بالموت. ودليل أنهما سواء أن المطلوب من النظر ليس وجود الأهلية بل المطلوب هو انتفاع المرأة وإذا[١] غاب وإن بقيت أهلية النظر لكن فات النفع المقصود فصار كما لو عدمت أهلية النظر.

وبعضهم قالوا[٢]: فات النظر حكمًا فصار كما لو فات حقيقة، وشبهوا ما ذكرنا[٣] بالبعد عن الماء والبعد عن الماء لابن السبيل يُجعَل كالعدم[٤] في جواز التيمم وحِلّ الصدقة، قالوا: نزيد ما ذكرنا[٥] إيضاحًا وهو أن الولاية

(١) في (ز): فإذا.
(٢) في (ز): قال.
(٣) في (ز): ذكرناه.
(٤) في (ز): كالمعدوم.
(٥) في (ز): ذكرناه.

تثبت لحق المرأة وحق المرأة في الوصول إلى العقد من قِبَله فإذا لم تصل فات حقها فلم تثبت الولاية للأقرب (لأنه إذا كان)[1] يثبت لحقها فلا يثبت إذا لم يكن لها حق في الثبوت. وكلامهم ظاهر جدًا، وكذلك الكلام الأول، ولابد من الاعتناء في الجواب من حيث المعنى، قالوا: وأما إذا عضل الأقرب فهناك[2] النظر حاضر غير فائت إلا أنه امتنع من بذله فانتصب القاضي لاستخراجه[3] منه[4]، إما بإلزامه إياه أو بنيابته عنه كما لو كان مالٌ[5] حاضرًا، وهناك غاصب يمنعه منه، أو كان الماء حاضرًا وهناك ظالم يمنعه منه، (فإذا زال المانع)[6] لا يحل التيمم ولا الصدقة بخلاف مسألتنا فإن النظر فائت بالبعد كما سبق، وتعلقوا بولاية الحضانة وغيبة القربى فإنها تتنقل إلى البُعدى كذلك في مسألتنا ومنعوا إذا زوَّج في حال الغيبة.

❁ **الجواب:**

إنا قد بينا بقاء ولاية الأقرب ببقاء علة الولاية، وأما الذي ادّعوا من فوات النظر بالبعد قلنا: لا نسلم الفوات أصلًا كما يفوت بالموت[7]، لكن نسلم أن في الوصول إليه عسرًا[8] ومشقةً[9] وذلك بالانتظار أو الإرسال إليه

---

(١) في (ز): فإنها إذا كانت.
(٢) في (ز): فإن هناك.
(٣) في (ز): للاستخراج.
(٤) في (ز): عنه.
(٥) في (ز): ماله.
(٦) في (ز): زال المنع.
(٧) في (ز): بالجنون والموت.
(٨) في (ز): عسرٌ.
(٩) في (ز): مشقةٌ.

ليزوّج فعلى هذا نقول: إن أصل الولاية لا يزول؛ لأن القرب وأهلية النظر قائمان والتوصل إلى النظر من قِبَله ممكن في الجملة وهذا الإمكان لا يجوز (أن يُعرض)[1] عنه؛ لأن ولاية الأقرب إنما تثبت مقدمةً على ولاية الأبعد لنوع نظر للمرأة فإن كل مَنْ كان أقرب يكون انظر وهذا الزيادة في النظر لا يجوز أن تفوت عليها؛ لأن حقها في ذلك، فلا يجوز أن تفوّت إذا أمكن التوصل إليها، وقد أمكن لما بيّنا[2] فبقّينا ولاية الأقرب لما بينا[3]، وقلنا: المرأة[4] بالخيار إن شاءت صبرت حتى يقدم أو تراسله وإن خافت ضررًا بالانتظار رفعت الأمر إلى الحاكم حتى تزوِّج من قبله بالنيابة الشرعية، مثل ما لو عضل الأقرب، وهذا الذي ذكرناه حرف في غاية الوضوح، وقد ذهب عليهم في هذه المسألة فإن كان ما قالوه سَرُّ المسألة، فهذا سَرُّ السَّر، والله المحمود على إظهار الحق.

وأما عذرهم عن مسألة[5] العاضل بوجود الظلم من قبله، قلنا: الظلم غير معتبر إنما المعتبر وجود فوات الحق سواء كان غائبًا أو حاضرًا عاضلًا فقد فات الحق وتعذر عليها الوصول، ألا ترى أن المجبوب والعنين والمُولي جُعلوا بمنزلة واحدة في ثبوت حق الفرقة للمرأة في المواضع الثلاثة، وإن كان المُولي المولى ظالم والمجبوب والعنين غير ظالم[6] ولكن نُظِر إلى

---

(١) في (ز): الإعراض.
(٢) في (ز): بيناه.
(٣) في (ز): بيناه.
(٤) في (ز): إن المرأة.
(٥) في (ز): فصل.
(٦) في (ز): ظالمين.

فوات الحق في جانبها. وقيل: هي في المواضع معلقة غير واصلة إلى حقها، فوجب أن يكون في مسألتنا كذلك، وينظر إلى عدم الوصول لا[1] إلى ما قالوه. والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَةٌ):

لا يجوز للسيد أن يجبر عبدَه على النكاح عندنا[2].

وعندهم: يُجبر[3].

❊ لنا:

أن النكاح عقد خالص للعبد وهو من أهل مباشرته فلا يملك غيره مباشرته.

دليله إذا كان حرًا: وإنما قلنا: «إنه خالص للعبد»؛ لأن النكاح إنما انعقد لمعنىً وهو خالص له فيكون العقد خالصًا له.

ويدل عليه وهو فقه المسألة، وحرفها: أن النكاح تصرف للعبد وعلى العبد لأن نفعَه له وضرره عليه، مثل الشراء في حق الحر، وكل تصرف كان على هذا الوجه لا يُملك[4] الغير على الغير إلا بولاية النظر، مثل ما يملك

(١) زيادة من (ز).

(٢) الأم: ٥/٤٥، المهذب: ٢/٥١ ـ ٥٢، النكت: ورقة ٢٠٢/ب، روضة الطالبين: ٧/١٠٢، التهذيب: ٥/٢٦٧، البيان: ٩/٢١٧.

(٣) مختصر الطحاوي: ص ١٧٤، المبسوط: ٥/١١٣.

(٤) في (ز): لا يملكه.

الأولياء على الأقارب، وولاية النظر لا تثبت إلا بشرطٍ وهو عجز المُولي عليه عن النظر، والعبد من أهل النظر لنفسه فلا يثبت لأحد عليه ولاية النظر، وأيضًا فإن التزويج لو كان لولاية النظر لثبت لأنظر الناس للعبد، ألا ترى أن في ولاية الأقرباء تثبت للأنظر فالأنظر [٢٠٣/ب] وأجمعنا على أن العبد إذا كان له أب رشيد فالولاية للسيد لا للأب، ونحن نعلم قطعًا أن الأب أنظر وأشفق فثبت أنه لا يجوز أن يكون تزويج السيد يمثل هذه الولاية وإذا بطلت هذه لم يتصور أن يملك التزويج؛ لأن مثل هذا العقد لا يُستفاد إلا بمثل هذه الولاية ولا يجوز أن يستفاد بالملك؛ لأن الملك إنما يفيد عقدًا هو للمالك، فأما العقد للغير فلا يستفاد بولاية الملك. فإن قالوا: لم قلتم، قلنا: لأن الملك له والعقد ثمرته (وما للإنسان)[١] لا يُثمر شيئًا هو لغيره إنما يُثمر شيئًا هو له كالشجرة تُثمر لصاحب الشجرة والأرض تُنبت لصاحب الأرض.

يدل عليه: أن سائر التصرفات التي يملكها في المحل (بملك المحل)[٢] تكون له، فلو ملك هذا التصرف لَمَلَكَ[٣] من حيث أنه له وحين علمنا قطعًا أنه ليس له إنما هو لغيره دل أنه لا يملكه بِملك المحل.

ويمكن أن يقال: إن العبد في أصل ملك النكاح بمنزلة الحر فإن أهلية ملك النكاح لا تصير مسلوبة بالرق، فصار محل هذا العقد من حيث إنه آدمي لا من حيث إنه مملوك وبالملك إنما يملك عقد[٤] تصرف[٥] يصير الشخص

(١) في (ز): مال الإنسان.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): ملكه.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): تصرفًا.

محلا له من حيث المملوكية ليصير[1] السيد مالكًا له من حيث المالكية، فأما العقد الذي لم يصر العبد محلا له من حيث المملوكية لم يملك السيد من حيث المالكية، وهو كالحدّ على أصلهم لما لم يَصر[2] العبد محلًا له من حيث المملوكية لم يملك[3] السيد من حيث المالكية، وعندنا ملكه السيد[4] لأنه حق الشرع وجميعُ المسلمين خصوم في حق الشرع، إلا أنه يُعتبر أن يكون للمستوفى اختصاص بالمحل، ليُمكنَ التفويض إليه؛ لأنه إذا لم يُعتبر ذلك الاختصاص صار (كل الناس)[5] سواء فيؤدّي إلى ضياع الحد، إما بالتنازع أو بالتواكل على ما ذكرنا في تلك المسألة، أما في مسألتنا النكاح[6] محض حق العبد فلا يملك عليه أحد مع أهليته وهذا في غاية الوضوح والقوة وهو المعتمد.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: العبد شخص يملك السيد بيعه فَمَلَكَ ترويجه.

دليله: الأمة. وربما يقولون مالك لرقبته مثل الأمة، وهذا لأن علة ملك التزويج ملك الرقبة؛ لأن ملك النكاح في حكم ملك العين، بدليل أن النبي ﷺ قال: **(النكاح رق)**[7]، والرقبة توصف بالرق لا المنافع.

---

(١) في (ز): كيف يصير.
(٢) في (ز): يكن.
(٣) في (ز): يملكه.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): كل الناس.
(٦) في (ز): فالنكاح.
(٧) سبق تخريجه ص٢٦.

ويدل عليه: أن السكن والازدواج مقصود في النكاح. ويمكن أن يقال: النكاح معقود للسكن والازدواج بدليل قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾[1]. وقال في موضع آخر: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[2] والسكن والازدواج إنما يتصور للذات بالذات فثبت أن ملك النكاح في حكم ملك العين وهذا لأن الذات منكوح كما أن الذات مبيع فصار علة ملك النكاح في المحل هو ملك الرقبة وهذه العلة موجودة في العبد قبل وجودها في الأمة.

قالوا: وقولكم: إن النكاح للعبد هذا موجود في الأمة؛ لأن النكاح للأمة بدليل أن المطالبة بالوطء إليها وكذلك إذا كان الزوج مجبوبًا أو عنينًا لها المطالبة بالفسخ، ولأن النكاح يعقد لقضاء الشهوة والوطر والنسل والسكن والازدواج، وهذه المقاصد للأمة لا للسيد. قالوا: وأما وجوب المهر فلا ينظر إليه؛ لأن المهر تبع في النكاح فلا ينظر إليه وإنما ينظر إلى المقاصد الأصلية وهي كلها للأمة لا للسيد فثبت أن علة ملك النكاح في الأمة ليست إلا ملك الرقبة وهذا وجد في العبد فيَملِك[3] أيضًا، قالوا: ولا يجوز أن يقال أن منافع بضع الأمة مملوكة للسيد فقد عقد على محلٍ مملوكٍ له؛ لأن عقد النكاح لا يُملك بملك ما يستحق عقد[4] النكاح[5] بدليل الزوج قد مَلَكَ ما يُستحق بالنكاح ولا يملك عقد النكاح على منكوحته للغير وفي الأمة

---

(١) سورة الأعراف، آية: ١٨٩.
(٢) سورة الروم، آية: ٢١.
(٣) في (ز): فَمَلَكَ.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): بالنكاح.

المجوسية والأخت من الرضاع لم يملك السيد منافع بضعها، ومع ذلك يملك تزويجها. والدليل على أنه لا يملك منافع بضعها: أنه لو وطئها سقط[(١)] إحصانُه ولو كانت منافع بُضعها مملوكة له لم يسقط إحصانه كما لو وطئ الحائض أو النفساء؛ لأن ملك البضع لا يُعرف[(٢)] إلا بحل الاستمتاع فإذا لم يحل الاستمتاع دل أن الملك فائت، وأما كون العوض له كان[(٣)] لأنها ليست بمحل أن يكون العوض لها فوجب لأقرب الناس وأولى الناس بها وهو السيد (مثل ما)[(٤)] قلناه في بدل الدم. ومجموع كلامهم وملخصه[(٥)]: أن علة ملك عقد النكاح هو ملك الرقبة، ودليله: هو كون النكاح في حكم ملك العين.

ومعتمدهم: التمسك بالأمة بالطريق الذي قلنا[(٦)].

وقالوا على قولنا: إن العقد على الغير لا يملك إلا بولاية النظر قال[(٧)]: يدخل عليه فصل الأمة فإن [٢٠٤/أ] الملك[(٨)] إذا وُجد صلحت علة لملك هذا العقد وأُلحق هذا العقد بسائر العقود التي تُملك بملك المحال، قالوا: وإن قلنا إن هذا العقد يملك بالولاية النظرية فلا يبعد أن يكون ملك الرقبة علة لها؛ لأن ملك رقبة العبد سبب باعث للشفقة والنظر مثل القرابة سواء. والاعتماد على الأول، وقالوا على قولنا: أن ملك النكاح للعبد ليس من حيث

(١) في (ز): لسقط.
(٢) في (ز): لا يُعلم.
(٣) في (ز): إنما كان.
(٤) في (ز): كما.
(٥) في (ز): وتلخيصه.
(٦) في (ز): قلناه.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): ملك الرقبة.

أنه مملوكه[1] بل من حيث أنه[2] آدمي بلى، ولكن هذا الآدمي مملوك بذاته فيصح ملك ذاته علة لملك عقد صار محلًا له بذاته ثم قالوا: لو كان الأمر على ما قلتم وقررتم وجب أن يملك العبد النكاح بنفسه ولا يحتاج إلى استئذان المولى كما نقول في الإقرار بالقود وحين لم يملك دَل أن هذا العقد يُشبه العقود المعقودة على الأموال[3] بالإملاك وقد قال بعضهم: إن النكاح من مصالح الملك؛ لأن فيه تحصين الملك، ألا ترى أن فيه إعفاف العبد وفي إعفافه تحصين الملك، ألا ترى أنه لو لم يُعفّ ارتكب الفاحشة فيُضرب ويُعذّب، وأيضًا يُقام[4] الحد فربما يَهلِكَ وتتلف المالية فيه فثبت أن عقد النكاح من عقود مصالح الملك فيستفاد بملك الرقبة مثل سائر مصالحه من التعزير والختان وغيره وهو مثل إقامة الحد على مذهبكم، قالوا: وأما عندنا لا يملك لما بينا أنه (حق الله تعالى)[5] فيكون الواجب لله تعالى فلا يستوفيه[6] إلا الإمام الذي ينوب عن الله تعالى في استيفاء حقه[7].

الجواب:

أما الذي قالوا يملك بيعه فيملك تزويجه، قلنا: التعلق بالبيع إنما يصح إن لو اتحد محل البيع ومحل النكاح، وكذلك التعليل بملك الرقبة إنما يصح

(١) في (ز): مملوك.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): الأملاك.
(٤) في (ز): يقام عليه.
(٥) في (ز): حق الله تعالى فإن الزنا جناية على محض حق الله تعالى.
(٦) في (ز): يستوفيها.
(٧) في (ز): حقوق.

أن لو وَرَدَ عقد النكاح على الرقبة، فبيّنوا اتحاد المحل وبيّنوا ورود النكاح على الرقبة، حتى يصح هذا التعليل وهذا لأن البيع تصرف خالص للسيد باشره في محل مملوك له فيصح منه، أما النكاح تصرف خالص للعبد وملك الرقبة يصلح علة لتصرف يعقده صاحب الرقبة لنفسه أما لا يصح لتصرف يعقد لغيره، ولهذا لو اشترى لعبده لا يصح وعندكم العبد أهل التصرف الذي هو الشراء مثل ما هو أهل التصرف الذي هو النكاح ومع ذلك لا يملك أن يعقد له الشراء فليكن النكاح كذلك.

وقولهم: «إن ملك النكاح في حكم ملك العين»، ليس كذلك، بل هو عقد على المنفعة لأنها المستوفَى والمستحق بعقد النكاح، وأما قوله ﷺ: **(النكاح رق)**[1] فإنما ذكر ﷺ بطريق المجاز للحبس الثابت على النساء بسبب النكاح.

وأما قولهم: «إن عقد النكاح معقود للسكن والازدواج»، ليس كذلك، بل هو معقود للاستمتاع، والسكن ثمرة العقد وفائدته، لأن العقد إنما يرد على معقود عليه موجود، وليس ذلك إلا المنفعة وإذا قررنا على هذا الوجه سَقَطَ تعلقهم بملك الرقبة؛ لأن ملك الرقبة إنما يصلح بعقد[2] يرد على الرقبة، وأما تعلقهم بالأمة فهو مشكل المسألة[3].

قلنا: قد فرقتهم بين نكاح الأمة ونكاح[4] العبد فإن عندكم السيد[5]

(١) سبق تخريجه ص٢٦.
(٢) في (ز): علة لعقد.
(٣) في (ز): في المسألة.
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).

يملك الإقرار بنكاح الأمة ولا يملك الإقرار بنكاح العبد، وَمَنَعَ بعضُهم جانب العبد وليس بمذهب أبي[1] حنيفة.

وكذلك قالوا: إن المكاتَب يملك تزويج الأمة من كسبه ولا يملك تزويج العبد، وكذلك الوصي والقيّم في حق الطفل[2].

ثم الجواب المعتمد: أن نكاح الأمة عقد للسيد بدليل أن المهر له والنفقة تسقط عنه ولأنه يزيل (الملك من)[3] منافع البضع فيدخل في هذا العقد دخول معتاض عن محلٍ مملوكٍ له مثل ثوب يبيعه ودابة[4] يُوآجرها وفي مسألتنا بخلافه.

وقولهم: إن مقاصد العقد تكون للأمة، قلنا: حقوق المنكوحة في الاستمتاع تابعة لحقوق الزوج بدليل أنه القوّام عليها بالطلاق والحبس وترك التبرج.

يبينه: أنه المُعطي للعوض فيكون (المعوِّض له والمنكوحة لم تُعطِ)[5] شيئًا ليكون (منافع الزوج)[6] لها وإذا كانت ثمرات هذا العقد على هذا الوجه فوجب أن ينظر إلى ابتداء العقد، وابتدأوه صادف حق السيد بالإزالة وطلب العوض عليه فكان مثل البياعات والإجارات في حقه فَمَلَكَه كما يملكه هذه العقود.

(١) في (ز): لأبي حنيفة.
(٢) ينظر: النكت: ورقة ٢٠٣/أ.
(٣) في (ز): ملكه عن.
(٤) في (ز): كدابة.
(٥) في (ز): له ولم تعط هي.
(٦) في (ز): هو.

وأما قولهم: إن عقد النكاح لا يُستَفادُ بملك ما يستفاد بعقد النكاح.

قلنا[1]: نحن لم نتعرض في طريقنا لهذا ثم إن تعلقنا بملك الحِلّ فهو صحيح، ومسألة الزوج في نهاية[2] الضعف؛ لأن ملك النكاح لا يعرف إلّا بحل الاستمتاع، وملك النقل من ثمرات ملك اليمين على الخصوص، [٢٠٤/ب] وسيأتي هذا من بعد.

وأما مسألة الأمة المجوسية، والأخت من الرضاع فهو مالك لمنافع بضعها قطعًا وسقوط الإحصان على قولهم، والدليل عليه كون العوض له وإنما منع من الاستيفاء بعارض[3] دليلٍ مثل ما يمنع من وطء الحائض والنفساء.

وأما قولهم: أنا[4] إن تعلقنا بالولاية النظرية فالملك[5] باعث على النظر فقد قلنا: إن ولاية النظر إنما تثبت على عاجز من[6] النظر وَلِمَنْ هو أنظر وأشفق (وليس لهم)[7] على هذا كلام أصلًا.

وأما قولهم: إن الأمر لو كان على ما قلتم لملك العبد النكاح[8] بدون إذن السيد.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): غاية.
(٣) في (ز): لعارض.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): والملك.
(٦) في (ز): عن.
(٧) في (ز): ولا يرد.
(٨) زيادة من (ز).

قلنا: إنما لم يملك، لأن العقد يعود بالضرر إليه فإنه يستحق كسبه بالمهر والنفقة فلأجل هذا الضرر أعتبر إذن السيد وللسادة أن لا يرضوا بعقود الضرر في أملاكهم، وأما الإقرار بالقصاص إنما صح لأنا لو لم نقبل أدِّي ذلك إلى مفسدة عظيمة وهو سد باب ظهور القصاص بهذا الطريق، فإنا[1] لم نقبل إقرار السيد، فإذا[2] لم نقبل إقرار العبد أدّى ذلك إلى سد الباب بخلاف مسألتنا فإنه يمكن (أن يعقد)[3] العقد بإذن السيد فأوقفنا[4] على إذنه نظرًا للجانبين فلا يتصور الإقرار بالإذن، فجوّزنا منه ابتداء لئلا يؤدّي إلى فوات القصاص أصلًا. وفصل مصلحة الملك ضعيف، لأنه معنى تابع[5] وإنما الأصل حق[6] العبد، وباعتبار التابع لا يملك العبد[7] وهو مثل ما قالوا في إقامة الحد على العبد لأنه لا يملكه السيد باعتبار إصلاح الملك ولعل إصلاح الملك به أكثر ولكن قالوا: لا يملك لأنه تابع والأصل استيفاء حق الله تعالى، كذلك هاهنا. وقد تعلق بعضُ أصحابنا بفصل الطلاق وقالوا: لما ملك العبدُ الطلاقَ لا يُجبر على النكاح؛ لأن النكاح على مالك الطلاق لا يفيد فائدة والعقد (إذا لم يُفِد فائدة)[8] لا ينعقد، وهذا ضعيف جدًا، لأنه قد أفاد من[9]

---

(١) في (ز): فإذا.
(٢) في (ز): و.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فأوقفناه.
(٥) في (ز): هو تابع.
(٦) في (ز): في حق.
(٧) في (ز): العقد.
(٨) في (ز): الذي لا يفيد.
(٩) ليست في (ز).

ثبوت الحِلّ وملك الاجتماع وإنما فات بقاؤه بالطلاق والعقد ينعقد لثبوت حكمه، فأما البقاء لعدم القاطع فإن وُجد انقطع وإن لم يوجد يبقى.

يبينه[1]: أن الثبوت لا يكون علة البقاء فكيف يُستدل بفوات البقاء على عدم الثبوت. يدل عليه: أن مَنْ اشترى قريبه ينعقد الشراء للملك[2]، ثم لا يبقى لوجود القاطع وقيام دليله، وأصل العقد صحيح، كذلك هاهنا، وإنما يعول على مثل هذه الطرق مَنْ لا يعرف معاني الفقه، والله أعلم بالصواب.



※ (**مَسْألَة**):

لا ينعقد النكاح بغير لفظ الإنكاح والتزويج عندنا[3].

وعندهم: ينعقد[4]. وحاصل مذهبهم أن كل لفظ يحصل به ملك الرقبة ينعقد به النكاح كناية عن لفظ الإنكاح والتزويج.

لنا:

قوله ﷺ: (**اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان اتخذتموهن**[5] **بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله**)[6] و(**كلمة الله**) هاهنا هي ما وَرَد في

---

(١) في (ز): يدل عليه.

(٢) في (ز): للمالكية.

(٣) المهذب: ٢/٥٣، النكت: ورقة ٢٠٣/أ، روضة الطالبين: ٧/٣٦.

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٤٥٣، مختصر القدوري: ٢/١٠، المبسوط: ٥/٥٩، فتح القدير: ٣/١٩٣.

(٥) في (ز): أخذتمهن.

(٦) رواه مسلم في صحيحه: ٨/١٨٣ مع النووي، كتاب النكاح.

(كتاب الله)[1] وذلك لفظ الإنكاح[2] والتزويج.

وقوله: **(استحللتم فروجهن بكلمة الله)** دليل على أنها لا تستحل بغير كلمات[3] الله مثل قوله تعالى: ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾[4] دليل على أنها لا تبتغي بغير المال.

يدل عليه: أن تخصيص الاستحلال بكلمة الله مشعر[5] بنوع شرف وحرمة لهذا الملك فلا يجوز تبديلها بغيرها محافظة على الشرف المشروع له[6] كما يُحافَظ على سائر الشرائط المشعرة بشرفه وحرمته.

وأما من جهة المعنى فنقول: النكاح ليس من عقود الأموال فلا ينعقد بلفظ عقود الأموال، ولهذا لا[7] ينعقد بلفظ الإجارة والقرض ولم تنعقد عقود الأموال بلفظ الإنكاح والتزويج.

وقولنا: «ليس من عقود الأموال» ظاهر لا يخفى على فقيه.

وأما فقه المسألة نقول: النكاح عقد خاص يُعقَد لحكم خاص لثمرة خاصة فلا يُعقَد إلا باللفظ[8] المخصوص به في الشرع كما لا يُعقد غيره بغير لفظه.

---

(١) في (ز): كلامه.
(٢) في (ز): النكاح.
(٣) في (ز): كلمة الله.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٥) في (ز): يشعر.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): لم.
(٨) في (ز): بلفظه.

وقولنا: «عقد خاص» فلأن[١] جميع[٢] عقود المعاملات تعقد لطلب الأموال وحقوقها وهذا العقد ليس من عقود المعاملات أصلًا[٣] بل هو في نفسه عقد خاص بشروط خاصة وإنما قلنا: أنه ملك خاص وهو[٤] ملك لا يُعرف إلا بحل الاستمتاع، ألا ترى أنه لا يجوز فيه النقل والاعتياض.

وقولنا: «لثمرة خاصة» نعني بها السكن والازدواج. ويمكن أن يقال أن السكن والازدواج هو الأصل في الباب؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾[٥] وحل الوطء لتمام السكن والازدواج إلا أن الأولى ما ذكرنا[٦] من قبل[٧]، وجعله ثمرة أولى من جعله معقودًا عليه.

وإذا ثبت هذا الأصل فلم ينعقد إلا بلفظه خاصة [٢٠٥/أ] بل نقول: يتعين له اللفظ الخاص الوارد له في الشرع ليشعَرَ بالخاصية الثابتة له، ولأن اللفظ المشروع في الأصل لا يُفهم من معناه إلا الضَّم والازدواج؛ لأن النكاح مأخوذ من الضَّم والتزويج من التلصيق والازدواج وليس في ألفاظ العقود الأخرى ما[٨] يفيد هذا المعنى بحال، والألفاظ قالب المعاني، والأصل هو المعاني، فكيف ينعقد النكاح بغيره من ألفاظ العقود مع وجود هذا التباين

(١) في (ز): لأن.
(٢) في (ز): سائر.
(٣) في (ز): قطعًا.
(٤) في (ز): وهو أنه.
(٥) سورة الأعراف، آية: ١٨٩.
(٦) في (ز): ذكرناه.
(٧) في (ز): قبله.
(٨) في (ز): لفظ ما.

والاختلاف، ولهذا السبب لا ينعقد عقدٍ مًّا بلفظ الإنكاح والتزويج. وقد تعلق الأصحاب بمسائل للقياس[١] عليها وأحسنها الإجارة والإباحة والوصية.

ووجه التعلق بالإجارة: أنه عقد على المنفعة مثل النكاح.

ووجه التعلق بالإباحة: إنها[٢] موجب عقد النكاح.

ووجه التعلق بالوصية: أنها[٣] سبب لملك المنفعة، وهو[٤] إذا أوصى لإنسان[٥] بجارية فإن قالوا: إنها تفيد الملك معلقًا بالموت، قلنا: هذا إذا انعقد وصيةً فقولوا إنها تصير كناية عن النكاح وإذا انعقد نكاحًا ثبت في الحال ولا ننظر إلى تعلقه في الأصل بشرط الموت، وهذا كما أن الهبة توجب الملك بشرط القبض، ثم قلتم إذا عُقِدَ بها[٦] النكاح أوجب حكمه في الحال، ولم ينظر إلى شرط القبض فيها ووقوفه عليه في الأصل، كذلك هاهنا.

۞ وأمّا حجّتهم:

فاعلم أن معتمدهم: هو أن لفظ الهبة يصلح كناية عن لفظ النكاح فإذا[٧] صلح كناية (كان كناية وصار)[٨] لفظ النكاح بمنزلة المصرح به كما في سائر الكنايات في سائر المواضع، ثم الدليل على أنه يصلح كناية أن الهبة سبب

(١) في (ز): القياس.
(٢) في (ز): أنه.
(٣) في (ز): أنه.
(٤) في (ز): وهو أنه.
(٥) في (ز): الإنسان.
(٦) في (ز): به.
(٧) في (ز): ولئن.
(٨) في (ز): عن.

لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة والنكاح لملك المتعة[1] بلا واسطة وإذا كان عقد الهبة سببًا لملك المتعة[2] الذي هو حقيقة النكاح فصلح أن يكون كنايةً عنه لأن من كلام العرب الكناية بالسبب عن المسبب مثل كنايتهم بالمسيس عن الوطء؛ لأنه سببه وكنايتهم بالسماء عن المطر لأنه سببه وهذا لأن المجاز له طريقان في كلام العرب:

أحدهما: وجود الاتفاق في (المعنى الخاص)[3] بين الشيئين، مثل الحمار يكنى به عن البليد، والأسد يُكنى به عن الشجاع.

والطريق الثاني: هو الكناية بالسبب عن المسبَّب مثل ما بينا، وفي مسألتنا قد وُجد أحد الطريقين فاستقام التكلم بالمجاز وإذا استقام لوجود طريقه لا يجوز أن يُلغى؛ لأن كلام العاقل إذا وُجد وقد صَدرَ ممن هو من أهل الكلام (لا يُلغَى)[4] إلا أنه يحتاج إلى محل يصح[5] فيه الكلام[6]، ونعني بالمحل محل عمله ليفيد وإذا[7] وجدناه صحيحًا بطريق من طُرُق أهل اللسان لم يُجز إلغاؤه وإبطاله مثل الكلام الذي استعمل في محله الذي هو حقيقة له، وقد قيل: إن المستعار من الكلام أحسنُ وأبلغُ في إفادة المعنى من الكلام الذي هو حقيقة مستعملة في محله.

---

(١) في (ز): المنفعة.
(٢) في (ز): المنفعة.
(٣) في (ز): المعاني الخاصة.
(٤) في (ز): فإنه يحمل على الصحة ويعتبر.
(٥) في (ز): ليصح.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): فإذا.




وقد ذكروا في حد المجاز أنه كلام مستعار من محل استُعمل في محل آخر[١] لنوع اتصالٍ بينهما بعد أن يكون الكلام المستعار أبلغ في إفادة المعنى المقصود من الكلام المستعار لأجله وهذا مثل (الشجاع والحمار والبليد)[٢].

قالوا: ولا يجوز أن يقال: أن المجاز يجب أن يكون منقولًا من العرب مثل الحقيقة حتى يصح فيه الاستعمال والنقل غير موجود وذلك لأن هذا[٣] الدعوى يجوز أن يقال: أنها تصح في الحقائق، فأما في المجازات والاستعارات فلا؛ لأن طريق المجاز إذا صح وعُرِفَ من كلام العرب ووجد الاستعمال على موافقة طريقهم صح الكلام ونظير الحقائق المنصوص لابد لها من النقل ونظيرُ المجازات الأقيسَةُ إذا عُرف طريقها صح استعمالها من كل مجتهد.

يدل عليه: أن الشعراء والخطباء وأهل الرسائل استعملوا المجاز والمستعار في كلامهم وصح منهم ذلك، ولم يُعد خطأً وعدولًا عن كلام العرب ونحن نعلم قطعًا أن مستعملاتهم على هيئآتها غير منقولة من[٤] العرب[٥] وأهل اللسان وصحت منهم لاستعمالهم ذلك عن طريق كلامهم، كذلك هاهنا. قالوا: وأما استعمال لفظ النكاح والتزويج في سائر العقود إنما لم تصح؛ لأن النكاح ليس بسبب للحاصل بهذه العقود، حتى يصح اللفظ كناية بالسبب عن المسبب، ولا يجوز أن يقال: وجب أن يصير المسبب كنايةً

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): الأسد في الشجاع والحمار في البليد.
(٣) في (ز): هذه.
(٤) في (ز): عن.
(٥) ليست في (ز).

عن السبب؛ لأن هذا لم يتكلم به العرب فلا يجوز إثباته من غير نقلٍ.

قالوا: ولا يلزم لفظ الإجارة، [٢٠٥/ب] لأنها لا تصلح كناية عن لفظ النكاح؛ لأنه ليس بسببٍ لملك المتعة[١] بحال، وكذلك لفظ العارية والإباحة وكذلك لفظ القرض؛ لأن القرض في الجواري لا يجوز عندنا بحال، وملك المتعة لا يتصور إلا في الجواري، قالوا: ولا يجوز أن يقال: أن الكناية لا تصح إلا بالنية، والنية لا يطّلع عليها الشهود، فخلا[٢] النكاح عن الشهود؛ لأن الكناية ليست من شرط صحتها النية وقد تصح الكناية من غير النية؛ لأنه النية تصرف الكلام عن أحد وجهي الاحتمال إلى الوجه الآخر وهذا قد يكون بالنية وقد يكون بدلالة الحال على ما عرف من مذهبنا في الطلاق، وهاهنا دلالة الحال تغني عن النية، ودلالة الحال هو إحضار الشهود، وقراءة الخطبة، وذكر المهر.

تبينه: أنه يقول: وهبتُ منك ابنتي (هذه على صداق كذا أو بمهر)[٣] ألف[٤] درهم، فأي اشتباه بقي هاهنا؟ ولئن صوّروا[٥] في موضع يقع[٦] الاشتباه فالشهادة إنما تقع على ظاهر اللفظ، وبه ينعقد النكاح، والنية تصرفُ اللفظ عن أحد المحتملين إلا الآخر ولا معنى للإشهاد عليه؛ لأن انعقاد النكاح لا يكون به، إنما يكون باللفظ. قالوا: ألا ترى أنه لو عَقد النكاحَ

(١) في (ز): المنفعة.
(٢) في (ز): فعرى.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): بألف.
(٥) في (ز): صورتم.
(٦) في (ز): يقع فيه.

أعجميان بشهادة[1] أعرابيين أو أعرابيان بشهادة[2] أعجميين صح[3] النكاح باعتبار سماع صورة اللفظ ولم يُعتبر علم معناه كذلك هاهنا، وقد احتج كثير من مشايخهم: بقوله تعالى: ﴿وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[4] فالله تعالى جعل الهبة جوابًا للاستنكاح، وجواب الاستنكاح تكون بالإنكاح، وإذا صح نكاح النبي عليه السلام بلفظ الهبة صح نكاح الأُمة؛ لأنه عليه السلام والأُمة لا يختلف في أحكام الشرع إلا في الشاذ النادر عند قيام الدليل.

قالوا: وأما قوله تعالى: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾ معناه أنها لا تحل لأحد من الناس بعده فتكون خالصة له بهذا الطريق، وقال بعضهم: معنى الخلوص[5] منصرف إلى سقوط المهر بدليل قوله تعالى: ﴿لِكَيْلَا يَكُونَ عَلَيْكَ حَرَجٌ﴾[6]، والحرج في نقد المهر؛ لأنه[7] ليس في ذكر لفظ النكاح والتزويج حرج[8]، ويستدلون بالخبر الثابت عن النبي عليه السلام برواية سهل[9] بن سعد في قصة الواهبة نفسها أنه عليه السلام قال لذلك الرجل: (**ملّكتكها**

(١) في (ز): بحضرة.
(٢) في (ز): بحضرة.
(٣) في (ز): فيجوز.
(٤) سورة الأحزاب، آية: ٥٠.
(٥) في (ز): الخالصة.
(٦) سورة الأحزاب، آية: ٥٠.
(٧) ليس في (ز).
(٨) ليست في (ز).
(٩) سهل بن سعد بن مالك الأنصاري الخزرجي الساعدي له ولأبيه صحبه مات سنة ٨٨هـ روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص١٣٨.

بما معك من القرآن)[١] وهذا نص.

الجواب:

أن قولهم: «لفظ الهبة يصلح كناية»، لا نسلم، وهذا لأن خاصية هذا العقد من بين سائر العقود في الشرع ذاتًا وحكمًا وثمرةً يمنع استعمال لفظ غيره في عقده كنايةً ومجازًا حتى لا تبطل الخاصية كما لا يستعمل لفظ الإنكاح والتزويج في عقدٍ مَّا، وعذرهم باطل؛ لأن ملك المتعة[٢] إن لم يكن سبب ملك الرقبة فهو مُسَبَّبُه، فوجب أن يصح العقد كناية بالمسبِّب عن السبب، ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾[٣] أي عنبًا كناية بالمسبِّب عن السبب، وقال الأعرابي: «هلكتُ»[٤] حين واقع في نهار رمضان، وكنى بالهلاك عن المواقعة، وهو بالطريق[٥] الذي قلنا، وكذلك على أصلهم، وعندنا أيضًا إذا قال: اعتدّي، ونوى الطلاق يقع الطلاق، ويكون كناية (بالمسبب عن السبب)[٦]، ولهم كلام على هذا نذكر[٧] في

(١) رواه البخاري في صحيحه: ٩/١٨١، ١٩١ مع الفتح، كتاب النكاح، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج.
(٢) في (ز): المنفعة.
(٣) سورة يوسف، آية: ٣٦.
(٤) في (ز): هلكت وأهلكت، رواه البخاري في صحيحه: ٤/١٦٣ مع الفتح، كتاب الصوم، باب إذا جامع في رمضان.
ومسلم في صحيحه: ٧/٢٢٤ ـ ٢٢٦ مع النووي، كتاب الصوم، باب تحريم الجماع في نهار رمضان.
(٥) في (ز): الطريق.
(٦) في (ز): بالسبب عن المسبب.
(٧) في (ز): نذكره.

مسألة الكناية بلفظ الطلاق (عن العتاق)[١]، وهذا الجواب معتمد.

جواب آخر أقوى من هذا: إن ملك المتعة[٢] في الهبة والبيع غير ملك المتعة[٣] في النكاح بدليل الأحكام من جواز النقل والاعتياض والقطع بالطلاق وغيره، والتحريم بالظهار وبدليل أن الحرية تنافي ملك المتعة[٤] بملك اليمين، ولا تنافي بملك النكاح، فإذا كان غيره فلم تكن الهبة سببًا لملك المتعة[٥] الثابت بالنكاح بحال. فإن قالوا: هو ذلك الملك ألا أن في النكاح ثبت مقصودًا وفي الهبة والبيع ثبت تبعًا لملك الرقبة فأخذ حكم ملك الرقبة في جواز النقل، وجواز الاعتياض، واختلف أحكامها باختلاف السبب.

قلنا: لا ننكر أنه هو ذلك حسًّا إلا أنه غيره مشروعًا ومحكومًا والمغايرة تُعرف بتغاير الأحكام واختلافها، (وقوله: ثبت)[٦] تبعًا، قلنا: هو الدليل على أنه غيره، فإن ملك المتعة[٧] بالنكاح استقل بنفسه ثبوتًا والمتعة[٨] بملك اليمين لم يستقل بنفسه ثبوتًا، وعلى (قطع نعلم على)[٩] أنه غيره يقينًا، ويقال: بطريق الجدال: إنما يصح اللفظ كناية عن اللفظ إذا اتفقا فيما يدل على اللفظ[١٠] بوجهٍ ما.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): المنفعة.
(٣) في (ز): المنفعة.
(٤) في (ز): المنفعة.
(٥) في (ز): المنفعة.
(٦) في (ز): وقولهم: إنه يثبت.
(٧) في (ز): المنفعة.
(٨) في (ز): المنفعة.
(٩) في (ز): هذا يعرف.
(١٠) في (ز): اللفظ عليه.

وقد بيّنا أن النكاح يفيد الضم، والتزويج يفيد الازدواج، [٢٠٦/أ] ولا يوجد في شيء من ألفاظ العقود ما يكون دليلًا على هذا الحال، ويمكن أن يقال: أن النكاح معقود للسكن والازدواج وليس في شيء من ألفاظ العقود ما يكون سببًا لهذا الحال. وعندي أن الاعتماد على ما سبق أولى. وبعض أصحابنا (ادّعى في)[١] المسألة: أن النكاح لا يوجب الملك في المتعة[٢] إنما يوجب الحِلّ من غير ملكٍ، وليس بشيء، لأن الاستحلال من غير ملك لا يُعرف[٣]؛ ولأن الاعتياض يجوز والاعتياض عما لا يُملك محال، وهو[٤] لم يُعهَد في أوضاع الشرع والشريعة لا يغير وضعُها، والكلام على ما سبق بيانه. ولا يُلتَفت إلى مثل هذه الكلمات التي لم تُسبر بمسبار الامتحان، ولم تعدل في ميزان التجربة، ولم تُسبَك بنار الخبرة، والله الهادي إلى أسرار الفقه بعونه.

وأما تعلقهم بالآية فنقول: بموجبها؛ (لأن نكاح النبي عليه السلام)[٥] ينعقد عندنا بلفظ الهبة ولا يُلحق غيرُه به عليه السلام لكثرة خصائص النبي عليه السلام (في النكاح)[٦]، وما كثرت فيه خصائصه لا تُلحق الأُمة فيه[٧]؛ لأنه يؤدّي إلى إبطال الخصائص، وعلى أنه تعالى قال: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[٨]

(١) في (ز): تعلق في هذه.
(٢) في (ز): المنفعة.
(٣) في (ز): لا يعتبر ولا يعرف.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): وإن النكاح في حق النبي ﷺ.
(٦) في (ز): فيه.
(٧) في (ز): به فيه.
(٨) سورة الأحزاب، آية: ٥٠.

ومن حق الكناية أن تنصرف إلى أقرب المذكورين وهو الهبة دون المرأة وعلى أن استكثار الفوائد من اللفظ أولى فيُحمل على الخلوص[1] في المرأة وسقوط المهر والاختصاص بلفظ الهبة ليكثر فوائد الخلوص، وأيضًا سقوط المهر قضية انعقاد النكاح بلفظ الهبة ولما لم يسقط في حق غيره، دل أنه لا ينعقد لغيره النكاح بهذا اللفظ، وأما الخبر فالأصح أنه قال: **(زوّجتُكها)** هكذا، رواه الأئمة عن أبي حازم[2] عن سهل بن سعد، مثل الثوري[3] ومالك[4] وابن عيينة[5] وحماد[6] بن زيد وزائدة[7]، وإنما ذلك اللفظ رواه معمر، وقيل: أن معمرًا عن غير[8] الزهري ....

(١) في (ز): الخصوص.

(٢) أبو حازم هو: سلمة بن دينار الأعرج الأثور السَّمَّار المزني القاضي مولى الأسود بن سفيان ثقة، عابد من الخامسة، مات في خلافة المنصور، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ١٣٠.
قال ابن حجر في الفتح: «وهو من صغار التابعين، حدث بهذا الحديث كبار الأئمة مثل مالك وغيره...» ا. هـ: ٢٠٥/٩.

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ٢١٦/٩ مع الفتح، كتاب النكاح، باب المهر بالعروض وخاتم من حديد.

(٤) رواه أبو داود في سننه من طريق مالك عن أبي حازم، عن سهل بن سعد: ٥٨٦/٢ مع المعالم، رقم الحديث (٢١١١).

(٥) رواه البخاري في صحيحه من طريق سفيان بن عيينة: ٢٠٥/٩ مع الفتح، كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن.

(٦) رواه البخاري من طريق حماد بن زيد: ١٩٨/٩ مع الفتح، كتاب النكاح، باب إذا قال الخاطب للولي: زوجني فلانة.

(٧) زائد بن قدامة الثقفي أبو الصلت الكوفي، ثقة، ثبت، صاحب سنة، من السابعة، مات سنة: ١٦٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ١٠٥.
وروايته رواها مسلم في صحيحه: ٢١٥/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب أقل الصداق.

(٨) ليست في (ز).




(يكثر غلطه)[1]، ورواه يعقوب الإسكندراني[2] وعبد العزيز[3] بن أبي حازم وهما ليسا بحافظين[4]، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة):

يجوز نكاح الأخت في عدة الأخت عندنا، وكذلك أربع سواها أعني المعتدة إذا كانت مطلقة ثلاثًا أو مختلعة[5].

وعندهم: لا يجوز إذا كانت معتدة، كيف ما كان سبب العدة[6].

لنا:

أن المحرم الجمع بين الأختين نكاحًا ولم يوجد فانتفت الحرمة، بيان[7] أن المحرم هو الجمع بين الأختين نكاحًا قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ

(١) في (ز): كثير الغلط.

(٢) يعقوب الإسكندراني: يعقوب بن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاريّ، المدني نزيل الإسكندرية، حليف بني زهرة، ثقة، من الثالثة، مات سنة: ١٨١هـ، روى له البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب: س ٣٨٦ ـ ٣٨٧.

(٣) عبد العزيز بن أبي حازم سلمة بن دينار المدني صدوق، فقيه من الثامنة، مات سنة: ١٨٤، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٢١٤.

(٤) ذكر ذلك الشيرازي في النكت: ورقة ٢٠٣/أ.

(٥) النكت: ورقة ٢٠٤/أ، المهذب: ٢/٤٤، الروضة: ٧/١١٧، رؤوس المسائل، لسليم الرازي: ورقة ٣٨/أ.

(٦) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٥٣، مختصر الطحاوي: ص ١٧٦، المبسوط: ٥/٢٠٢، رؤوس المسائل: ص ٣٨٦.

(٧) في (ز): وبيان.




﴿بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾[1] (فيسوق إلى)[2] قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾[3] الآية، والمراد منه تحريم النكاح بالإجماع، وإنما قلنا: إنه لم يوجد الجمع بين الأختين نكاحًا (وجهان من الكلام)[4]: أحدهما ما قاله شيوخ الأصحاب: وهو أن النكاح ارتفع عن الأولى بعلائقه وحقوقه، ودليل ارتفاع النكاح بعلائقه وحقوقه وقوع الطلاق الثلاث، والطلاق الثلاث معنى ينفي محلية النكاح عن المرأة لهذا الزوج إلا بعد زوج آخر وإصابة[5]، ولا يتصور بقاء النكاح مع انتفاء المحليّة له، وإذا انتفت المحلية لأصل[6] النكاح انتفت لحقوق النكاح؛ لأن محل حقوق النكاح ما هو محل النكاح، كما أن محل ملك اليمين ما هو محل حقوق ملك اليمين، ولأن الطلاق الثلاث إذا قطع أصل النكاح فيقطع[7] حقوقه بل أولى؛ لأن حقوق الشيء أضعف من أصله.

فإن قالوا: إن الطلاق الثلاث ينفي محليّة ابتداء النكاح فإما محليّة نكاح مضت[8] فلا.

قلنا: لو لم ينف[9] محليّة نكاح مضى لم ينف[10] ابتداء النكاح؛ لأنه

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٣.
(٢) في (ز): منسوق على.
(٣) سورة النساء، آية: ٢٣.
(٤) في (ز): لوجهين.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) في (ز): عن أصل.
(٧) في (ز): قطع.
(٨) في (ز): مضى.
(٩) في (ز): تنتف.
(١٠) في (ز): تنتف.

ذلك النكاح[1] بعينه.

وإن قالوا: إن لم يكن محل النكاح فهي محل حق النكاح بمنزلة كسب المكاتب هو محل حق الملك للمكاتب، وليس محل حقيقة ملكه.

قلنا: ما لا يكون محل حقيقة الشيء لا يكون محل حقه؛ لأن حق الشيء تبع لحقيقته، فإذا فارقه في المحل لا يكون حقًا له، ولأنا لا نعرف معنى قول القائل: «إنه بقي حق النكاح» إلا أنه بقي النكاح في بعض الأحكام، ولا يمكن تفسيره بما سوى هذا، وإذا كان المعنى هو هذا فإذا لم تكن المرأة محل النكاح في جميع أحكامه لا تكون محل النكاح ببعض أحكامه؛ لأنه ذلك النكاح إلا أنه بقي من وجهٍ دون وجهٍ، أما فصل المكاتب فليس له ملك اليمين ولا حق ملك اليمين، وإنما غاية ما في الباب أنه يستحق أن يملك كسبه عند الأداء، ثم إذا وُجد الأداء حصل له ملكُ اليمين بحقوقه والجملة[2] إنا لا نقول: أن كسب المكاتب ملكٌ له من وجهٍ مَّا إنما له التصرف خاصة، ومما يدل على انقطاع النكاح جملةً أنه لو وطئها مع العلم بحالها يجب عليه الحد، ولو بقي النكاح، من جهةٍ لصار شبهة في سقوط الحد.

ويدل عليه: أن نسب الولد لا يثبت [٢٠٦/ب] إذا علمنا يقينًا أن العلوق كان بعد الطلاق الثلاث، وذلك إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين على أصولهم وبأكثر من أربع سنين على أصلنا والنسب يُحتاط في إثباته، ألا ترى أن شبهة النكاح تكفي في ثبوته فحق النكاح يكفي في ثبوته أيضًا، وحين لم يثبت

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): وبالجملة.

علمنا أن النكاح انقطع بحقوقه، وإذا ثبت ارتفاع النكاح لم يوجد الجمعُ بينهما نكاحًا فلم يحرم، وأما العدة حق الماء، ولهذا المعنى لا تجب إلا بعد وجوده أعني الدخول، وتكون بالأقراء لا بالأشهر، ليُعرفَ بها فراغ الرحم من الماء، ومعنى حق الماء: أن الماء في الرحم له حكم شخص قائم بدليل الأحكام فوجب صيانته، والقيام بحرمته إذا[1] كان وضعُه بسبب مشروع أو بشبهةٍ مشروعة[2] وصيانته بوجوب العدة حتى لا يختلط بغيره، فأما إذا لم توجب العدة تزوّجت ووطئها الزوج فاختلط بغيره، واشتبه النسب، فهذا هو حقيقة صيانة الماء، وإذا وجبت العدة لهذا لم يكن حق النكاح بل كان حق الماء، فلا يمنع نكاح الأخت؛ لأن المحرّم هو الجمع في النكاح لا الجمع بين النكاح وحق الماء.

والوجه الثاني في بيان أن الجمع المحرم لم يوجد: هو أن الجمع بين الشيئين فعل من الإنسان فلابد من وجود فعله في الشيئين ليكون جامعًا بينهما حقيقةً، فإذا وُجد فعلُه في أحدهما ولم يوجد في الآخر لم يكن هو جامعًا بينهما[3] ولئن سُمي جامعًا يكون على طريق المجاز.

يبينه: أن قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾[4] هو أن يجمع (كل واحدة)[5] إلى صاحبتها وذلك بأن يتزوج بهما، وإنما يكون جامعًا كل واحدة إلى صاحبتها بوجود فعل منه فيهما، وهذا ظاهر. وإذا ثبت هذا الأصل

---

(١) في (ز): إن.
(٢) في (ز): مشروع.
(٣) في (ز): بينهما حقيقة.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٣.
(٥) في (ز): بين كل واحدة منهما.

فنقول: العدة حبس من الشرع ليس من الزوج، ولهذا المعنى لو أراد إطلاقها من الحبس لم يقدر عليه، وأما النكاح فهو منه[١]، ولم يوجد منه فعلُ الجمع في[٢] الأختين إنما وُجد في أحد[٣] الأختين، والمحرّم هو فعل الجمع فيهما، وإذا لم يوجد المحرّم لم تثبت الحرمة، وهذا فصل في نهاية الاعتماد وهو مغنٍ عن كثير من التطويلات.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الجمع المحرّم قد وُجد فدخل تحت آية[٤] النهي، وإنما قلنا ذلك لأن العدة حق النكاح. وربما يقولون: النكاح قائم من وجهٍ ببقاء العدة، وهذا هو معنى الحق كما يقال: الكسب حق المكاتب على أنه ملكه من وجهٍ.

والدليل على أن العدة حق النكاح: أن عدة الوفاة حق النكاح كذلك عدة الطلاق إلا أن الدخول معتبرٌ[٥] في عدة الطلاق؛ لأنها حقُ نكاحٍ متأكدٍ، والنكاح تارة يتأكد بالدخول، وتارة باتصال الموت به؛ لأن الدخول مقصود النكاح وانتهاء النكاح بانتهاء مدة العمر مقصود (أيضًا، فأما)[٦] إذا طلقها قبل الدخول فقد فارقها قبل تأكد النكاح، وهو أيضًا يشبه الفسخ؛ لأن البضع عاد إليها سليمًا مثل الرجلُ يُقيل البيع، فيعود المبيع إلى البائع سليمًا وفسخ العقد

(١) في (ز): سببه.
(٢) في (ز): بين.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): إنما شُرِط.
(٦) في (ز): وأيضًا إذا.

إعدامه، وإذا كان إعدامًا له لم يعقب حقًا، وأما اختصاص عدة الطلاق بالأقراء إنما كان كذلك؛ لأنه لما شُرط في وجوبها الدخول والدخول سبب الماء فكانت[1] بالأقراء ليتأدّى حق الماء على طريق التمتع[2] مثل ما جعل مؤنة الأرض على المسلم بالعشر دون الخراج ليتأدّى حق العبادة على طريق التبع. ومما يدل على أنها ليست حق الماء أنها وجبت عند زوال الحِلّ، ولو كانت لصيانة الماء لوجبت عند استحداث سبب الحِلّ كما في الاستبراء في المماليك[3]، وهذا لأن الصيانة إنما تكون بعد وجود سبب وضع الماء، أما قبل وجود سبب الوضع فالماء مصون لعدم من يملك خلطه بغيره فمن أين تجب الصيانة؟ قالوا: وأما معنى حق النكاح هو أن النكاح عقد محترم له خطر وشرف في الشرع، وكما اختص بشرائط في الابتداء شرعًا لإظهار خطره وشرفه اختص أيضًا بأعقاب حق في الانتهاء لإظهار خطره.

وربما يستدلون على أن العدة حق النكاح: بإن العدة تختلف بالرق والحرية والماء واحد، ولا يتصور اختلاف[4] في رحم الحرة والأمة[5]، وأما[6] النكاح عقد[7] حِلّ وعقد الحِلّ على الأمة على النصف مما هو على الحرة على ما عُرف من أصلهم فكان حق النكاح على هذا الوجه. وربما يقولون:

(١) في (ز): كانت.
(٢) في (ز): التبع.
(٣) في (ز): ملك اليمين.
(٤) في (ز): اختلافه.
(٥) في (ز): ولا الأمة.
(٦) في (ز): فأما.
(٧) في (ز): فعقد.

العدة ملك اليد[1] بقي عليها وهذا لأن الوطء يد في المستحق بعقد النكاح وبالنكاح يثبت ملك العين، وبالوطء ملك اليد ويبقى ملك اليد ببقاء العدة.

قالوا: وهذا أثبت[2] النسب للولد المولود في حالة العدة إلى سنتين عندنا[3]، وإلى أربع سنين [٢٠٧/أ] عندكم[4] مع توهم العلوق بعد الطلاق الثلاث، وليس ذلك إلا لبقاء حق النكاح أو بقاء ملك اليد.

يدل عليه: أن النبي صلى الله عليه قال: (الولد للفراش)[5] ومعناه: لمن له الفراش عند وجود الولد، فلما ثبت النسب في حال[6] العدة عرفنا وجود (الفراش للزوج)[7] فصار فراش النسب باقيًا ببقاء العدة فبقي النكاح من وجه؛ لأن الفراش للنسب معقود له النكاح.

يبيِّنه: أنه إذا بقي فراش النسب صار جامعًا بينهما فراشًا وكما[8] لا يجوز الجمع نكاحًا لا يجوز الجمع بينهما فراشًا من نكاح وكذلك إذا ثبت أن النكاح باقٍ من وجهٍ فقد صار جامعًا من[9] ذلك الوجه، وكذلك حق

---

(١) في (ز): يد.

(٢) في (ز): سبب.

(٣) ينظر: الحجة على أهل المدينة: ٤٣٠/٣.

(٤) ينظر: روضة الطالبين: ٣٧٨/٨.

(٥) رواه البخاري في صحيحه: ١٢٧/١٢ مع الفتح، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر، رقم (٦٨١٧).

(٦) في (ز): حالة.

(٧) في (ز): فراش الزوج.

(٨) في (ز): فكما.

(٩) في (ز): في.

النكاح يُلحَق بحقيقة النكاح في تحريم الجمع احتياطًا للتحريمات، وكما[1] تلحقُ توابع الوطء ودواعيه بالوطء.

قالوا: وأما عدم ثبوت النسب بوطءٍ جديدٍ بعد الطلاق الثلاث إنما كان كذلك لأجل انعدام الماء حكمًا بالتحريم المطلق والولد لا يمكن إثبات نسبه من شخص مع انعدام الماء حكمًا[2] كما[3] لا يثبت النسب من الصبي[4] إذا جاءت امرأته بولد لانعدام الماء حسًّا، وَمَنَعَ بعضهم هذه المسألة عند ادّعاء الزوج، قالوا: وأما وجوب الحد إنما كان لارتفاع النكاح في حق الحِلّ على الإطلاق فلم يبق له شبهة، وهذا لا يوجب جواز نكاح الأخت؛ لأن النكاح لا يمنع نكاح الأخت من حيث أنه مُحَلل للوطء، فإن الشيء من حيث أنه محلل لا يكون محرَّمًا، إنما كان المنع لأصل[5] النكاح فإذا بقي من وجه بقي المنع. وتعلقوا من حيث بيان المعنى في منع نكاح الأخت أنه لما مُنع لخوف القطيعة على ما وَرَدَ به النص، وذلك بهيجان داء الضرائر وإدخال الغضب والغضاضة على الأخت بالأخت، وهذا المعنى في مسألتنا موجود وهو معتبر؛ لأنه سبب مشروع وهو الحبس بخلاف ما بعد الطلاق قبل الدخول، وبعد انقضاء العدة؛ لأنه لم يوجد سبب مشروع فكان مجرد شهوة وهوى فلم يُعتَبَر.

قالوا: وأمَّا إذا قال: أخبرتني (أن عدتها قد انقضت)[6] إنما أطلق له

---

(١) في (ز): كما.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فكما.
(٤) في (ز): صبي.
(٥) في (ز): لأجل.
(٦) في (ز): بانقضاء عدتها.

نكاح أختها؛ لأنه لم يبق عدة في حقه، فإن قول الإنسان محمول على الصدق بدينه وعقله، وإنما لم يقبل عليها لأجل وقوع التعارض بين (الخبر والخبر)[1]، فيقبل قوله فيما يرجع إليه، والحل أمر بينه وبين ربه بخلاف النفقة والسكنى؛ لأنه[2] حقها والنسب حق الولد، وهو مثل ما لو قال: هذه المرأة منكوحتي لا يتزوج أختها[3] وإن كذبته المرأة.

قالوا: وأما عدة أم الولد فنقول: فراش أم الولد وعدتها قائم من وجه، ولكن لا يمنع نكاح الأربع كأصل الفراش. وأما نكاح الأخت فأصل الفراش مانع من وطئها وقد تأكد الفراش بالعتق لوجود حالة الحُرية، ولهذا لا ينتفي النسب إلا[4] بالنفي وقبله كان ينتفي فارتقى المنع من الوطء إلى سببه وهو النكاح. ويستدلون بجانبها، وفصل[5] الرضاع على ما هو المعروف بمشايخهم المتقدمين.

❁ **(أما)[6] الجواب:**

(عن كلامهم نقول)[7]: أما قولهم الجمع المحرّم قد وُجد، قلنا: قد بينا عدم وجوده.

---

(١) في (ز): الحقين.
(٢) في (ز): فإنهما.
(٣) في (ز): بأختها.
(٤) في (ز): الآن.
(٥) في (ز): بفصل.
(٦) ليست في (ز).
(٧) ليست في (ز).

وأما قولهم: العدة[1] حق النكاح. قلنا: أيش[2] تعنون[3] أنه حق النكاح[4] وليس[5] لهم على هذا شيء إلا[6] أنهم يقولون (أنه بقي)[7] النكاح من وجهٍ؛ لأن النكاح عبارة عن مجموع أحكام، فإذا بقي بعض أحكامه جاز أن يقال: بقي من وجه، وقد تكلمنا عليه[8] بما فيه مقنع وبلاغ، ويقال أيضًا: لم يبق من وجهٍ ويزول من وجهٍ، ولم لا يزل[9] من كل وجهٍ، كما يحصل عند العقد من كل وجه، وما قالوه: أن بقاء هذا الحق ليظهر خطره، ليس[10] بشيء؛ لأن هذا العقد لو أوجب[11] إظهار خطر من هذا الوجه وجب أن يحرم قطعه ليبقى فإنه[12] ليس بقاؤه من وجه بأولى من بقائه من باقي[13] الوجوه، وعند المناقشات والتضييقات لابد أن يظهر انقطاع الخصوم وعلى أنا قد بينا أن العدة حق الماء، وأما[14] عدة الوفاة فلا نقول أنها حق النكاح[15]

---

(١) في (ز): إن العدة.

(٢) في (ز): أي شيء.

(٣) في (ز): تعنون بقولكم.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): فليس.

(٦) في (ز): سوى.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): هذا.

(٩) في (ز): يزول.

(١٠) في (ز): فليس.

(١١) في (ز): وجب.

(١٢) في (ز): لأنه.

(١٣) في (ز): كل.

(١٤) في (ز): فأما.

(١٥) زيادة من (ز).

على معنى أن النكاح قائم[١] من وجه، إنما هي أثر انتهاء النكاح كالإرث والولاء بعد العتق.

يبينه: أن الشيء إذا انتهى واستقر يكون[٢] له أثر كثواب الصوم إذا انتهى بالليل والولاء للعتق إذا[٣] انتهى الرق بالعتق، فأما[٤] إذا قطع الملك قطعًا فمن أين قلتم: يبقى له أثر؟ والذي قالوا: إن العدة حق (النكاح المتأكد)[٥].

قلنا: النكاح يقع متأكدًا بكل حال.

وقولهم: «إن الطلاق يشبه الفسخ»، فكَلّا ولما، ولئن كان يشبه الفسخ من وجهٍ ولا يشبه من وجهٍ، فالأولى ثبوت[٦] [٢٠٧/ب] العدة.

وقولهم: إنها لو كانت حق الماء لوجبت عند استحداث الملك.

قلنا: لِمَ[٧]؟ وهذا لأن النكاح عقد الاستمتاع[٨]، والشرع أوجب العدة قبل عقد الاستمتاع ليرد هذا العقد على رحم فارغ من ماء الغير فيكون أحوط له، وأما الاستبراء في المماليك فإنما وجب الاستبراء[٩] بعد الملك؛ لأن الملك ليس للاستمتاع فجاز وروده على رحم مشغول بماء الغير ثم إذا أراد

(١) في الأصل: قائمة، والتصويب من (ز).
(٢) في (ز): ويجوز أن يبقى.
(٣) في (ز): وإن.
(٤) في (ز): وأما.
(٥) في (ز): نكاح متأكد.
(٦) في (ز): وجوب.
(٧) في (ز): ولم.
(٨) في (ز): استمتاع.
(٩) ليست في (ز).

الوطء وجب الاستبراء لتعرف فراغُ الرحم، فيقدم بالوطء على رحمٍ غير مشغول بماء الغير، وأما الذي قالوه: إن العدة تختلف بالرق والحرية إنما كان كذلك؛ لأن العدة قد غلب عليها حق الشرع ويجوز أن يخفف[1] الشرع على المماليك ما لا يخفف[2] في حق الأحرار، وأما الذي قالوه: إن[3] ملك اليد قائم في حال العدة، فليس بشيء، واليد ثمرة ملك اليمين، فأما ملك[4] النكاح ملك لا يُعرف إلا بحل الاستمتاع فحسب.

يبينه: أن منفعة البضع جُعِلت كأنها في ملكها فيما وراء حل الاستمتاع، بدليل أن العُقر عند الوطء بالشبهة يكون لها، فكيف يجعل في يده أو يُجعل له ملكُ يدٍ، وأصل الملك لم يمكن إثباتُه وتحقيقُه إلا في الحِلّ فحسب؟.

والدليل[5] عليه: أنه لو كان له عليها ملكُ يدٍ بالعدة لثبت النسب بالوطء في حال العدة؛ لأن الملك[6] يكفي لثبوت[7] النسب بدليل الجارية من كسب المكاتب يطأها المكاتب يثبت نسبُ ولدها منه لوجود اليد، وأما ثبوت النسب إنما كان بتقدير العلوق في حال النكاح، وإنما قدرنا ذلك لأن الولد لابد وأن يكون من الماء ولا يمكن تقدير وطءٍ جديدٍ لا[8] من الزوج والأجنبي[9]،

(١) في (ز): يخف حق.
(٢) في (ز): يخف.
(٣) في (ز): من أن.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): يدل.
(٦) في (ز): ملك اليد.
(٧) في (ز): في ثبوت.
(٨) في (ز): لأنه زنا.
(٩) ليست في (ز).

فقدرنا العلوق في حال النكاح ليثبت النسب، وهذا لأن مدةَ الحمل لها أقل أو[١] أكثر ولابد من أن يظهر لأكثر مُدَّتها عمل في موضعٍ وليس إلا هذا الموضع. وعذرهم عن فصل النسب الذي ألزمناهم لا يتضح لأن الماء إنما ينتفي بالكلية إذا لم يبق نكاح[٢] وإذا[٣] حكمتم ببقاء النكاح من وجهٍ جاز الحكم بوجود الماء فيه لأجل ثبوت النسب؛ لأن علة ثبوت النسب متى وُجدت لا تلغَى. وعذرهم عن فصل الحد لا يتضح عند التأمل، ويمكن أن يستدل في أن العدة ليست لحق النكاح فإنها تجب من غير نكاحٍ بحال بدليل عدة أم الولد، وحق النكاح لا يتصور وجوبه إلا بنكاحٍ أو شبهةِ نكاحٍ، وهذا دليل معتمد. وأما تعلقهم بجانبها فليس المنع لحق النكاح إنما هو لاشتغال رحم بماء الغير فإنا بينا أن العدة حق الماء والرحم المشغول بماء الغير[٤] لا يجوز أن يورد عليه عقد[٥] لشغل الرحم، وهذا لا يوجد في جانبه. ويقال من طريق الجدل: وجوب العدة عليها لا يدل على وجوب العدة عليه فمنعُها عن الازدواج[٦] لا يدل على منعه، وأما فصل الرضاع قلنا: ثبوت حرمة الرضاع في جانب الفحل بالنص، وهو خبر أفلح بن أبي القعيس[٧]، ولا يهتدي إليه[٨] قياس.

---

(١) في (ز): و.
(٢) في (ز): النكاح.
(٣) في (ز): فإذا.
(٤) في (ز): الإنسان.
(٥) في (ز): عقد آخر.
(٦) في (ز): الأزواج.
(٧) رواه البخاري في صحيحه: ٩/١٥٠ مع الفتح، كتاب النكاح، باب لبن الفحل.
(٨) زيادة من (ز).

وأما الطريقة التي ذكرناها أخيرًا[1] فهي في نهاية[2] القوة.

وإن[3] قالوا: هو الحابس يعني الزوج.

قلنا: ينبغي أن يجوز له إطلاقها؛ لأن مَنْ حَبَسَ مَلَكَ[4] الإطلاق، وهذا لأن العدة سواء كان حق[5] النكاح أو حق[6] غير النكاح فليس من قبله، وإنما هو من قبل الشرع، ولهذا ارتفعت بمجرد مضي العدة، وحق النكاح إذا بقي من قبله يرفع بما يرفع به حقيقة النكاح، دل أنه من قبل الشرع. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة عندنا[7].

وعندهم: يوجب[8]. (والمسألة تدور على أن علة حرمة المصاهرة ماذا عندنا إنما هو الوطئ المحترم شرعًا، وعندهم إنما هو البعضية والجزئية)[9].

(١) في (ز): آخرًا.
(٢) في (ز): غاية.
(٣) في (ز): فإن.
(٤) في (ز): يملك.
(٥) في (ز): في حق.
(٦) في (ز): في حق.
(٧) الأم: ٥/١٣٦، النكت: ورقة ٢٠٥/أ، روضة الطالبين: ٧/١١٣.
(٨) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٥٦، رد المحتار: ٣/٣١، البحر الرائق: ٣/٩٩.
(٩) ما بين القوسين ليس في (ز).

❖ **لنا:**

ما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: (**الحرام لا يُحرم الحلال**)[1]، (وروى عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام سُئل عن رجل زنى بامرأة هل يُحرم عليه أمها وابنتُها؟ قال: (**لا يحرم الحرام الحلال**)[2]، وهذا نص صريح في محل النزاع.

ومن طريق)[3] المعنى[4] (في المسألة)[5]: أن الزنا عدوان محض أو كبيرة فلا يكون سببًا للوصلة كما لم يكن سببًا للنسب، ويمكن أن يقال المصاهرة وُصلة فلا تثبت بالزنا.

دليله: النسب، وإنما قلنا: وُصلة؛ لأنه قرينة النسب في كتاب الله تعالى، قال الله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾[6] والنسب وصلة، فكذلك المصاهرة وهذا لأن المصاهرة لإثبات الوصلة بين الأباعد [٢٠٨/أ] كالنسب وصلة بين الأقارب، ألا ترى أنها سبب

---

(١) رواه البخاري تعليقًا: ١٥٣/٩ مع الفتح، ووصله البيهقي من طريق هشام عن قتادة، عن عكرمة بلفظ في رجل غشى أم امرأته قال: «تخطي حرمتين ولا تحرم عليه امرأته»، قال الحافظ في الفتح: وإسناد صحيح: ١٥٦/٩، سنن البيهقي: ١٦٨/٧.

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٨/٣ وفي إسناده عبد الرحمن بن عثمان الوقاص الزهري، وهو متروك، ورواه ابن ماجه في سننه: ٦٤٩/١ (٢٠١٥) عن ابن عمر بلفظ: «لا يحرم الحرام الحلال» قال الحافظ في الفتح: «وإسناده أصح من الأول»: ١٥٦/٩.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): والمعنى.

(٥) ليست في (ز).

(٦) سورة الفرقان، من الآية ٥٤.

لإثبات المخالطات[1] وتمهيد المؤالفات بإثبات[2] المحرمية التي هي المطلوبة بالمصاهرة وليمتاز أصحابُها عن الأباعد، ولهذا ينسب إليه فيقال: صهرُهُ وصهرُهَا، كما يقال: ابنُه وابنُها فعرفنا بما قلنا[3] أن المصاهرة وصلة فلا يجوز ثبوتها بالزنا؛ لأن الزنا واجب الإعدام إما قبل الوجود بالامتناع منه[4]، وبعد الوجود بالتوبة، وترك العود وبالحد ليقع الزجر عنه، وأسباب الوصلة[5] مندوبة إليها شرعًا، محثوثة عليها من قبل الرب تعالى، لأن التقاطع منهي عنه على ما قال ﷺ: **(لا تقاطعوا ولا تدابروا وكونوا عباد الله إخوانا)**[6] ولا يجوز أن يثبت بسبب مزجور عنه محرم على العبد عينه.

يبينه: إن الوصلة لما كان[7] مندوبًا إليها وجب أن يكون سببها مدعوًا إليها[8] وهذا ينافي التحريم والنهي، وأيضًا الزنا لما كان واجب الإعدام ففي إبقاء أثره من حرمة المصاهرة إبقاؤه حكما وما وجب إعدامه شرعًا لا يجوز تقريره حكمًا وهذه كلمات في نهاية الإخالة. فإن[9] قالوا: إنه يجب به المهر والغُسل وَصَوّروا المهر على أصولنا، إذا زنى بمكرهةٍ فنقول: إنما يجب المهر

---

(١) في (ز): الخلطات.

(٢) في (ز): وإثبات.

(٣) في (ز): قلناه.

(٤) في (ز): عنه.

(٥) في (ز): الوصلات.

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ٤٨١/١٠ مع الفتح، كتاب الأدب، باب ما يُنهى عن التحاسد والتدابر.

(٧) في (ز): كانت.

(٨) في (ز): إليه.

(٩) في (ز): وإن.

لمن ليست زانية[1] لا للزانية حتى لو كانت مطاوعة لا يجب المهر، وإذا كانت مكرهة قُدّم جانب مَنْ له الحق على جانب مَنْ عليه الحق حفظًا لحقه، وأما الغُسل للتطهير من حيث الزنا فهو يرجع إلى إعدامه من حيث الحكم.

وأما عامة الأصحاب قالوا: حرمة المصاهرة ثبت على جهة الكرامة والنعمة فلا تتعلق بما هو عدوان محض، وإنما قلنا: إنها نعمة وكرامة؛ لأنها تثبت لحياطة النكاح عن وجوه المفاسد وذلك لأن الإنسان إذا تزوّج بامرأة لم[2] يجد بُدًّا من معاشرة أمها وابنتها، وكذلك هي من معاشرة ابنه وأبيه؛ لأنه لا يمكن أن يحبسها في موضع لا يدخل عليها أحد من أقاربها وإذا أمكن من الدخول لم يُؤمن من[3] المفاسد؛ لأنه إذا بقي على حل النكاح وعلى ما عليه الأجانب لم يؤمن توقان النفس وهيجان الشهوة وخيانة النظر، ثم يؤدي ذلك إلى مفاسد عظيمة فالله تعالى نزع الشهوة عن[4] قلوب الأزواج بتحريمهن[5] عليهم على التأبيد لتدوم وصلة النكاح ولا يتخلله ما لا يمكن تداركه، وما كان هذا سبيله لاشك أنه نعمة وكرامة؛ ولأن التحريمات في الشرع عُلّقت بأسباب مشعرة بالنعم والكرامات بدليل قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ﴾[6] الآية، وهذه الأشياء أسباب استحقاق[7] الكرامات؛ لأن النكاح رق على ما سُمّي في الشرع ونفي

(١) في (ز): بزانية.
(٢) في (ز): لا.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): من.
(٥) في (ز): بتحريمه.
(٦) سورة النساء، من الآية: ٢٣.
(٧) في (ز): باستحقاق.

الرق عن المحل كرامة للمحل، وهذه الطريقة قريبة المأخذ من الأُولى إلا أن الأُولى أولى وأحسن.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الزنا سبب الولد فوجب أن يوجب حرمة المصاهرة. دليله: الوطء الحلال أو[1] الوطء[2] بالشبهة. وفقههم في المسألة: أن حرمة المصاهرة تثبت بالوطء بعلة البعضية، فإن البعضية علة مشعرة بالحرمة[3]؛ لأن استمتاع الإنسان ببعضه حرام، ولهذا حُرّم الاستمتاع باليد وبفخذ نفسه، وأيضًا فإن النكاح رق ويحرم على الإنسان استرقاق بعضه فإذا ثبت هذا فنقول: الماء سبب لثبوت البعضية بين الواطء والموطوءة؛ لأن[4] ماؤه بعضُه وماؤها بعضها وإذا امتزج الماءان في الرحم وله حكم الولد فهو ولده بكُلِّه وهو وولدها بكله، فصار ماؤه بعضًا لها وماؤها بعضًا له بهذا الطريق والماء بعض من كل واحدٍ منهما فثبتت البعضية بين الواطء والموطوءة بواسطة الولد من هذا الطريق، ثم تعدّت هذه البعضية إلى فروعه وأصوله، وفروعها وأصولها فصار أصولها وفروعها كأصوله وفروعه، وفروعه وأصوله كفروعها وأصولها، وإذا ثبت البعضية وجدت الحرمة وشبهوا البعضية بين الواطء والموطوءة بواسطة الولد بالبعضية[5] بين الأخوين بواسطة الأب قالوا: وإذا ثبت هذا فالوطء سبب للبعضية فتعدت الحرمة من البعضية إلى سببها وهو الوطء.

---

(١) في (ز): و.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): إذ.
(٥) في (ز): كالبعضية.

قالوا: وبهذا الطريق، قلنا: إن الوطء يثبت حرمة المصاهرة؛ لأنه سبب الولد، والوطء الحلال والحرام في السببية [٢٠٨/ب] واحد، فوجب أن يستويا في إثبات حرمة المصاهرة.

قالوا: وأما النسب فغير معلق بالبعضية، بل هو معلق بالفراش بنص الرسول ﷺ، وهو قوله: **(الولد للفراش وللعاهر الحجر)**[١] فوجب الإعراض عن الماء والبعضيّة الحاصلة به بنص الرسول ﷺ، وتعلق الحكم بالفراش، والزاني لا فراش له، فلم يثبت النسب[٢]. وربما يقولون: إثبات النسب لا يمكن من الزاني؛ لأن الزانية يأتيها غير واحد في العادة، ولا يُعرف أن[٣] الولد من ماء أيهم خُلِقَ؟ فلم يثبت لهذا المعنى، وأما الحرمة فيمكن إثباتها لأن غاية ما في الباب أن تثبت الحرمة من الكل، والحرمة تثبت بالشبهات فتثبت على العموم، وأما النسب فلا يثبت بالشبهات فلا يثبت هاهنا على العموم؛ لأن إمكان الولد منه عارَضَه جواز أن ليس منه والنسب إذا دَارَ بين أن يثبت وبين أن لا يثبت لا يثبت، وأما الحرمة إذا دَارَت بين الثبوت والعدم تثبت.

قالوا: وأما العدة فحق النكاح وفي الزنا لا نكاح فلم تجب.

يبينه: أن العدة لحرمة الماء، وماء الزاني غير محترم، فلم تجب به العدة، وأما هاهنا فحرمة المصاهرة البعضية[٤]، والبعضية في هذه الصورة

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١٢/١٢٧ مع الفتح، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر (٦٨١٨).

(٢) في (ز): النسب منه.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): بالبعضية.

وهي إذا كان الوطء حلالًا[١] مثل البعضية إذا كان الوطء حرامًا[٢]، قالوا: وأما قولكم: المصاهرة وصلة أو[٣] نعمة وكرامة، (نسلم ذلك)[٤]، ولكن عندنا إنما تثبت بالزنا من حيث أنه سبب الولد ولا حرمة من هذا الوجه؛ لأنها لو كانت محرمة من هذا الوجه لم يحل بحال، وإنما حرمتُه من حيث أنه سبب لفساد الأنساب، وتلطيخ الفراش وحرمة المصاهرة لا تثبت من هذا الوجه، وصار الفعل بمنزلة فعلين، أحدهما: مشروع، والآخر غير مشروع، مثل الصلاة في الأرض المغصوبة هي[٥] شغل (مكان الغير وحركات هي صلاة)[٦] في الشرع، والحرمة من حيث الشغلية، وليس الحرمة من حيث الصلاة فنزّل الفعل الواحد بمنزلة فعلين كذلك في مسألتنا فجاء من هذا أنا لم نُعلق بالزنا من حيث الجهة الحرمة، لكن من حيث الجهة المشروعة.
وربما يقولون بطريق آخر: وهو التخريج على البعضية، وذلك أن الحرمة عندنا إنما تتعلق بالبعضية، والبعضية حاصلة بمحض صنع الله؛ لأن انخلاق الولد فعل الله وليس فيه شيء من كسب العبد، وإن قلتم: هذه البعضية جاءت من الزنا فنحن نحيل بالحرمة على البعضية مع الإعراض عن سبب البعضية؛ لأن تعليق الحرمة بالبعضية تعليق مؤثّر فأثبتنا، وأما تعليقها بالوطء بواسطة البعضية تعليق لا يمكن القول به، لما[٧] قلتم أثبتنا[٨] ما أمكن القول به، ولم نثبت ما

(١) في (ز): حرامًا.
(٢) في (ز): حلالًا.
(٣) في (ز): و.
(٤) في (ز): فمسلم.
(٥) في (ز): فإنها.
(٦) في (ز): لملك الغير وحركاته هي الصلاة...
(٧) في (ز): كما.
(٨) في (ز): فأثبتنا.

لا يمكن القول به، فهذا جملة كلامهم تحقيقًا. وقد تعلق كثيرٌ من مشايخهم بفصل الرضاع، وقالوا: إن الرضاع من[١] الحرام والحلال واحد في ثبوت الحرمة، وذلك بأن أُرضعَ[٢] الولد لبنا مشوبًا بالخمر أو البول فكذلك الوطء الحلال والحرام واحد في إثبات[٣] الحرمة.

وقال بعضهم: فيما لو[٤] زنى بأم امرأته أن (النكاح عقد)[٥] يفسد بالوطء فيفسد بالزنا المحض.

دليله: عقد الإحرام.

الجواب:

قد سبق وجه الكلام في نفي[٦] تعليق حرمة المصاهرة بالزنا، وأما تعلقهم بفصل البعضية. قلنا[٧]: حققوا البعضية بين الولد والوالد أولًا حتى يستقيم تعليق الحرمة بها، والولد شخص كامل والوالد شخص كامل، ويستحيل أن يكون شخصًا كاملًا بعضًا من شخصٍ كاملٍ.

(يبينه: أن الولد لو جاز أن يقال جزء من الوالد لجاز أن يقال: أن الوالد أيضًا جزء منه، ولأن حقيقة الجزئية إنما يُعرف بأن ينتقص الأصل بفوات

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): يرضع.
(٣) في (ز): ثبوت.
(٤) في (ز): إذا.
(٥) في (ز): عقد النكاح.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): يقال لهم.

الجزء كالواحد لما كان جزءًا من العشرة انتقص العشرة بفوات الواحد)[1].

يبينه: أن غاية ما في الباب أن الولد خُلق من نطفة سقطت من صلب الأب، فهذا مثل نخلة خُلقت من نواة، سقطت من نخلة أخرى[2]، ثم النخلة لا تكون بعضُ النخلة، كذلك الولد لا يكون بعض الوالد، وإنما معنى قول القائل: إن الولد بعض الوالد هو ثبوت النسب، ولا يُعرف للبعضية معنى سوى هذا، و(هو معنى)[3] قول النبي ﷺ لفاطمة: (**إنها بضعة مني**)[4]، ويقال أيضًا: لو كانت الحرمة بالبعضية على ما قلتم فلِمَ لا تثبت بين الواطي والموطوءة، وأصل البعضية حصلت بينهما، فإن قالوا: لم تعمل البعضية في هذا الموضع لبقاء الأنكحة وصحتها، فأنا إذا جعلنا هذه البعضية عاملة في التحريم والعقد سببها حُرم أيضًا، وهو مثل جواز نكاح الأخوات في زمن آدم عليه السلام مع وجود البعضية.

۞ **والجواب**:

[٢٠٩/أ] أن البعضيَّة إذا لم تعمل بين الواطئ والموطوءة وهي في غيرهما ثابتة بواسطة هذه البعضية، ومتفرع[5] عنها، فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع أيضًا، ونقول أيضًا: إن حرمتم بالبعضية؛ فحرموا (أب الواطئ أو ابنه على أمّ الموطوءة وابنتها)[6] لوجود البعضية على ما قلتم في هذه الصورة.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) رواه البخاري في صحيحه: ٩/٣٢٧ مع الفتح، رقم الحديث (٥٢٣٠).
(٥) في (ز): متفرعة.
(٦) العبارة في (ز): هكذا: «ابن الواطي وأباه على بنت المؤطؤة وأمها...».

فإن قالوا: إذا لم تعلقوا بالبعضية فبماذا تعلقون الحرمة؟.

قلنا: بالوطء المشروع، وهذا لأنه لما كان السبب مشروعًا كان مؤثرًا في إثبات الوصلة[1] مثل ما يؤثر في إثبات النسب، ثم الجواب على التسليم: أن البعضيَّة سبب مؤثر في إثبات الحرمة هو أن هذه البعضيَّة ملغاة في الشرع غير معتبر بدليل انعدام ثبوت النسب، ولو كانت البعضيَّة معتبرة في الشرع لكان تأثيرها في إثبات النسب أظهر؛ لأن السبب عبارة عن نفس البعضيَّة في الشرع، والحرمة حكم البعضيَّة فإذا لم تظهر نفس البعضيَّة بالزنا شرعًا؛ فكيف يظهر حكمها؟.

يدل عليه: أن العدة أثر الماء؛ لأنها حق الماء فإذا لم يظهر حق الماء فلأن لا يظهر حكم البعضيّة التي تحصل بالماء أولى، وتبين بهذا أن الشرع جعل الماء بمنزلة المعدوم، ولهذا جاز للحامل من الزنا أن تتزوج، فكذلك البعضيَّة الحاصلة به جعلت بمنزلة المعدوم، وهذا جواب معتمد[2] واضح، فإن تعلقوا باعتبار هذا الماء بأن للولد كرامات[3] بني آدم وأنه فيها[4] ملحق بسائر بني آدم لا يفارقهم بوجهٍ من الوجوه. (نقول لهم: نحن)[5] لا ننكر أن ولد الزنى من بني آدم وأن له كراماتهم، ولكن إنما نفينا البعضيَّة التي بين الواطء والموطوءة بسبب ماء الزاني مثل ما نفي الشرع البعضيَّة بين الولد والوالد بسبب ماء الزنا، والجواب واضح.

---

(١) في (ز): الوصلات.

(٢) في (ز): بيِّن.

(٣) في (ز): كرامة.

(٤) في (ز): ليست في (ز).

(٥) في (ز): قلنا.

ونجيب بجواب آخر: وهو التخريج على الطريقة؛ لأن هذه البعضيّة التي يُشيرون إليها تثبت بسبب الزنا، والزنا عدوان وكبيرة، والحاصل بالبعضيّة وصلة وكرامة ونعمة فلم يجز إثباتها بمثل هذا السبب.

وقولهم: إن الزنا حرام من جهة كذا مشروع من جهة كذا خرق الإجماع[1]؛ لأن الإجماع انعقد على حرمة الزنا من كلِ وجهٍ[2]، ولهذا وجب[3] الحد به ولو كان مشروعًا من وجهٍ مّا لم[4] يجب الحد، وإذا تعلقنا بالحد في نفي المشروعية من كلِّ وجهٍ لم يدخل فصل الصلاة في الأرض المغصوبة ولا الاصطياد بقوس الغير.

وأما قولهم: إنا نُحيل على البعضية ونُعرض عن سبب البعضيّة، يقال لهم: كيف تعرضون عن سبب البعضيّة وعندكم تعلق حرمة[5] المصاهرة بالوطء؛ لأنه سبب الولد، وإذا[6] أعرضتم عن السبب بطل هذا التعلق وهذا الجواب أحسن الأجوبة. وأما عذرهم عن النسب وقولهم إن الشرع علّقه بالفراش.

قلنا: هو الدليل على أن البعضيّة الحاصلة بماء الزنا[7] ملغاة غير معتبرة.

وقولهم: إنه لا يمكن إثبات النسب من الزاني.

---

(١) في (ز): للإجماع.
(٢) ينظر: تفسير الفخر الرازي ٢٠/٢٠١، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٠/٢٥٢.
(٣) في (ز): تعلق.
(٤) في (ز): لما.
(٥) في (ز): حكم.
(٦) في (ز): فإذا.
(٧) في (ز): الزاني.

قلنا: أثبتوا[1] في موضع الإمكان وهو إذا كان المدعي واحدًا، وعلى أن المدعين وإن كثروا فأثبتوا النسب من الكل؛ لأن عندكم يجوز ثبوتُ النسب من جماعة تكثر عددهم، وأما فصل الرضاع إذا ثبتت[2] حرمته لا تثبت به الحرمة وذلك مثل اللبن النجس عينه، وهو المحلوب من ثدي الميتة، وأما[3] المشوب بالخمر أو البول فلم يتمحض تحريمه؛ لأنه لبن وبول أو لبن وخمر، فنظيره في مسألتنا الوطء بالشبهة[4] أو وطء أحد الشريكين الجارية المشتركة، وأما فصل الأخير[5] فهو فرض مجرد، وليس تحته معنىً، ويقال لهم في الإحرام الوطء إنما يفسده لارتكاب المحظور، وإذا كان الوطء زنًا فالحظر به آكد وأمحض (فالإفساد به)[6] أولى، وأما في مسألتنا فليس ثبوت حرمة المصاهرة باعتبار الحظرية حتى أن الحلال المحض يثبت حرمة المصاهرة باعتبار أن المفعول وطء محترم مشروع يصلح سببًا للوصلة وهذا لا يوجد في الزنا.

وقد قال بعض المخالفين: أن حرمة المصاهرة تثبت في الزنا على طريق المعاقبة، والزجر عن الزنا؛ لأنه[7] إذا عَلِمَ أن[8] بارتكاب هذا الحرام ينسد عليه باب الحلال ربما يزجره[9] ذلك عن الزنا والتحريم يصلح عقوبة بدليل

---

(١) في (ز): فثبتوه.
(٢) في (ز): تمحضت.
(٣) في (ز): فأما.
(٤) في (ز): بشبهة.
(٥) في (ز): الآخر.
(٦) في (ز): فكان الإفساد.
(٧) في (ز): فإنه.
(٨) في (ز): أنه.
(٩) في (ز): زجره.

قوله تعالى: ﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ ٱلَّذِينَ هَادُوا۟ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَٰتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾[1] الآية، قالوا: ولهذا لا يثبت النسب زجرًا عن الزنا؛ لأنه إذا عَلِمَ أن ماءه يضيع ويهلك[2] بعدم النسب يزجره[3] ذلك عن الزنا، وهذا الفصل ليس بشيء، وكيف يكون عقوبة والتحريم أكثره بين الواطئ وغيره وبين الموطوءة وغيرها؟، والذي قال أنه يزجره عن الزنا،

قلنا: لو وجب في هذا الموضع زجرًا لم يجز تعلقه بالوطء الحلال [٢٠٩/ب]؛ لأن ما وَجَبَ زجرًا عن الحرام لا يتعلق[4] على الحلال بحال كسائر الزواجر. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

عندنا يجوز التزويج بولد الزنا[5][6].

وعندهم: لا يجوز[7][8].

---

(١) سورة النساء، من الآية ١٦٠.
(٢) في (ز): وحرمته تهلك.
(٣) في (ز): زجره.
(٤) في (ز): تعلق.
(٥) في (ز): المخلوقة من ماء الزاني لا تحرم عليه عندنا.
(٦) ينظر: الأم: ٢٢/٥، والنكت: ورقة ٢٠٥/أ، مغني المحتاج: ١٧٥/٣، روضة الطالبين: ١٠٤/٧.
(٧) في (ز): تحرم.
(٨) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح، ص ٣٥، فتح القدير: ٢٠٩/٣، در المحتار: ٢٩/٣، تبيين الحقائق: ١٠٦/٢.




(والمسألة تنبى على المسألة السابقة: وهو أن علة حرمة المصاهرة عندنا الوطء المحترم، وعندهم: البعضية، وذكرنا معظم كلمات هذه المسألة في المسائل السابقة، ونذكر هاهنا ما تختص به من كلمات هذه المسألة)[1][2].

❖ لنا:

أن نسب الولد غير ثابت منه بالإجماع، فصار الزاني وغيره من الناس في حق هذا الولد بمنزلة واحدة؛ لأن السبب المحرم كان هو النسب، وقد انتفى في هذه[3] المواضع[4].

يبينه: إن الله تعالى قال: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾[5] الآية، فحرم البنت المضافة إليه، وهي غير مضافة (إلى الزاني)[6] فلم تدخل في آية التحريم، وإذا[7] خرجت عن آية التحريم دخلت في آية التحليل، وهو قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[8] الآية.

❖ وأمّا حجّتهم:

قالوا: أنها بعضه فوجب أن تحرم عليه كما قلنا في المسألة الأولى،

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): العبارة هكذا: «وقد دخل الكلام في هذه المسألة في المسألة المتقدمة غير كلمات يسيرة».

(٣) في (ز): هذا.

(٤) في (ز): الموضع.

(٥) سورة النساء، من الآية ٢٣.

(٦) في (ز): إليه.

(٧) في (ز): فإذا.

(٨) سورة النساء، من الآية ٢٤.

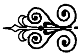
وإنما قلنا: إنها بعضه لأنها مخلوقة من ماءه، وماؤه بعضه، فالذي خُلِقَ منه بعضه، ووجه تأثير البعضية في التحريم ما بيّنا في المسألة الأولى، وإن[1] قلتم: لا نعرف أنها بعضه؛ لأن الزانية يأتيها غير الواحد[2]، قالوا: نصوّره فيما إذا اعترف أنها من مائه مخلوقة ولابد أن يُؤاخذ بموجب اعترافه في حقه وربما صوروا فيما لو افتض بكرًا بالزنا[3] وَحَضَنَها حتى جاءت بولدٍ بمثل[4] ما تلد له النساء، فهو ولده من حيث الظاهر، والظاهر كافٍ في إثبات المحرمات[5]، قالوا: ولا يجوز بأن يقال أن ماء الرجل يصير مستهلكًا في ماء المرأة بدليل أن الرق والحرية تعتبران بها، قالوا: وكيف يصير مُستهلكًا؟ ولاشك أن الولد يُخلَق من ماء اثنين ذكر وأثنى.

ويدل عليه: أن مذهب الشافعي رضي الله عنه أن المتولد بين الظباء والشاة[6] لا يكمل به نصاب الغنم[7] وإن كان الفحل من الظباء، ولو كان الأمر على ما قلتم لكمل.

ويدل عليه: أن النسب يثبت من الأب ولو صار ماؤه مستهلكًا لم يثبت، لأن الماء معتبر في النسب خصوصًا على أصلكم، وأما اعتبار جانب الأم في الرق والحرية فكان ذلك لنوع رجحان في جانب الأم ولا ننكر الترجيح إنما

---

(١) في (ز): فإن.
(٢) في (ز): واحد.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): لمثل.
(٥) في (ز): الحرمات.
(٦) في (ز): والنعاج.
(٧) ينظر: الأم: ٢/١٦.




نكر ما قلتم من الاستهلاك.

واعترضوا على النسب بما ذكرنا، وربما قالوا: النسب للشرف ولا شَرَفَ في الانتساب إلى الزاني. وأما الحرمة بسبب[1] البعضيّة من غير اعتبار شرف أصلًا وقد تعلقوا بجانب الوالدة فإن الحرمة تثبت بينها وبين الولد بالإجماع، وقاسوا جانبه على جانبها، وأما[2] الآية قالوا: إن لم تكن هذه بنته نسبًا فهي بنته على معنى أنها مخلوقة من مائه وهذا هو المؤثر في الحرمة.

❁ **الجواب:**

أنا تكلمنا على فصل البعضية في المسألة الأولى ولا حاجة بنا إلى الإعادة، والحرف هو ما ذكرنا من إلغاء هذه البعضية لصدرها عن الزنا، وبدليل النسب فإن قالوا: إن الحرمة تثبت بالشبهات والنسب لا يثبت بالشبهات بدليل الرضاع، قلنا: يثبت النسب بالشبهات بدليل الوطء بالشبهة[3] وعلى أن هاهنا حقيقة البعضية (وحقيقه البعضيّة)[4] تثبتُ النسب مثل ما يثبت الحرمة، وحين لم يُثبت النسب في هذه الصورة دل أن عدم ثبوتها كان لإلغاء[5] البعضيّة، وأما جانب الوالدة قلنا: جانبه يفارق جانبها بدليل أن كل ما يُثبت بين الوالدة، والولد الثابت من النسب يثبت بين الوالدة قطعًا من الزنا من النسب[6]، وولاية الحضانة، وثبوت الإرث، والنفقة، (بخلاف

(١) في (ز): فهي بسبب.
(٢) في (ز): فأمّا.
(٣) في (ز): بشبهة.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): بإلغاء.
(٦) في (ز): النسبة.

مسألتنا فإنه لا يثبت النسب، ولا شيء من أحكامه من الولاية، والإرث، والنفقة)[1]، وهذا لأن الولادة التي لا توصف بالعدوان طارئة على الزنا فاعتُبر الطارئة، وأُعرض عن النسب الأول ومثل هذا لا يوجد في جانب الأب، وأما الآية فهي في نهاية الحجة.

وقولهم: «أنها بنتُه» محال؛ لأن بنت الإنسان من يثبت نسبُها منه، فأما مَنْ لا يثبت نسبها منه فلا تكون بنتُهُ، والمعتبر الإضافة[2] الشرعية لا ما قالوه. والله أعلم.



※ (مَسْألَة):

إذا استولد جارية ابنه يضمن عُقرها وقيمتها[3].

وعندهم: يضمن قيمتها لا عُقرها[4].

لنا:

أنه وجد سبب ضمان العُقر والقيمة كلاهما، فوجبا كلاهما، وإنما قلنا: [٢١٠/أ] ذلك لأن سبب ضمان العُقر هو[5] الوطء كما إذا لم تحبل، ولأنه إذا لم يجب الحد لابد من وجوب ضمان العُقر، فأما ضمان القيمة بسببه تملك

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): هو الإضافة.

(٣) المهذب: ٤٦/٢، النكت: ورقة ٢٠٦/أ، الروضة: ٢٠٨/٧.

(٤) المبسوط: ١٢٢/٥، رؤوس المسائل: ص ٣٨٤.

(٥) في (ز): هو نفس.

الجارية على الابن وتملك الجارية على الابن لا يخلو من وجوب القيمة وهذا بالإجماع ولا يحتاج إلى دليل فيه، والاستشهاد على هذا الأصل بأحد الشريكين إذا وطء الجارية المشتركة فإنه يجب عليه نصف العُقر ونصف القيمة ونصف القيمة في هذه الصورة مثل جميع العُقر والقيمة(١) في مسألتنا.

❁ **وأمّا حجّتهم**(٢):

قالوا: وطأ مُلْكَ نفسه فلا يجب عليه العُقر، دليله: الوطء الثاني وهذا أصل مسلم إن مَنْ وَطَأَ مُلْكَ نفسه، لم يجب عليه العُقر، وإنما الشأن في إثبات وطئه ملك نفسه، قالوا: وإنما قلنا ذلك لأن الاستيلاد قد صح والاستيلاد لا يصح من الإنسان إلا في ملكه، مثل الإعتاق والتدبير؛ ولأن الأب ليس له حقيقة ملك وَلَاحَقَ ملكٍ في جارية ابنه، أما قولنا: «ليس له حقيقة ملك»، فمسلم.

وأما قولنا: «ليس له حق ملك فيه(٣)»؛ فلأن(٤) الابن يَملك وطء جاريته ولو كان لأبيه فيها حق ملكٍ لم يحل له وطئها؛ لأن حق ملك الغير مانع من الوطء كحق نكاح الغير وذلك إذا وطء منكوحة الغير بالشبهة لا يجوز للزوج وطيها وحين حل الوطء في مسألتنا للابن عرفنا قطعاً أنه ليس للأب فيها حق ملك.

ويدل عليه: أنه يجوز للابن أن يتبرع بالجارية على الغير ولو تعلَّق بها

---

(١) في (ز): وجميع القيمة.
(٢) في (ز): فأمّا حجة المخالفين.
(٣) في (ز): فهو.
(٤) في (ز): لأن.

حق الأب لم يجز لأن التعرض لحق الغير بالإسقاط لا يجوز، ولأنه لا سبب للأب يثبت به حق الملك في جارية الابن؛ لأن كونه أبًا له لا يوجب حقُّ ملك له في ماله؛ لأنه حر مثله، وإنما استفاد الأبُ المالكية بالحرية والابنُ مثله في هذا المعنى.

يبينه: أن حرية الابن توجب أن يكون الملك في إملاكه على الخلوص مثل الأب سواء. وأما سقوط الحد بوطئها[1] إذا لم تحبَل ليس لثبوت حق الملك بل لصورة الإضافة الشرعية من قوله ﷺ: **(أنت ومالك لأبيك)**[2] وهذه الصورة لابد أن تُثبت شبهة فيسقط[3] الحد بها مثل ما قالوه في صورة العقد على ذوات[4] المحارم يوجب سقوط الحد وصورة عدم[5] القتل بالمثقل، والحد يسقط عندهم بمثل هذه الصورة[6] وإن لم يكن لها حقائق (لسُرعة حصوله في الشرع)[7]، وأما حق الملك لا يثبت إلا بسببٍ مؤثرٍ في إثبات الحق كحقيقة الملك لا تثبت إلا بسببٍ مؤثرٍ في إثباتها، قالوا: فثبت أنه ليس للأب حقيقة ملك ولا حق ملك في جارية الابن[8] ومع ذلك صح الاستيلاد[9] فنقول: إنما صح لأن الشرع جعل له تملُك مال الابن عند الحاجة

(١) في (ز): وطئه.
(٢) رواه ابن ماجه في سننه برقم (٢٢٩٠).
(٣) في (ز): يسقط.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): الصور.
(٧) في (ز): شرعية.
(٨) في (ز): ابنه.
(٩) في (ز): استيلاده.

كما يتملك عند الجوع والفقر لصيانة روحه فكذلك هاهنا يتملك الجارية عند الاستيلاد لصيانة مائه، فإن مائه جزء منه، فجعل الشارع له صيانتَه بتملك الجارية على ابنه ثم هذه الصيانة تقع لصحة[١] الاستيلاد وصحة الاستيلاد بتقدم الملك عليه حكمًا مثل ما يتقدم الملكُ على العتق في قوله لغيره: «أعتق عبدك عني على ألف»، فإذا قدمنا بهذا الطريق حصل الاستيلاد في ملكِه فلم يجب عليه شيء بالوطء، ووجبت القيمة بتملك رقبة الجارية عليه.

قالوا: وبهذا الطريق[٢] فارق أحد الشريكين؛ لأن سبب صحة الاستيلاد قد وُجد هناك وهو وجود الملك في نصف الجارية ثم صح الاستيلاد في كل الجارية لعدم تجزّأ الاستيلاد مثل العتق على قول مَنْ لا يحكم بتجزئته[٣] فصار ملكُ النصف في هذه الصورة حكم الاستيلاد فيعقبه وملك الجارية شرط الاستيلاد فيقدمُه فلما تقدم هاهنا كان الوطء حاصلًا في ملكه، ولما تعقب هناك صار الوطء حاصلًا في نصف جارية الغير فوجب نصف العُقر.

قالوا: ولا جائز[٤] أن يقال: تقدّم الملك على الإنزال لا على الوطء فيكون الوطء خارج ملكه فيجب العُقر، وذلك لأن استيلادَه بوطئه والجميع في حقيقة الوطء واحد. وربما يقولون الوطء إيلاج آلة مخصوصة في فرج، والإيلاجات الأُخَر دوام عليه، والإنزال نهايته، (والدوام على الفعل لا يكون له حكم فعل مُبتدأ فكذلك نهايته)[٥]، وزعموا أنه لو طلّق امرأته ثلاثًا في

(١) في (ز): بصحة.
(٢) ليست في (ز).
(٣) وهو قول الجمهور.
(٤) في (ز): يجوز.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

أثناء الوطء ودام عليه لم يجب عليه حد(١) ولا عُقر(٢).

وقد احتج مشايخهم المقدمون في هذه المسألة، وقالوا: إن الوطء فعل واحد، وقد أوجب كمال بدل النفس، فلم يجب معه ضمان ما دونه، [٢١٠/ب] كما لو جرح إنسانًا فسرى إلى النفس وجبت الدية للنفس، ولم يجب أرش الجناية.

❁ **الجواب:**

أما قوله: وَطَأَ(٣) ملك نفسه، ليس كذلك؛ لأن عند وطئه إياها لم يوجد سبب يتملكها به.

وأما قولهم: إنه ليس للأب في جارية الابن لا حقيقة الملك ولا حق ملك.

قلنا: الحقيقة مسلمة، أما الحق فلا نسلم، وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه، وعلى هذا لو تزوّج الأب جارية ابنه لا يجوز(٤)؛ لأن حق الملك انتصب مانعًا منه، لأن حق الشيء في منع النكاح مثل حقيقته كالعدة، ومثل شبهة البعضية في الرضاع، مثل حقيقتها في منع النكاح ونعني بالحق أن الجارية ملك الأب من وجهٍ مثل كسب المكاتب ملك للسيد من وجهٍ، ودليل ثبوت حق الملك للأب قوله عليه السلام: **(أنت ومالك لأبيك)**(٥) فإن لم يعمل هذا الظاهر في إثبات حقيقة الملك فلا أقل من عمله في إثبات حق الملك.

---

(١) في (ز): الحد.
(٢) في (ز): العُقر.
(٣) في (ز): إنه وَطَأَ.
(٤) ينظر: النكت: ورقة ٢٠٦/أ.
(٥) تقدم تخريجه في ص ١٨٩.




ويدل عليه: أنه لو وطئها ولم يعلَق سقط منه الحد، وكان سقوطه[١] لما بيَّنا.

وحرف الإلزام في هذا: أن الوطء كان زنا بالحظرية إذا صادف جارية الأجنبي فلو كانت الحظرية في جارية الابن مثلها في جارية الأجنبي كان زنًا وحين[٢] لم يكن زنا دل أنه وُجد سببُ[٣] ملك ولا يتصوّر خروج الوطء عن كونه زنا، إلا بوجود سبب إباحة أو سبب ملكٍ، وأما إباحة وطء الابن جاريته فلا يدل على انتفاء هذا الحق مثل إباحة الوطء في أم الولد، لا يدل على انتفاء حق العتق لها فكان[٤] المعنى فيه دفع الحرج والضرر عن الأبناء، كما أن في أم الولد كان إباحته الوطء مع ثبوت حق العتق للجارية، لانتفاء الحرج والضرر عن المولى، والجواب ظاهر مع هذا الاستشهاد.

وأما التبرع فاعلم أن حق ملك الأب لا يظهر في تصرفات الابن مثل ما لا يظهر حق السيد في تصرفات المكاتب إلا أن المكاتب لا يملك التبرعات[٥]؛ لأنه ليس من أهل التبرع، ولهذا لا يملك[٦] وإن أذن له السيد، وفي مسألتنا الابن من أهل التصرفات[٧] فنزّل هذا التصرف منزلة سائر التصرفات.

(١) في (ز): السقوط.
(٢) في (ز): وحيث.
(٣) في (ز): في سبب.
(٤) في (ز): وكان.
(٥) في (ز): التبرع.
(٦) في (ز): يملكه.
(٧) في (ز): التبرع.

وأما عذرهم عن الحد فليس بشيء، وقد قررنا على وجه لا يتأتى لهم عليه السؤال، والصورُ التي لا حقائق لها لا عبرةَ بها في الحكم، وتبطل بما لو زنا بابنته يجب عليه الحد، وتلك الصورة موجودة.

وأما الطريق الذي قالوه في تملك الجارية ففي غاية الضعف؛ لأنه لو كان بذلك الطريق كان التملكُ بغير شيء، كما أن التملك عند الحاجة إلى الطعام يقع بغير شيء، وأما الذي قلناه فطريق صحيحة[1] في تصحيح الاستيلاد، وإيجاب ضمان القيمة؛ لأن الاستيلاد صح لحق الملك ثم تَملّك[2] الجارية لصحة الاستيلاد لأن حق الملك لما نزّل منزلة حقيقة الملك في صحة الاستيلاد نزّل الاستيلاد في هذه الصورة منزلة استيلاد أحد الشريكين، ولأن الأب يحتاج إلى صيانة مائه عن الرق لأنه جزء منه، فتملّك الجارية على الابن حتى[3] صح استيلاده لتعلق ولده على الحرية، وهذه الطريقة أحسن مما قاله الأصحاب إنما[4] تقدّم الملك على الإنزال وإن كان تمشيته سهل المأخذ لكون الإيلاج والإنزال فعلين بدليل أنه يتصور الإيلاج والكف عن الإنزال، وبدليل أن مَنْ وطئ جارية ابنه ثم ورثها[5] في خلال الوطء وأنزل صارت[6] أم ولد له بالإجماع، فعرف بهذه المسألة أن تقدّم الملك على الإنزال كافٍ فيسقط بهذا كل ما قالوه في مسألة الجناية وسرايتها

(١) في (ز): صحيح.
(٢) في (ز): مَلَكَ.
(٣) في (ز): حين.
(٤) في (ز): من أنا.
(٥) في (ز): ورثها منه.
(٦) لم أجده في مظانه.

ليس له إلا فعل واحد وهو الجناية ويصير قاتلًا له بها، وإذا وجب بدل النفس سقط بدل الأجزاء وهذه الطريقة وإن كانت حسنة لكن الاعتماد عندي على الطريقة الأولى وهو مذهب الشافعي ﷺ ولهذا لا يجوز عنده أن يتزوّج الأب بجارية الابن[1]، وقد دخلت كلمات هذه المسألة في أثناء تلك المسألة ووقع[2] الاستغناء عن إفرادها بالذكر وإن كنا قد أفردناها في التعليق، وبعض أصحابنا زعم أن منع الأب من نكاح جارية الابن لوجوب إعفاف الأب على الابن لا لثبوت حق الملك[3]، وليس بشيء؛ لأن الإعفاف إذا وجب لم يجز للأب أيضًا أن يتزوج بجارية الأجنبي وليس تخصيص الابن بالمنع أولى ولأنه إذا لم يكن للابن مهر حرة ولا يبلغ ثمن الجارية مهر حرة لا يجوز للأب أيضًا أن يتزوج جاريته ووجوب[4] الإعفاف ساقط. [٢١١/أ] والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلة):

نكاح الأمة لا يجوز مع القدرة على نكاح الحرة عندنا[5].

وعندهم: يجوز[6]. وشرط نكاح الأمة هو العجز عن مهر الحرة،

---

(١) في (ز): ابنه.
ينظر: النكت: ورقة ٢٠٦/أ.
(٢) في (ز): فوقع.
(٣) النكت: ورقة ٢٠٦/أ.
(٤) في (ز): فوجوب.
(٥) الأم: ٩/٥، المهذب: ٤٦/٢، روضة الطالبين: ١٢٩/٧، النكت: ورقة ٢٠٥/ب، رؤوس المسائل: ورقة ٤٠/أ.
(٦) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٤١٧، المبسوط: ١٠٨/٥، بدائع الصنائع: ١٤٠٧/٣،=

وخشية العنت[١]. وعندهم: يجوز بلا شرط[٢].

❖ **لنا:**

أن نكاح الأمة عقد أبيح لضرورة فلا يجوز عند عدم الضرورة، وهذا الحرف يستغني[٣] عن المثال؛ لأنه مستقل بنفسه، شاهد له جميع أصول الشرع، وإنما الشأن في إثبات أنه أبيح للضرورة والدليل عليه ظاهر الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا﴾[٤] الآية، وقول القائل: مَنْ لم يستطع كذا فليفعل كذا، يكون نصًا في إباحة الثاني لضرورة فَقْدِ الأول مثل قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[٥] وكذلك قوله تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾[٦].

يبينه: أنه إذا جاز نكاح الأمة مع وجود الاستطاعة على نكاح الحرة بطل هذا التقييد ولغى هذا التعليق، ألا ترى أنه لا يستقيم أن يقال: فمن لم يستطع نكاح فلانة؛ فلينكح فلانة إذا كان يجوز نكاح كل واحدة منهما[٧] على السواء. وأما من حيث المعنى: فالدليل على أن نكاح الأمة جاز للضرورة هو أن في نكاح الأمة تعريض جزء منه للرق لأن الولد جزء منه، ويرق إذا

= فتح القدير: ٣/٢٣٤، رؤوس المسائل: ص ٣٨٧.

(١) الأم: ٥/٧، روضة الطالبين: ٧/١٢٩، ١٣١، ١٣٢.

(٢) ينظر: حاشية (٢).

(٣) في (ز): مستغنٍ.

(٤) سورة النساء، آية: ٢٥.

(٥) سورة المجادلة، آية: ٤.

(٦) سورة النساء، آية: ٩٢.

(٧) زيادة من (ز).

تزوج بالأمة وعلى الحر إكرام حُريته، ومن إكرام حريته أن لا يُعرضَ أجزاءه للرق، ولأن في الرق سلب النفس حكمًا فيكون أهلاكًا له من وجه، ولهذا المعنى صلُح عقوبة للكفار وجُعِل (نظير القتل)[١] فكما[٢] يُمنَع من إهلاك نفسه يُمنَع أيضًا من إهلاكه ولده، فثبت[٣] بما قلنا: أنه قام دليل يمنع نكاح الأمة، ولم يُعارضه دليل يُطلقه عند وجود مهر الحرة والقدرة على نكاحها فجعل حكمه المنع منه، فأما إذا عجز عن نكاح الحرة وخاف الزنا على نفسه وُجد في معارضة دليل المنع دليل مُطلقٌ وهو خوف الهلاك في الدنيا والآخرة، وهذا الهلاك فوق هلاك الولد بالرق فترجح دليل الإطلاق على دليل المنع؛ لأن خوف الهلاك بالزنا يُطلق فعلَ ما يُحصِّنُه عن الزنا، وفي نكاح الأمة ما يُحصّن عن هذا الهلاك في الحال، وفي ترك نكاح الأمة صيانة الولد عن الهلاك في المستقبل، وهو أيضًا هلاك من حيث الحكم لا من حيث الحقيقة، وهذا هلاك في الدنيا لا هلاك في الآخرة، فإذا ترجح دليل الإطلاق على دليل المنع أبيح وكانت إباحة ضرورة، والمعنيُّ بالضرورة هو شرط فقدان القدرة على نكاح الحرة، ولهذا المعنى لا يجوز نكاح الأمة إذا كانت تحته حرة، وليس يعرف معنى في هذه الصورة (أحسن مما)[٤] قلناه.

ويمكن أن يقال أن النكاح عقد ازدواج وسكن، والسكن والازدواج لا يتم بين الحر والأمة لشرفه وخستها؛ ولأنها مشغولة بحق الغير وهو السيد

---

(١) في (ز): عقوبة كالقتل.

(٢) في (ز): وكما.

(٣) في (ز): فدل.

(٤) في (ز): آخر غير ما.

وهو فارغ للقيام بحقوقها وعقد السكن والازدواج لا يتم بين فارغ ومشغول فكان القياس أنه لا يجوز نكاح الأمة أصلًا ولأن النكاح اقتدار شرعي بإباحة شرعية ولا يقتدر على الأمة شرعًا مثل ما يقتدر على الحرة فهذه وجوه تصلح لإيضاح الكلام بها والاعتماد على الأول. وذكر بعض مشايخنا[١]: أن نكاح الأمة بدل عن نكاح الحرة فالقدرة على الأصل تمنع المصير إلى البدل مثل (القدرة على)[٢] الماء تمنَع المصير إلى التراب، ودليل البدلية أن نكاح الأمة لا يجوز مع وجود نكاح الحرة لنقصانٍ فيها وسنذكر وجهَ ضعفِ هذا في حجتهم.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الأمة من جملة المحلّلات من النساء للرجال فلا يُشترط في جواز نكاحها وجود العجز عن نكاح غيرها.

دليله: الحرة، والدليل على أنها من جملة المحلّلات قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[٣] وهذا على عمومه، وأيضًا قال الله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[٤] الآية، وهذا عام في الحرائر والإماء لأنهن كلهن نساء، ولأن النكاح جائز لقضاء الشهوة وطلب النسل، والحرائر والإماء في هذا المعنى سواء، وهذا لأن الإناث أزواج الرجال خِلقة، والأمة من حيث أنها أنثى بمنزلة الحرة كالعبد من حيث أنه رجل بمنزلة الحر، قالوا:

(١) في (ز): أصحابنا.
(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٣) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٤) سورة النساء، آية: ٣.

وأما الآية فليس فيها أكثر من الأمر بنكاح الأمة عند فقد مهر الحرة، ونحن نقوله فإن عندنا إنما يُستَحب نكاح الأمة عند العجز عن نكاح الحرة مثل ما يُستحب نكاح الكافرة عند العجز عن نكاح [٢١١/ب] المؤمنة، والآية تناولت الأمر بنكاح الأمة لأن قوله تعالى: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ﴾[١] معناه فلينكح وهو أمرٌ وأقل المراد به الاستحباب وليس المراد به تعليق الإباحة بشرط العجز؛ لأن الإباحة بحسب الدليل وقد قام دليل إباحة نكاح الأمة قبل العجز عن مهر الحرة كما قالوا[٢]، وإذا قام دليل الإباحة صار الشرط المذكور في الآية لاستحبابه لا لإباحته. وربما يقولون منطوق[٣] الآية هو إباحة نكاح الأمة عند فقد طَول الحرة، والمنع عند الوجود مفهوم والمفهوم عندنا ليس بحجة، فإن طلبتهم فائدة التعليق بشرط عدم الاستطاعة فإن الفايدة ما بينا[٤] من قبل.

قالوا: وأما قولهم: إن في نكاح الأمة تعريض جزء منه للرق قالوا: إن[٥] ادّعيتم الإرقاق فهو في غاية[٦] البعد؛ لأن الماء لا يوصف بالحرية[٧] حتى يحكم فيه بالإرقاق، وإنما الولد يوصف بالرق والحرية، ولأن الرق يثبت في الولد ابتداء شرعًا بتبعية الأم، ووصف النكاح أو الوطء بالرق من المجازفات

(١) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٢) في (ز): بيّنا.
(٣) في (ز): منظوم.
(٤) في (ز): بينّاه.
(٥) في (ز): فإن.
(٦) في (ز): نهاية.
(٧) في (ز): بالرق أو الحرية.

التي ينبغي للمحققين أن يصونوا أنفسهم وألسنتهم عن مثل هذا، فأما لفظ التعريض على معنى أنه لو كان تزوّج بحرة بدل الأمة كان ولده حرًا أو إذا تزوج بأمة كان ولده رقيقًا، هذا مسلم، (ولكن لم)[1] قلتم بهذا العذر لا يجوز نكاح الأمة أو تخرج الأمة بهذا من أن تكون محلّلة له على الإطلاق وهذا لأنه إذا ثبت ابتداء بتبعيّة الأم لم يكن منه إرقاق حر (فلا معنى)[2] للمنع[3] منه.

قالوا: ولهذا جاز نكاح الأمة عند العجز عن نكاح الحرة وقد أدّى النكاح في هذه الصورة إلى ما قلتم ومع ذلك لم يُمنع منه.

وقولكم: جاز للضرورة طمع محال[4]؛ لأن الضرورة لا تتصوّر في باب النكاح فإن الصبر كيف ما كان ممكن عن نكاح الأمة والضرورة إنما تتحقق عند خوف الهلاك. إنما غاية ما في الباب أنه محتاج إلى نكاح الأمة لقضاء الشهوة وبالحاجات لا تباح المحظورات، ألا ترى أنه إذا كان تحته[5] حرة بالنكاح لا يجوز له نكاح الأمة وإن كان يوجد الحاجة لميل[6] القلب أو لغلبة[7] الشهوة ولأن الغُنية لا تقع بالواحدة بحال، لأنها تمرض وتنفس وتحيض وغير ذلك من العوارض، قالوا: ولهذا لا يجوز نكاح المجوسية وإن خاف أن يزني بها ولا يجوز النكاح بغير الشهود[8]، وإن كان الرجل والمرأة

(١) في (ز): فلم.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): لا منع.
(٤) في (ز): في محال.
(٥) في (ز): عنده.
(٦) في (ز): بميل.
(٧) في (ز): غلبة.
(٨) في (ز): شهود.

في مفازة وليس معهما أحد، وخاف أن يواقعها بحرام، وهذا فصل مشكل لابد من الاعتناء في الجواب عنه، واستدلوا بفصل العزل، قالوا: يجوز للواطئ أن يعزل عن الحرة بإذنها وعن الأمة بغير إذنها، وفيه إهلاك الولد بإعدامه وهو فوق الإرقاق بإعدام وصف الحرية وكذلك ألزموا إذا كان عنده أمة فتزوّج بحرة[1] يبقى نكاح الأمة على الصحة ويرق ولدها ويحل له وطئها، وفي وطئها تعريض ولده للرق أو إرقاقه على ما زعم بعض أصحابكم مع الغُنية عنها، وهذا فصل مشكل أيضًا في المسألة.

واستدلوا بفصل العبد وصورته إذا قال السيد له تزوّج بحرة إن شئت أو أمةٍ يجوز له نكاح الأمة مع القدرة على نكاح الحرة. ووجه تعلقهم بهذا: أن الأمة إذا كانت محلّلة للعبد على الإطلاق فالحر أولى؛ لأن الرق مانع من النكاح والحرية مُطلقة للنكاح بدليل أن الحر ينكح أربعًا والعبد لا ينكح إلا اثنتين؛ ولأن الحر والعبد يستويان في جميع الموانع من النكاح بدليل الرضاع والنسب وغير ذلك فإذا لم يكن هذا مانعًا في حق العبد لا يكون مانعًا في حق الحر، قالوا: وأما إذا كان تحته حرة: منهم مَنْ قال لم يجز لقول علي رضي الله عنه **(لا تنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة)**[2]، ومنهم مَنْ روى مرفوعًا.

واعتذر القاضي أبو زيد[3] عن هذا الفصل بما ادّعاه في مسألة عدد

---

(١) في (ز): حرة.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه موقوفًا ولفظه: (لا تنكح الأمة على الحرة أو لا تنكح الحرة على الأمة): ٤/١٤٨.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٤٣٢.

الطلاق أنه معتبر بالرجال أو النساء وهو أن الحِلّ على النصف في حق الأمة بالرق مثل ما هو على النصف في حق العبد إلا أنه لا يظهر في نفس الحِلّ ويظهر في أحكام الحِلّ مثل العدة والقسم والطلاق كذلك يظهر في أحوال إباحة النكاح فيحل نكاح الحرة في حالتين قبل الأمة وبعد الأمة ويحل نكاح الأمة في حالة واحدة وهي قبل الحرة لا بعد الحرة، فأما إذا جمع بينهما يصح نكاح الحرة ويبطل نكاح الأمة؛ لأن كل واحدة مضمومة إلى الأخرى، وضم الأمة إلى الحرة لا يجوز، وضم الحرة إلى الأمة يجوز فإن اعتبرنا في [٢١٢/أ] الأمة ضمها إلى الحرة لا يجوز، وإن اعتبرنا ضم الحرة إليها يجوز، فيجوز من وجهٍ ولا يجوز من وجهٍ، فلا يجوز.

قالوا: وأما لفظ البدلية فلا يصح ولا يكون العقد في محلٍ بدلًا عن العقد في محلٍ آخر بحال وهذا لأن النكاح من جملة المباحات والأبدال إنما تدخل في الواجبات لأنه لا رخصة في تركها فيقام شيء مكان شيء لئلا يبقى في عهدة الواجب، فأما ما يباح تركه فيجوز أن لا يفعله أصلًا فكيف يجعل له بدل وخلف؟ وأيّ ضرورة في أن يجعل الثاني خلفًا له[١]، بل يكون مباحًا في نفسه[٢]، وأيضًا يجوز أن يجتمع عنده حرة وأمة بالنكاح، إذا[٣] تزوج بأمة ثم بحرة ولا يتصور اجتماع البدل والمبدل في موضعٍ ما وأيضًا يجوز أن يكون وجود[٤] الشيء مانعًا من فعل الشيء ثم وجود بدله لا يكون مانعًا، فإن عندكم وجود بنت المخاض يمنع أداء ابن

---

(١) في (ز): عنه.
(٢) في (ز): نفسه كما يكون الأول مباحًا في نفسه.
(٣) في (ز): إذا كان قد.
(٤) ليست في (ز).

اللبون ثم إذا عُدِمَ (عنده فَبَدَلَه)[١] لا يمنع منه[٢].

❁ الجواب:

أما دعواهم أنها من جملة المحلّلات كالحرة (على الإطلاق)[٣]، ليس كذلك، كما سبق ذكره، وأما الآيتان اللتان استدلوا بهما وردتا في الحرائر لا في الإماء، وكيف يدعي أن قوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[٤] وارد في الإماء والحرائر وقد استأنف بعده حكم نكاح الإماء وكذلك قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[٥] يتناول الحرائر بدليل (أنه قال)[٦] في آخر الآية ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[٧] وهذا لا يتصور في الإماء.

وأما الباقي الذي ذكروه فلا نقول إنَّ التحليل في الحرائر بما قالوا[٨] إنما هو بتحليل الشرع فحسب، وعلى أنه إن كان بما[٩] قالوه، فقد عارض دليل الإباحة دليل المنع، وأما كلامهم على الآية فضعيف جدًا؛ لأن هذه الإباحة في هذه المواضع إنما وردت في بيان الإباحة لا في بيان الاستحباب

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٥) سورة النساء، آية: ٣.
(٦) ليست في (ز).
(٧) سورة النساء، آية: ٤.
(٨) في (ز): قالوه.
(٩) في (ز): لما.

ولا في بيان الإيجاب فلا يجوز تغيير الجهة التي وردت فيها هذه الآيات، وأما تعليقه[١] بشرط عدم الاستطاعة فهو متعلق عظيم لأنه منع من جوازه عند وجود الاستطاعة، وقولهم: إذا أقام دليل الجواز يجوز، قلنا: فلا تكون الإباحة معلقة بهذا الشرط إذًا وليس هو بمنزلة المفهوم الذي ظنوه؛ لأن ما عُلِّق إباحتُه بشرط لا يتصوّر وجوده قبل الشرط؛ لأنه يتضمن إبطال الشرط، وأما فصل تعريض الولد للرق على ما سبق بيانه فهو ظاهر ولا ندّعي الإرقاق إنما ندّعي هذه القدر. فإن قالوا: لم قلتم أنه[٢] يحرم بهذا القدر نكاح الأمة؟ قلنا: يحرم على طريق الكرامة لهذا الحر، والحرية سبب لجلب الكرامات (مثل الإسلام)[٣] فإذا حرم على المسلم نكاح المجوسية كرامة له ولإسلامه فليحرم على الحر نكاح الأمة كرامة له ولحريته والتحريم في الأنكحة بطريق الكرامات أصل صحيح على ما سبق بيانه، بل هذا أولى؛ لأن ولد المسلم من الكافرة يكون مسلمًا تبعًا له وولد الحر من الأمة يكون رقيقًا تبعًا لها. فإذا عرف هذا فيخرج عليه فصل العاجز عن نكاح الحرة، فنقول: إذا لم يجد مهر حرة وخاف العنت يخرُج التحريم عن كونه كرامة؛ لأن الشيء إنما يكون كرامة ما لم يُدخله في العنت[٤] ولم يُعطله عن نعمةٍ من نعم الله تعالى، فأما إذا أدخله في عنتٍ وعطّله عن نعمةٍ من نعم الله تعالى مثل النكاح خرج عن أن يكون كرامة (وجاء زمانُ الإطلاق)[٥]، فإن قالوا: فلم لا يجوز نكاح

---

(١) في (ز): تعلقهم.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): كالإسلام.
(٤) في (ز): عنت.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

المجوسية إذا خاف العنت؟ قلنا: لا يتصور، لأن مَنْ قدر على مهر مجوسية يقدر على مهر مسلمة؛ لأن كل ذي دين يعتقد الفضل لدينه وإنما يجوز أن يقدر على مهر الأمة ولا يقدر على مهر الحرة؛ لأن كل أهل(١) الأديان مجتمعون(٢) على دنأة الإماء، والإنسان لا يُسوِّي بين أمته وابنته في المهر، وكل الآباء يسوون بين مهور بناتهم إذا استوت أحوالهم، وهذا جواب بين، وقد وقع التقصّي عن عهدة هذا الإشكال. ويجوز أن يقال إن الضرورة تتحقق بتحقيق خشية العنت من الله تعالى؛ لأن معنى قوله ﴿ذَٰلِكَ لِمَنۡ خَشِيَ ٱلۡعَنَتَ مِنكُمۡ﴾(٣) أي خشي الهلاك بالزنا، والجواب(٤) المعتمد هو الأول، وأما فصل العزل قلنا: ليس في العزل تعريض جزء منه للرق إنما هو ترك طلب الولد، وترك طلب الولد مثل ترك طلب المال، وفي مسألتنا نكاح الأمة يتضمن طلب الولد بوصف الرق وفي الرق تلف على ما سبق ونظيره طلب المال وكسبه لتضييعه لا يجوز، إنما ترك طلب المال يجوز، [٢١٢/ب] كذلك هاهنا، ترك طلب الولد يجوز ولا يجوز طلبه وإتلافه.

وأما قولهم: إذا تزوج بأمة ثم بحرة بعدها قلنا: نحن ما ادّعينا أن نكاح الأمة بدل ولكن ادعينا إن نكاح الأمة تعريض جزء منه للرق، وهذا التعريض في عقد النكاح لأنه سبب الوطء ولا يمكن اعتبار نفس الوطء لأنه أمر باطن قَلَّ ما يوقَفُ عليه، فالشرع اعتبر سببه وهو النكاح، كما أنهم اعتبروا في سبب

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): مجمعون.
(٣) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٤) ليست في (ز).

حرمة المصاهرة البعضيّة ثم نقلوا إلى المسبب كما بينا، وإذا جعلنا سبب التعريض للرق هو النكاح وقد مضى من قبل فنقول: استدامة (نكاح الأمة)[١] بعد نكاح الحرة بمنزلة استدامة التعريض للرق لا كابتداء التعريض.

يبينه: أن النكاح الصحيح لا يمكن إبطاله إلا بسبب وضع لإبطاله أو سبب ينافيه ولا يوجد في نكاح الحرة واحد من هذين في نكاح الأمة، وأما المنع ابتداء كرامة فجائز، وأما قطع النكاح كرامة فلا يوجد في موضعٍ ما فلا يمكن إثباته، وأما العذر الذي قالوه فيما لو كان تحته حرة فدعوى لا يمكن تحقيقها لأنه تنصيف الحِلّ وهو مما لا يقبل التنصيف بحال، وسنذكر هذا في مسألة عدد الطلاق ونبين الجواب عن المسائل التي أوردوها وعلى أن هذا العذر يناقض الأصل الذي قالوه (من قولهم)[٢]: إن الأمة محلّلة على الإطلاق فإنها إذا كانت كذلك فينبغي أن تكون في الحِلّ بمنزلة الحرة وهم يقولون بالرق يتنصف الحِلّ، ثم الأمة في هذا الشطر كالحرة في الكل، وهذا كنكاح العبد في المرأتين مع نكاح الحر في الأربع وكحد العبد في الخمسين مع[٣] حد الحر في المائة والجواب على ما سبق، والله أعلم.



(١) في (ز): النكاح للأمة.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): مثل.

❋ (مَسْأَلة):

نكاح الأمة الكتابية عندنا باطل[١].

وعندهم: جائز[٢].

والكلام في هذه المسألة بناء على الأصل الذي قلناه[٣] في المسألة الأولى وهو أن نكاح الأمة جائز ضرورة[٤]، وقد ارتفعت الضرورة بنكاح الأمة المسلمة فلم يجز الأمة[٥] الكتابية؛ لأنه لا ضرورة وجواز نكاح الأمة[٦] المسلمة لا يدل على جواز نكاح الأمة[٧] الكتابية؛ لأن المسلمة طاهرة طيبة بإسلامها، والكافرة[٨] خبيثة نجسة[٩] بكفرها، فإذا ارتفعت الضرورة بالطاهرة لم يجز نكاح مَنْ لا يساويها في الطهارة ولا ضرورة وهذا كالمضطر إذا وجد طعام الغير لم يجز له تناول الميتة والدم، وليس كالكتابية الحرة حيث تساوي المسلمة[١٠]؛ لأن نكاحها لم يجز للضرورة فالشرع

(١) الأم: ٥/٧، النكت: ورقة ٢٠٦/أ، المهذب: ٢/٤٥، روضة الطالبين: ٧/١٣٢، رؤوس المسائل: ورقة ٤٠/أ، مغني المحتاج: ٣/١٨٥.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٤٣٩، المبسوط: ٥/١١٠، بدائع الصنائع: ٣/١٤١٤، ١٤١٥، رؤوس المسائل: ص ٣٨٨.

(٣) في (ز): قدمناه.

(٤) في (ز): للضرورة.

(٥) زيادة من (ز).

(٦) زيادة من (ز).

(٧) زيادة من (ز).

(٨) في (ز): والأمة الكتابية.

(٩) ليست في (ز).

(١٠) في الأصل و(ز): المسلم، والتصويب من المحقق.

أعرض (من حيث كفرها)[1] في هذا المحل بحرمة الكتاب، فجاز مع القدرة على الحرة المسلمة إلا أنها في الشرع دون الحرة[2] المسلمة حتى إن نكاح المسلمة يستحب ونكاح الكتابية[3] مكروه، أما نكاح الأمة المسلمة لما كان جوازه ضرورة ونكاح الأمة الكافرة لا يوازيه شرعًا ولا لها طهارة مثل طهارتها فلم يجز بجوازه، ويمكن أن نتعلق بمجرد النص وهو أن الأصل لما كان في الشرع أن لا يجوز نكاح الأمة وإنما جُوّز بالنص والنص ورد في الإماء المسلمات بدليل قوله تعالى: ﴿مِّن فَتَيَـٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتِ﴾[4] لم نُعد الجواز موضع النص.

وأما هم يقولون: أن الإماء في محلية الحِلّ مثل الحرائر على ما سبق في المسألة الأولى فإذا جاز نكاح الحرة الكتابية فكذلك (جاز نكاح)[5] الأمة الكتابية.

۞ والجواب:

(على ما)[6] سبق، وأما ما ذكره الأصحاب أنه اجتمع في الأمة الكتابية نَقْصَانِ مانعان، وهما الرق والكفر ففي غاية الضعف فإنهم لا يسلمون أن الرق مانع من النكاح، وإنما يؤثر في تنصيف الحِلّ والكفر مانع في الرجال

(١) في (ز): عن خبثها.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): الكافرة.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): قد.

دون النساء، وليس كل ما يؤثر في النكاح في الجملة إذا اجتمع منه اثنان يمنع أصل النكاح كالمجنونة الكتابية، والصغيرة الكتابية.

والحرف: أن الرق والكفر واحد منهما لا يمنع أصل النكاح(١) في المرأة، وهو إذا كانت المرأة أمة أو كافرة كتابية يجوز للمسلم نكاحها فإذا اجتمعا لا يمنع ولأي معنى يَصيرانِ مانعينِ من أصل النكاح. وقال بعض أصحابنا: تغلَّظ الكفر في مسألتنا بأثر من آثاره وهو الرق فمنع النكاح كما لو تغلّظ بعدم الكتاب ويقال على هذا تغلّظ الكفر بالرق لا يتصور لأن الكفر كسب العبد والرق حكم الشرع ولا يتصور تغلظ كسب العبد بحكم الشرع، نعم يجوز أن يقال إنه عقوبة على الكفر، [٢١٣/أ] أما التغلّظ بالرق(٢) فلا يعرف بخلاف التمجس، فإنه يُغلّظ الكفر بلا إشكال وَكُفْرُ مَنْ يعبد اثنين ولا يُنتسب إلى نبي من أنبياء الله وليس له حرمة كتاب من كتب الله تعالى أغلظ ممن له هذه الأشياء والاعتماد على القدر الذي سبق، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا تزوج الكافر أختين أو أكثر من أربع نسوة ثم أسلم وأسلمن يُخير الزوج بين الأختين يختار أحدهما، ويخلى الأخرى، وفي الخمس يختار أربعة، ويُخلي الخامسة ولا فرق بين أن يتزوجهن (معًا معًا)(٣) أو متعاقبًا(٤)،

---

(١) في (ز): النكاح للمسلم.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): جميعًا.

(٤) الأم: ١٤٧/٥، النكت: ورقة ٢٠٧/أ، المهذب: ٥٢/٢، رؤوس المسائل: ورقة ٤٠/ب،=

وهو قول محمد بن الحسن[1]. وعند أبي حنيفة وأبي يوسف أن تزوجهن معًا معًا[2] بطل النكاح في الكل وأن تزوجهن متعاقبًا صح نكاح الأربع الأوائل وبطل نكاح الأواخر، وفي الأختين يصح نكاح الأُولى، ويبطل نكاح الأخرى[3][4].

❁ لنا:

ما روى سالم عن أبيه وهو ابن عمر **(أن غيلان[5][6] بن سلمة الثقفي أسلم وتحته عشر نسوة فأمره النبي صلى الله عليه أن يختار منهن أربعًا)**[7]،

= شرح السنة، للبغوي: ٩/٩١، مغني المحتاج: ٣/١٩٦.

(١) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٤٥، مختصر الطحاوي: ص ١٨٠، شرح السير الكبير: ٥/١٨٢٠، الحجة على أهل المدينة: ٣/٣٩٦، ٣٩٧، المبسوط: ٥/٥٣، البدائع: ٥/١٥٠٨.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): الثانية.

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٤٥، مختصر الطحاوي: ص ١٨٠، المبسوط: ٥/٥٣، فتح القدير: ٣/٤٣٢، شرح السير الكبير: ٥/١٨٢٠.

(٥) في (ز): ابن غيلان.

(٦) غيلان بن سلمة الثقفي، أسلم بعد فتح الطائف، وكان تحته عشر نسوة في الجاهلية، فأمره رسول الله ﷺ أن يتخير منهن أربعًا، توفي في آخر خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه. ينظر: الإصابة: ٣/١٨٦ ـ ١٨٧.

(٧) رواه الترمذي في سننه ٢/١٩٠، مع تحفة الأحوذي، قال الترمذي: «هكذا رواه معمر عن الزهري عن سالم بن عبد الله عن أبيه، وسمعتُ محمد بن إسماعيل البخاري يقول: «هذا حديث غير محفوظ». وابن ماجه في سننه، رقم (١٩٥٣).
والدارقطني في سننه: ٣/٢٦٩ ـ ٢٧٠. والطحاوي في شرح معاني الآثار: ٣/٢٥٣.
والبيهقي في سننه: ٧/١٤٩، ١٨١. وقال في الإرواء: أنه صحيح، وقد أطال في تخريجه وذكر طرقه: ٦/٢٩١.

وفي رواية أن النبي ﷺ قال: (**امسك منهن أربعًا**)[١]، وروى هشيم[٢] عن[٣] مغيرة[٤] عن الربيع[٥] بن قيس أن جده الحارث بن قيس[٦] أسلم وعنده ثمان نسوة فأمره النبي ﷺ (**أن يختار منهن أربعًا**)[٧]، وروى أبو وهب[٨] الجيشاني عن الضحاك[٩] بن فيروز[١٠] الديلمي عن أبيه قال: أسلمت وعندي

---

(١) رواها الإمام أحمد في المسند بلفظ «خذ منهن أربعًا»: ٢/٤٤.

(٢) في الأصل: هشام، والتصويب من (ز).
وهو هشيم بن بشير بن القاسم بن دينار السلمي، أبو معاوية الواسطي ثقة، ثبت كثير التدليس والإرسال الخفي، من السابعة، مات سنة: ١٨٨هـ. روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٣٦٥.

(٣) في الأصل: ابن، والتصويب من (ز).

(٤) مغيرة بن مقسم الضبي مولاهم أبو هشام الكوفي الأعمى، ثقة متقن إلا أنه كان يدلس ولاسيما عن إبراهيم، من السادسة، مات سنة: ١٣٦هـ على الصحيح، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٣٤٥.

(٥) الربيع بن قيس أو قيس بن الربيع، ذكره ابن سعد في الطبقات في ترجمة محمد بن بكار: ٧/٣٤٧.

(٦) قيس بن الحارث بن حذافة الأسدي ـ وقيل الحارث بن قيس. كذا جاء بالتردد، والثاني أشبه؛ لأنه قول الجمهور، وجزم بالأول أحمد بن إبراهيم الدورقي وجماعة، وبالثاني البخاري وابن السكن وغيرهما، وقال ابن حبان: قيس بن الحارث الأسدي، له صحبة، وقال ابن حاتم مثله، قال: أسلمت وعندي ثمان نسوة... الحديث، روى عنه الحميضة الشمرول. انتهى.
طبقات ابن سعد: ٦/٦٠، الإصابة: ٣/٢٣٣.

(٧) رواه الدارقطني في سننه بهذا الإسناد: ٣/٢٧١، وابن سعد في الطبقات: ٦/٦٠.

(٨) أبو وهب الجيشاني المصري قيل اسمه ديلم بن هوشع وقال ابن يونس هو عبيد بن شرحبيل مقبول من الرابعة روى له أبوداود والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب ص٤٣٢.

(٩) الضحاك بن فيروز الديلمي الفلسطيني، مقبول من الثالثة، روى له أبو داود والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص ١٥٥.

(١٠) فيروز الديلمي اليماني، صحابي له أحاديث وهو الذي قتل الأسود الذي ادعى النبوة في=

أختان (**فأمرني النبي ﷺ أن أفارق إحديهما**)[1]. وفي رواية (**أمرني أن اختار إحديهما**)[2].

وعن عمرو[3][4] بن أبي[5] سلمة أن الأوزاعي[6] سئل عن مَنْ أسلم وتحته أختان فقال: لولا الحديث الذي جاء فيه لقلتُ: يمسك الأولى[7]، فهذا (فتوى الأئمة)[8]، وَتَرَكَ الرأي بالسنة والأخبار نصوص ولا مطمع للخصوم[9] في تأويلها؛ لأن غاية ما قالوه أن المراد باختيار الأربع ابتداء النكاح، وليس بشيء؛ لأنه قال في رواية: (**امسك منهن أربعًا**)[10] وهذا نص في الإمساك بالنكاح الأول؛ ولأن الإمساك بالعقد إنما يكون بعقدٍ قائمٍ وأمر النبي ﷺ في حديث فيروز الديلمي أن يفارق إحدى الأختين وهو صريح فيما ذهبنا إليه،

= زمن النبي ﷺ، ومات في زمان عثمان، وقيل في زمن معاوية، روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٢٧٧.

(١) رواها الترمذي في سننه: ٢/١٩٠ مع تحفة الأحوذي، وقال: حديث حسن غريب، والدارمي في سننه: ٣/٣٧٤.

(٢) رواها الدارقطني في سننه: ٣/٣٧٣.

(٣) في (ز): عمر.

(٤) هو عمرو بن أبي سلمة التنيسي أبو حفص الدمشقي مولى بني هاشم، صدوق له أوهام من كبار العاشرة، مات سنة: ٢١٣هـ. روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٢٦٠.

(٥) زيادة من (ز).

(٦) عبد الرحمن بن عمرو بن أبي عمرو الأوزاعي أبو عمرو، الفقيه، ثقة، جليل، من السابعة، مات سنة: ١٥٧هـ. ينظر: التقريب: ص ٢٠٧.

(٧) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٧٤.

(٨) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٩) في (ز): للخصم.

(١٠) تقدم تخريجها كما عند أحمد: ٢/٤٤ في المسند.

وكذلك لفظ الاختيار يفيد تفرد المختار بالخيار كما لو قال لامرأته: اختاري، ومثل الخيار في جميع المواضع ولا يتصور هذا في ابتداء النكاح، والسنة معتمدة (في الباب)[١]، وهي مُغنية عن الشروع في القياس ولئن شرعنا في القياس نقول[٢]: الأنكحة وقعت على الصحة والطارئ تحريم البقاء على الجمع، وإذا بطلنا نكاح إحديهما زال الجمع فيبقى نكاح الأخرى صحيحًا على ما كان (من قبل)[٣]، وثبت[٤] للزوج الخيار[٥] في اختيار[٦] إحديهما مثل مَنْ طلق إحدى امرأتيه له الخيار يختار إحديهما ويخلي سبيل الأخرى، كذلك هاهنا، ودليل صحة الأنكحة أن أنكحة الكفار كيف ما عقدوا صحيحة شرعًا بدليل قوله ﷺ: **(وُلدتُ من نكاح ولم أولد من سفاح)**[٧]، ونحن نعلم قطعًا ويقينًا أن أباه صلوات الله عليه لم يعقد على وفاق المشروع[٨]، وقال الله تعالى في سورة تبت ﴿وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ﴾[٩] فسماها[١٠] امرأة له فدل

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): فنقول.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): يثبت.

(٥) الاختيار.

(٦) ليست في (ز).

(٧) رواه البيهقي في سننه: ١٩٠/٧، عن ابن عباس، وسنده ضعيف، ومحمد بن سعد في الطبقات من طريق عائشة، وفيه الواقدي. وينظر: تخريجه في: التلخيص الحبير: ١٧٦/٣، وفي إرواء الغليل: ٣٢٩/٦ ـ ٣٣٤، وقال الألباني في الإرواء: «الحديث من قسم الحسن لغيره عندي» ا. هـ: ٣٣٤/٦.

(٨) في (ز): الشرع.

(٩) سورة المسد، آية: ٤.

(١٠) في (ز): فقد سماها.

على صحة النكاح، ولأنهم أجمعوا أن من تزوّج بأختين معًا فماتت إحداهما ثم أسلم هو والأخرى بقيا على النكاح[١]، وكذلك إذا تزوّج بخمسٍ معًا وماتت واحدة منهن ثم أسلم وأسلمن (بقوا على النكاح)[٢].

يدل عليه: أنا لو قلنا بفساد أنكحة الكفار أدّى (ذلك إلى أمر)[٣] عظيم وهو فساد الأنساب في أولاد الكفار وقد كانت عامة الأنبياء صلوات الله عليهم أولاد الكفار وعلى الخصوص نبينا صلوات الله عليه وكذلك وجوه الصحابة من المهاجرين والأنصار فيؤدّي القول بإبطال أنكحة الكفار إلى فساد أنساب هؤلاء وهذا لا يقوله مسلم، فالشرع جوَّز أنكحتهم إذا عقدوها على تدين منهم، وشرط[٤] يعهدونه في ملتهم دفعًا لهذه المفاسد، وأما بيان أن المحرم بعد الإسلام هو البقاء على الجمع ظاهر وكذلك بيان قولنا إن الجمع يزول بتحريم إحدى الأختين أو الخامسة.

يبينه: أن التفريق ضد الجمع، فإذا جاء التفريق كيف يبقى ضده، فوضحت القاعدة من هذا الوجه وصحت[٥].

۞ أمّا حجّتهم:

قالوا: المحرم هو الجمع وهو بعد الإسلام جامع يعني[٦] بين الأختين

---

(١) لم أجده في مظانه.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): إلى شيء.

(٤) في (ز): وَعَهِدوا بشرط...

(٥) ليست في (ز).

(٦) ليست في (ز).

والخمس؛ لأن الجمع فعل ينطلق على البقاء مثل ما ينطلق على الابتداء مثل اللبس والركوب، والسكنى حتى لو حلف أن لا يركب [٢١٣/ب] ولا يلبس ولا يسكن وهو مباشر هذه الأشياء فإنه يحنث؛ ولأن الجمع فعل حسي يقبل التوقيت وإذا[1] قبل التوقيت بيوم أو بيومين[2] أو شهر فعلى القطع نعلم أن فعل الجمع يوجد منه في البقاء مثل ما يوجد في الابتداء، وإذا ثبت أنه جامع بين الأختين والخمس بعد الإسلام فيحرم نكاح الكل كما لو جمع ابتداء، وهذا لأن الجمع حصل بالكل على وجهٍ واحدٍ، وحظ كل واحدة[3] مثل حظ الأخرى، وإذا[4] استوى الكل في المفسد فسد الكل وهذا بخلاف ما إذا تزوّج بأختين أو الخمس متعاقبًا لأن الجمع حصل بالأخيرة فالفساد يختص بها، ألا ترى بعد[5] الإسلام لو جمع بين الأختين معا يبطل نكاحهما، ولو تزوّج بإحديهما ثم بأخرى بطل نكاح الثانية، ألا ترى أن السفينة المملؤة إذا طَرَحَ فيها عشرة أمنان حديد فغرقت يكون الضمان عليه خاصة ولو طَرَحَ الكل معًا حتى غرقت وجب الضمان على الكل.

قالوا: وأما صحة نكاحهم فلا ننكر أن أنكحتهم لم تبطل لقصور الخطاب عنهم بإنكارهم البلاغ وعدم ولاية الإلزام لكن إذا وُجد الإسلام وتحقق البلاغ وهو فاعل فعل[6] الجمع وقد جُعل كالمتجدد ساعة فساعة

---

(١) في (ز): فإذا.
(٢) في (ز): بأسبوع.
(٣) في (ز): واحدة منه.
(٤) في (ز): فإذا.
(٥) في (ز): من بعد.
(٦) ليست في (ز).

صار[١] بمنزلة ما لو ابتدأ الجمع. وقالوا: على قولنا إنا إذا أبطلنا نكاح إحديهما زال الجمع، (وفي الابتداء أيضًا إذا فسدنا نكاح أحدهما زال الجمع)[٢].

وحرفهم: على هذا أن الجمع بالكل فالفساد (راجع إلى)[٣] الكل، قالوا[٤]: وأما الطلاق إنما أضيف إلى واحدة من النسوة فكيف يعم الكل؟ وفي مسألتنا الجمع محرّم وهو حاصل بالكل، ولأن الزوج بطلاق إحديهما أبهم الطلاق فإذا كان هو المُبهم فالبيان إليه.

يبينه: أنه هو المثبت على الإبهام فيكون إليه بيان ما أثبته وفي مسألتنا سبب الحرمة ما يثبت به فكيف يقدر على التعيين وليس هو بمجملٍ؟ وإذا تحقق العجز عن البيان شاعت الحرمة، ونظيره إذا أعتق أحد عبديه يقال له: بيّن لأنه هو المعتق فإذا مات لا يقال للوارث بيّن ويشيع العتق ويُقسم بين العبدين لأنه لم يكن منه إبهام فلا يطلب التعيين منه، قالوا: وأما إذا فارق إحدى الأختين أو الخامسة ثم أسلم وأسلمن فهناك لم يبق الجمع الحرام بعد الإسلام، حتى يصير كأنه أنشأ إنما بقي الجمع الحلال بعد الإسلام فصار كأنه أنشأ الجمع بعد الإسلام على هذا الوجه فمضى على الصحة قالوا: ونظير ما قلنا كله إذا جمع بين صغيرتين وأرضعتهما امرأة فإن الحرمة تشيع فيهما ولا فرق بينهما؛ لأن الأُختية بين الرضيعتين ثبتت الآن، والحرام هو الجمع بين الأختين، وفي مسألتنا كان الجمع بين الأختين موجودًا ولكن الحرام هو

---

(١) في (ز): فصار.

(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٣) في (ز): يعم.

(٤) ليست في (ز).

الجمع بين الأختين في الإسلام وقد وُجد الآن ثم هناك شاعت الحرمة، كذلك في مسألتنا وأوردوا هذا الفصل على قولنا: إن الجمع يزول بتحريم إحدى الأختين فإن هذا موجود في الرضعتين ومع ذلك حَرُم كلتاهما وهو إشكاله عظيم في المسألة على ما قرروا.

❁ **الجواب:**

إن قولهم: إن المحرم هو الجمع وهو بعد الإسلام جامع.

قلنا: يمكن أن يقال أن (البقاء على)(١) الشيء(٢) غير وفعل الشيء غير، وقد قالوا: مثل هذا في الوطء (فإنهم قالوا)(٣): إن البقاء على الوطء ليس بوطءٍ وهو فعل أيضًا يقبل التوقيت غير أن الأولى أن لا ننازع في هذا، ونقول: ما قلتم، مُسلّم، ولكن الجمع يزول بتحريم إحدى الأختين، وقد حصل أصل الجمع على الصحة فلا سبب في إفساد نكاح الأخرى.

وقوله(٤): إن الجمع حصل بالكل.

قلنا: بلى، ولكن ننظر إلى الواجب فنقول: الواجب إزالة الجمع وقد أزلنا.

وقولهم: إنه يصير كما لو ابتدأ.

قلنا: ولِمَ والبقاء يقطع عن الابتداء في كثير من المواضع وهذا لأن الواجب في الابتداء ترك فعل الجمع وفي البقاء الواجب قطع الجمع، وَمَنْ

---

(١) في (ز): الفاعل.
(٢) في (ز): للشيء.
(٣) في (ز): ليست في (ز).
(٤) في (ز): قولهم.

نُهي عن فعل شرعي إذا[1] أقدم عليه يفسد، وهم يقولون إذا كان في البقاء هو فاعلًا[2] للجمع حقيقة فالواجب عليه أيضًا ترك فعل الجمع مثل الابتداء، ويقال على هذا هو مباشر جمعًا صحيحًا استمر عليه فعلًا[3] وفي الابتداء هو مباشر[4] فعل الجمع لم يكن من قبل.

ثم الجواب المعتمد: أن في الابتداء ليس إحدى الأختين بإبطال نكاحها بأولى من الأخرى، وإثبات النكاح ابتداءً في إحدى الأختين والتخير[5] لم يرد به الشرع في موضعٍ مَّا حتى يثبت هذا على مثاله، ألا ترى أنه [٢١٤/أ] لو تزوج إحدى الأختين ليتخير لم يجز. وأما هاهنا قطع[6] النكاح عن إحدى المرأتين والتخيير وَرَدَ به الشرع، ألا ترى أنه لو طلق إحدى امرأتيه ليتخير جاز.

والحرف: أن هناك لم يمكن تصحيح نكاح إحدى الأختين ابتداءً وإثبات الخيار له، كما لو تزوج ابتداء وفي مسألتنا يمكن تحريم إحدى الأختين وإثبات الخيار له، كما لو طلق ابتداءً وليس ما تعلقوا به إلا اعتبار محلٍ بمحلٍ في حكم، فإذا فرق بالحكم الشرعي وقع الفرق، والذي قالوه: إن الطلاق في أحدهما والجمع (في الكل قد أجبنا)[7]، وعلى أن قوله «طلّقتُ إحديكما»

(١) في (ز): فإذا.
(٢) في (ز): فاعل.
(٣) في (ز): فعله.
(٤) في (ز): منشئ.
(٥) في (ز): التخيير.
(٦) في (ز): فقطع.
(٧) في (ز): بالكل أجبنا عنه.

عام فيهما وحظ كل واحدة من هذه اللفظة مثل حظ الأخرى.

وقوله[١]: هو المجمل في الطلاق.

قلنا: وفي مسألتنا الشرع مجمل، لكن في رفع نكاحٍ صح من قِبله ولو رَفَعَ هو نكاح إحدى الأختين أعني قبل الإسلام استغنى عن رفع الشرع فالشرع في رفع نكاح إحدى الأختين كالنائب من قِبلِه فصح من هذا الوجه[٢] وَجُعِلَ البيان إليه.

وأما فصل الرضيعتين فهو في نهاية الإشكال وغاية ما يمكن أن يقال في الجواب عنه: أن الجمع بين الأختين ابتداء حصل عند الرضاع فهو كما لو تزوّجها ابتداءً، ويجعل هكذا فيما يعود إلى الجمع بين الأختين، لأن التحريم يثبت بنوع شبهةٍ، والشبهة في مسألتنا الجمع بين الأختين[٣] وكان موجودًا فلم يشبه الابتداء، وقولهم في الإسلام لم يكن موجودًا.

قلنا: خطاب التحريم بفعل الجمع بين الأختين قائم[٤] فيعتبر فعل ما وَرَدَ به التحريم وأن شَرَطَ في ثبوته الإسلام لنوع معنىً وَفِعْلُ ما وَرَدَ به خطاب التحريم قد وجد من قبلُ وإن تأخر ظهور العمل لعدم الإسلام فلم يشبه البقاءُ الابتداءَ[٥] وفي مسألة الرضيعتين فعل ما وَرَدَ به خطاب التحريم وُجد[٦] عند

---

(١) في (ز): وقولهم.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) زيادة من (ز).

(٥) في (ز): للابتداء.

(٦) في (ز): لم يوجد إلا عند.

الرضاع فلم[1] يكن موجودًا من قبل فأشبه الابتداء، وقد بينا الفرق بين الابتداء والبقاء، هذا[2] غاية الإمكان. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا ارتد أحد الزوجين المسلمين أو أسلم الزوجين الكافرين ولم يكن في صورة يمكن تقريرهما على النكاح ينظر إن كان العارض قبل الدخول تتجزت الفرقة وإن كان بعد الدخول وقفت على انقضاء الأقراء المعلومة[3].

وعندهم: الردة[4] تُنجز الفرقة سواء كان قبل الدخول أو بعده (وكذا الحكم)[5] إذا ارتد أحدهما، قالوا: ولو ارتدا معًا بقيا على النكاح، فأما[6] إذا أسلم أحد الزوجين يُعرَض الإسلام على الآخر، فإن أبى فرق القاضي بينهما ولا فرق بين ما إذا كان[7] قبل الدخول أو بعد الدخول هذا إذا كان في دار الإسلام أما إذا كان في دار الحرب تقف الفرقة على انقضاء الأقراء[8].

(١) في (ز): ولم.
(٢) في (ز): وهذا.
(٣) النكت: ورقة ٢٠٧/ب، الأم: ٣٢٧/٧، روضة الطالبين: ٢٤٢/٧، ٢٤٣، المهذب: ٥٥/٢.
(٤) في (ز): في الردة.
(٥) في (ز): وهذا الحكم فيما.
(٦) ليست في (ز).
(٧) ليست في (ز).
(٨) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٠٤، ٣١٣، مختصر الطحاوي: ص ١٨١، الجوهرة النيرة: ٢٩/٢، البحر الرائق: ٣٠١٣، المبسوط: ٥٦/٥، رؤوس المسائل: ص ٣٩١.

لنا:

أن الردة بعينها لا تنجز الفرقة والحادث بردة أحد الزوجين ليس إلا اختلاف الدين بالزوجين، وهو لا يوجب تعجيل الفرقة بدليل ما إذا أسلمت المرأة والرجل مشرك، وكما أن الردة تمنع ابتداء النكاح فشرك الزوج يمنع ابتداء النكاح على المسلمة(١)، ولا فرق بوجهٍ ثم المعنى في عدم تعجيل الفرقة: أنه إذا أسلم أحد الزوجين هو أن إسلام الآخر موهوم والنكاح قد اتصل به الدخول، ومتى اتصل الدخول بالنكاح وجد النكاح زمان التدارك في موهوم يحصل به إصلاح النكاح وتقريره فلم يعجل الشرع بإثبات الفرقة وضرب مدة رجاء إصلاح النكاح وإزالة الخلل عنه مثل ما لو طلق بعد الدخول والمدة في الموضعين واحدة وهي مدة الأقراء؛ لأنها في الشرع مدة التدارك، فأما إذا وجد هذا العارض قبل الدخول فهو مؤثر في الفرقة لما بينا إن ردة أحد الزوجين مانع من ابتداء النكاح فَقَطَع البقاء وكذلك إسلام أحد الزوجين في صورة إسلام المرأة وإسلام الزوج والمرأة مشركة فإن السبب خُبثُ أحدهما وطهارة الأخرى ويفوت حقيقة السكن والازدواج في مثل هذا المحل عادة؛ ولأن المسلم يستحق الكرامة بإسلامه فلم يرض الشرع بإثبات عقد(٢) الوصلة بينه وبين خبيث بالشرك فإذا عرف السبب المؤثر في الفرقة وفقد زمان التدارك قبل الدخول تنجزت الفرقة ولم يكن لانتظار عارضٍ معنىً.

أمّا حجّتهم:

فإنهم زعموا أن الردة تنافي النكاح وبهذا الطريق أثر في انقطاعه(٣)

---

(١) في (ز): المسلم.
(٢) في (ز): ليست في (ز).
(٣) في (ز): إسقاطه.

وإزالته وسبب المنافاة: أن النكاح وصلة وعصمة والردة تقطع حبال العصمة وجمع عروق الوصلة[1] فلا يتصور للمرتد [٢١٤/ب] وصلة ولا عصمة، ولهذا المعنى سقطت عصمته عن دينه وماله لهذا أيضا حرم الاستمتاع لا إلى غاية والنكاح معقود للاستمتاع فكل ما ينافي الاستمتاع لا إلى غاية ينافي النكاح وإذا ثبت أنها منافية للنكاح تنجزت الفرقة؛ لأن النكاح لا يبقى مع المنافي وشبهوا هذا بالرضاع وملك أحد الزوجين صاحبه، قالوا: وأما إذا ارتدا جميعًا[2] إنما حكمنا ببقاء النكاح استحسانًا لإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن العرب ارتدت في زمان أبي بكر رضي الله عنه وقوتلوا حتى عادوا إلى الإسلام وأقروا على أنكحتهم[3]، ولم يُروَ أن أحدًا من الصحابة رضي الله عنهم تكلم في التفريق بينهم وبين نسائهم، وقد كانت الردة وُجِدَت من الرجال والنساء جميعًا ثم عادوا إلى الإسلام بأجمعهم، قالوا: ولا يقال أن ردتهم معًا معًا[4] لا يعرف فكيف يستدل بهذا على بقاء النكاح؟ وذلك لأن الأصل أن كل حادثتين لا نعرف تاريخ ما بينهما في الحدوث يجعل كأنهما وقعتا[5] (دفعة واحدة معًا)[6] معًا كقوم يغرقون أو يحترقون لم يرث بعضهم من بعض، وَجُعِلَ كأن غرقهم وحرقهم كان[7] معًا كذلك هاهنا.

---

(١) في (ز): العصمة.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) قال ابن حجر في الدراية في تخريج الهداية (٦٦/٢): «هو مأخوذ بالاستقراء» ا. هـ. ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣١٠ - ٣١١.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): وقعا.

(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٧) في (ز): وقعا.

قالوا: وأما إذا أسلم أحد الزوجين فإنما لم يتنجز الفرقة؛ لأنه لم يوجد سبب تنجز الفرقة، فإن العارض هو الإسلام وذلك مؤكد للوصلات مقرر للحقوق فكيف يقطع النكاح؟، وأما كفر الآخر فقد كان موجودًا ولا أثر له في الفرقة وبعد إسلام صاحبه هو ذلك الكفر بعينه وتقريرهما على النكاح متعذر؛ لأن الاستمتاع قد حرم لا إلى غاية فلو، بقي النكاح صارت مظلومة بظلم التعليق ودفع الظلم واجب، ولدفع الظلم طريقان:

أحدهما: موافقة الآخر إياه في الإسلام.

والآخر: التفريق بينهما. فقلنا إن الإمام يعرض الإسلام على صاحبه فإن أسلم حصل المقصود وبقيا على النكاح وإن لم يسلم فرق بينهما لدفع ظلم التعليق عنها، ونظيره إذا كان الزوج مجبوبًا أو عنينًا فإن القاضي يأمره بالطلاق فإن لم يطلق فرق بينهما، قالوا: والفرقة عندنا في الموضعين جميعًا متعلقة بقضاء القاضي بالسبب الذي بيَّنَّا[1]، هذا إذا كانت هذه الحادثة في دار الإسلام؛ (لأن الإمام له ولاية الفرض والتفريق بسببه على من في دار الإسلام)[2]، فأما إذا كانت هذه الحادثة في دار الحرب فقد تعذر على الإمام ما ذكرناه[3] وتعجيل الفرقة لا يمكن لما قدمنا فيوقف على وجود ما له أثر في الفرقة شرعًا وذلك مضي الأقراء. وتكلموا على قولنا في الردة «أن معاودة المرتد إلى الإسلام أمر[4] موهوم» قالوا: بلى، ولكن العارض ينافي للنكاح،

(١) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٠٥.
(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٣) في (ز): ذكرنا.
(٤) ليست في (ز).

والنكاح لا يبقى مع المنافي (ولو ساعة)[1]، ألا ترى أن الملك لما كان منافيًا للنكاح قَطَعَه في الحال، ولم يُعتبر توهم قطع الملك بإقالةٍ أو عتقٍ وما أشبهه[2]، وإن كان ذلك متصورًا.

❁ **الجواب:**

أما دعواهم: «إن الردة منافية للنكاح»، قلنا: إن ادعيتم أنها تنافي نكاحًا مستقرًا لا يرفع، فهو مسلم، وإن ادعيتم أنها تنافي النكاح في الحال فهل وقع النزاع إلا (في هذا)[3]؟ وهذا لأنه لا يمكن بيان المنافاة إلا بمنع ابتداء النكاح فإن نكاح المرتد ابتداءً لا يجوز، وهذا لا يدل على تعجيل الفرقة، ألا ترى أن المرأة إذا أسلمت والزوج مشرك فإنه لا يصح للمشرك نكاح المسلمة بحال ومع ذلك لم يحكم بالمنافاة التي قالوها حتى لا[4] تتعجل الفرقة وكان المعنى في ذلك ما بيَّنَّا من توهم إسلام صاحبه، ولهذا المعنى عندكم يشتغل بتحصيله والدعاء إليه والطلب منه، وصار حقيقة الكلام أن الآخر إذا أسلم جُعِلَ كأن العارض من اختلاف الدين وكون المسلمة في نكاح مشرك لم يوجد ويصير كأنهما أسلما معًا معًا[5] وإن لم يسلم ووقعت الفرقة أما عندنا بانقضاء الأقراء[6]، وعندكم بتفريق القاضي[7]، وجعل في الحكم

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): ما أشبه ذلك.
(٣) في (ز): فيه.
(٤) في (ز): لم.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ينظر: روضة الطالبين: ١٤٢/٧ ـ ١٤٣.
(٧) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٠٤، البحر الرائق: ٢٣٠/٣.

كأن التفريق حصل عند اختلاف الدين بهما وأعرض عن هذا القدر الذي حكمنا ببقائها في نكاحه فأنا وأن بقيناها في نكاحه كان لطلب المصلحة[1] وإن لم نسلطه على الاستمتاع بها بل فرقنا بينهما فاستقام من الشرع إعراضه عن هذا القدر في مقابلة هذه المصلحة، وهذا[2] هو المعنى السديد والحكمة الشرعية التي يسكن إليها كل مَنْ عرف معاني الفقه وإذا عرف هذا في إسلام أحد الزوجين كان حكم ردة أحد الزوجين بمثابته وعلى [٢١٥/أ] مثاله لا فرق بينهما أصلًا.

وفصل ردة أحد الزوجين داخل على فصل المنافاة ولابد من بيان الفرق ليقع التقصي عن عهده الإلزام.

وأما التعلق بقصة أهل الردة فلا متعلق بها ما لم ينقلوا أنهم ارتدوا معًا معًا، (ولم ينقلوا)[3] أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه أقرهم على النكاح ويجوز أنهم لمَّا لم يرفعوا الحادثة إليه أعرض عنهم إعراضًا واكتفى بعلمهم حكم الله تعالى في الحادثة، وأما التعلق بظلم التعليق، فليس بشيء، لأن الزوج إذا أسلم والمرأة مشركة فهي ظالمة نفسها بترك الإسلام، فأما إذا أسلمت فلا ظلم للزوج[4] عليها وإنما هو ظالم نفسه بشركه ثم الشرع حرّم عليه الاستمتاع منها[5] كرامة لها حتى لا يستفرشها هذا الخبيث فأين الظلم منه حتى يُزال عنه[6]

(١) في (ز): مصلحة.
(٢) في (ز): هذا.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): من الزوج.
(٥) في (ز): بها.
(٦) في (ز): عنها.

(ظلم التعليق)[1]؟.

وقولهم: لابد[2] من سبب الفرقة.

قلنا: قد وجدنا[3] وهو اختلاف الدين بين الزوجين على وجهٍ لا يصح ابتداء النكاح معه، والنافي هو الذي يبتدئ به والذي يبتدئ به هو النافي والاختلاف الدين متى منع ابتداء النكاح يكون سببًا ظاهرًا في رفع النكاح[4]، وأما فصل الازدواج الذي ذكرناه بين الطاهر[5] والخبيث وأنه[6] ممتنع كرامة للطاهر منهما تقرير حسن إلا أنهم ربما يوردون عليه حكمنا بفساد النكاح بين الزوجين إذا ارتدا جميعًا وإن كان ازدواج الخبيثة[7] بالخبيث غير مستنكر في الشرع والجواب عنه ممكن إلا أن الاعتماد على ما سبق تقريره وبيانه، والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

إذا سبي الزوجان معًا بطل النكاح بينهما وكذلك إذا سُبي أحدهما بطل النكاح بينهما بالسبي عندنا[8].

وعندهم: إذا سُبيا جميعًا بقيا على النكاح، وإذا سبي أحدهما بطل

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): إنه لابد.
(٣) في (ز): وجدنا سببًا.
(٤) في (ز): النكاح بينهما.
(٥) في (ز): الطاهرة.
(٦) في (ز): فإنه.
(٧) في (ز): الخبيث.
(٨) النكت: ورقة ٢٠٨/ب، المنهاج مع المغني: ٤/٢٢٩.

بتباين الدارين[1][2]، قالوا: وكذلك إذا دخل أحد الزوجين الحربيين دار الإسلام مسلمًا أو ذميًا يبطل[3] بتباين الدارين[4]، وعندنا تباين الدار بالزوجين لا يُبطل النكاح في موضعٍ مًّا.

لنا:

أن السبي وَرَدَ على محل النكاح فأبطله كما لو وَرَدَ على محل ملك اليمين فإنه يبطِلُه كذلك هاهنا.

وبيانه: أنه إذا سُبي مملوك الحربي[5] يبطل ملك الحربي، كذلك إذا سَبَى منكوحة[6] الحربي يبطل نكاح الحربي ونصوّر إذا سُبي المالك والمملوك في ملك اليمين يبطل ملك اليمين[7] للحربي، وكذلك إذا سُبي الناكح والمنكوحة يبطل ملك النكاح[8]، وإنما قلنا: أن السبي ورد على محل النكاح؛ لأن عقد النكاح يقتضي منكوحًا قطعًا والمنكوح هي المرأة كما أن المسبي هي المرأة المنكوحة[9]، ألا ترى أنه يقول: «نكحتُكِ» فيضيف النكاح

---

(١) في (ز): الدار.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣١٨ ـ ٣١٩، أحكام القرآن: للجصاص: ٢/١٣٧، فتح القدير: ٤/٤٥٣، مختلف الرواية: ورقة ٨٤/ب.

(٣) في (ز): بطل.

(٤) في (ز): الدار.

(٥) في (ز): لحربي.

(٦) في (ز): منكوح.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): الناكح.

(٩) ليست في (ز).

إلى ذاتها مثل ما نضيف البيع إلى ذات المبيع، قال الله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[1] وقال ﷻ: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[2] دل أن المنكوحات[3] ذوات النساء.

والدليل عليه من حيث الحكم: أنه لو أضاف النكاح إلى بُضعها أو إلى منفعة بُضعها لم يجز فثبت بما قلنا[4] أن محل النكاح هي المرأة نفسها، وأما الاستحلال حكم[5] هذا العقد وفائدته؛ لأن العقد يُعقَدُ على هذا المحل لطلب تلك[6] الفائدة شرعًا وعادة فإذا ثبت ما قلنا أن السبي وَرَدَ على محل النكاح أبطله؛ لأنه يصير سببًا لِملك المُتعَة التي استحقها الزوج عليها كالنكاح حين وَرَدَ على هذا المحل صار سببًا لملك المتعة فإذا[7] وَرَدَ السبي عليه صار سببًا لملك المتعة وإذا ملكه السابي أبطل ملك الزوج كما يُبطل ملك اليمين عن المحل وكما يبطل ملك المنفعة عن المنافع إذا كان الحربي آجر نفسه، وهذا لأن السبي أقوى الأسباب في استحقاق المحل الذي لاقاه السبي فيبطل بقُوته كل حق في المحل ليتم الاستحقاق.

يبينه: أنه إذا اشترى زوجته يبطل نكاحه لقوة ملك اليمين وإذا سَبَى زوجة الغير لأن يبطل النكاح والسبي أقوى من الشراء أولى ودليل قوة السبي

---

(١) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٢) سورة النساء، آية: ٣.
(٣) في (ز): المنكوح.
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) في (ز): فحكم.
(٦) في (ز): تملك.
(٧) في (ز): إذا.

أنه قهر حسّي تأيّد بالشرع وفي سائر الأسباب محض شرع لم يتأيّد لغيره، ويمكن أن يُعبر عما قلناه[1]، فيقال: النكاح نوع استيلاء على المحل شرعًا[2] والاستيلاء بالسبي[3] فوقه في إظهار عمله في المحل فيرفعه[4] عن المحل بفضل قوته كما لو اشترى زوجة نفسه بطل نكاحه ورَفعَه ملك اليمين العارض بفضل قوته هذا الذي قلناه معتمد المسألة وتحقيقها وسيظهر زيادة ظهور عند إيراد الجواب عن كلماتهم، وأما الدليل على أن تباتن الدار ليس بعامل في قطع النكاح، إن النكاح عقد شرعي[5] لا يجوز قطعه إلا بعارضٍ مؤثرٍ فتباين الدار ليس له تأثير في قطعه؛ [٢١٥/ب] لأنه ليس فيه إلا تباين البقاع (بين الزوجين)[6] وتباعد البقاع (بين الشخصين)[7] يعمل[8] في المباعدات بين الأجسام الحسيّة، فأما المواصلات الشرعية والمقارنات الحكمية فلا يكون لاختلاف البقاع فيها عمل بحال، ألا ترى أنه يجوز أن يكون بين الزوجين بُعدُ ما بين المشرقين[9]، والنكاح قائم وهذا لأن أحكام الشرع في البقاع كلها واحد، لا تختلف بوجهٍ مًّا وكان الناس في استرسالها عليهم على صعيدٍ واحدٍ وقوفًا بقدمٍ واحدٍ[10] شملتهم ربقتُها وحبستهم علائقها وعلقتُها، ولأن أحدهما

(١) في (ز): قلناه.
(٢) في (ز): يثبت شرعًا.
(٣) في (ز): على المحل بالسبي.
(٤) في (ز): فيدفعه.
(٥) في (ز): شرع.
(٦) في (ز): بالزوجين.
(٧) في (ز): بالشخصين.
(٨) في (ز): إنما يعمل.
(٩) في (ز): المشرق والمغرب.
(١٠) في (ز): واحدة.

إذا كان في دار أهل العدل والأخرى في دار أهل البغي أو أحد الزوجين في دار الإسلام والآخر مستأمَن في دار الحرب، ونصوّر في الزوج المسلم يدخل دار الحرب ويتزوّج بحربية كتابية يصح نكاحه لهذه، ويبقى نكاحه على المسلمة في دار الإسلام فيقال[1] لهم: إن كان هذا الرجل[2] من أهل دار الحرب فاقطعوا[3] النكاح بينه وبين زوجته في دار الإسلام لتباين الدار، وإن كان من أهل دار الإسلام فلا تصححوا[4] بينه وبين التي تزوجها في دار الحرب؛ لأنها من أهل دار الحرب وهو من أهل دار الإسلام ولا يبقى لهم في هذه المسألة متنفس، وفي هذه المسألة أخبار كثيرة ذكرناها في التعليق والمعنى الذي ذكرناه مُغنٍ عن الكُل.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: السبي سبب ملك[5] الرقبة فلا يبطل النكاح بمنزلة الشراء. وربما يقولون: ملك النكاح ليس بملك مال، فلا يبطل بالسبي كملك القصاص، وصورته ذمي قتل ذميًّا ثم أن القاتل نقض العهد والتحق بدار الحرب وسُبي يبقى القصاص عليه.

يبينه: أن السبي غير موضوع في الشرع لرفع النكاح بدليل وجوده في غير النكاح، وبدليل صحته من غير الناكح وما وُضع لرفع النكاح هو بيد مَنْ

(١) في (ز): فنقول.
(٢) في (ز): الرجل المسلم.
(٣) في (ز): فأبطلوا.
(٤) في (ز): فلا تصححوا النكاح.
(٥) في (ز): لملك.

(في يده)[1] عقدة النكاح وليس أيضًا بمنافي النكاح[2]؛ لأنه إمّا أن ينافيه بعينه أو بحكمه وليس في عينه ما ينافي قيام النكاح وحكمُه ملك الرقبة وملك الرقبة لا ينافي ملك النكاح لغير صاحب الرقبة وبدليل أنه يجوز أن يزوّجها ابتداءً من هذا الزوج ولو كان ينافيه لم يجز، ولا يجوز التعليق بحدوث الرق؛ لأنه صورة و[3] الحادث هو الباقي من بعدُ والباقي من بعدُ هو الحادث ابتداءً. ويدل عليه: أن الزوج لو كان مسلمًا أو ذميًّا بقي النكاح ولو كان السبي ينافي النكاح لم يبق النكاح لأن المنافي لا يُفرق فيه بين أن يكون النكاح لمحترم[4] أو غير محترم[5] بدليل المحرمية إذا طرأت أبطلت النكاح ولا فرق بين أن يصادف نكاحًا محترمًا أو غير محترم.

وأما تحقيقهم هو: أن السبي لم يرد على محل النكاح وذلك لأن محل النكاح ما يُستحق بالنكاح وذلك منافع البضع أو ملك المتعة ولا يتصور وَرُوَدَ السبي عليه، وإنما محل ورود السبي عليه هو الرقبة، والرقبة محل ملك اليمين لا محل ملك النكاح قطعًا.

قالوا: ومعنى قول القائل: «أن المرأة منكوحة فَلَان» هو لاستحقاقه[6] عليها ملك المتعة وكذلك إضافة النكاح إلى ذاتها؛ لأنه عند عقد استحقاق

---

(١) في (ز): بيده.

(٢) في (ز): للنكاح.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): المحترم.

(٥) في (ز): المحترم.

(٦) في (ز): استحقاقه.

المتعة مثل[١] إضافة الإجارة إلى ذات الدار وذات العبد عند[٢] استحقاق المنفعة، وإذا ثبت ما قلناه فصار محل[٣] السبي هو ملك الرقبة ثم يملك[٤] المتعة تبعًا لملك الرقبة فلا يبطل به ملك الزوج؛ لأنه ملك المتعة مقصودًا بعقد شرع له فلا يبطل بتابعٍ غير مقصود، وهذا لأن السبي إنما يبطل بما هو أقوى منه، ولا يبطل بما هو دونه، ولأن المقصود ثابت بنفسه فيكون ثابتًا من كل وجهٍ والتبع قائم لغيره[٥] فيكون ثابتًا من وجهٍ دون وجهٍ. واستدلوا في أن المتعة تملك تبعًا لملك الرقبة، قالوا: لأن السبي لو كان يثبتُ ملك المتعة مقصودا لاعتبر فيه الشرائط التي تعتبر في عقد النكاح من الولي والشهود، وفقد العدة وغير ذلك؛ لأن هذه الشرائط اعتبرت لإظهار خطر البضع فكل سبب يملك به الاستمتاع بالبضع مقصودًا يجب اعتبار هذه الشرائط فيه لإظهار خطره، وينبغي أن يستفيد التصرفات المستفادة بالنكاح من الظهار والطلاق والإيلاء وغيرها، وينبغي أن لا يملك نقله إلى غيره؛ لأنه حكم ملك المتعة إذا ملك مقصودًا وإذا ثبت[٦] التبعية جاء ما قلنا[٧] من قبل[٨]، ولأن الحكم [٢١٦/أ] يتعدي من الرقبة إلى البضع إذا كان خاليًا عن حق الغير، فأما إذا كان مشغولًا بحق الغير فلا؛ لأن حق الغير يدفع التعدي لأنه ليس التعدي إلى

(١) في (ز): وهو مثل.
(٢) في (ز): وهو عقد.
(٣) في (ز): عمل.
(٤) في (ز): ملك.
(٥) في (ز): بغير.
(٦) في (ز): ثبتت.
(٧) في (ز): قلناه.
(٨) ليست في (ز).

بضع الغير من ضرورة ملك الرقبة وإذا لم يكن من ضرورته يدفعه أدنى دافعٍ فاشتغال المحل بحق الغير يكفي دافعًا له كما في الشراء سواء.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن حق الحربي غير محترمٍ فلا يمنع التعدي لأنه محترم من وجهٍ من حيث تصحيح الشرع إياه، ولأنه وإن لم يكن محترمًا لكن لا يجوز إبطاله إلا بسببٍ مؤثرٍ في إبطاله ولم يُوجد، وقد بيَّنَّا أن حقه مقصود وحق السابي تبع فهو وإن لم يكن محترمًا (إلا أنه)[1] ترجح على حق السابي بجهة الإصالة فليس[2] كل ما (لم يكن)[3] محترمًا لا يثبت، بل هو ثابت ما لم يُوجد ما يُبطله ثم نقضوا بما لو اشترى جارية ولها زوج حربي فإنه لا يبطل نكاحه وإن كان غير محترم.

قالوا: وليس يلزم على ما قلنا الدَّين على الحر الحربي حيث يسقط بالسبي لأن سقوطه إنما كان لأنه لا يمكن إيفاؤه وإذا تعذر الإيفاء لابد[4] له من السقوط، وإنما قلنا ذلك لأن الدَّين على الحر الحربي في ذمته وكذلك على[5] كل حُر ومعنى الذمة نفسه من حيث أنه آدمي والدين على العبد يكون في رقبته ومعنى ذلك نفسه من حيث أنه مال فإذا سُبي لم يمكن إبقاؤه في ذمته لأنه دين ثابت في حق السيد ومحله من العبد الرقبة فلا يجوز تغيير المحال وإبطال وضع الشرع فيها ولا يمكن نقله إلى الرقبة؛ لأن السابي مَلَكَ

(١) في (ز): لكنه.

(٢) في (ز): وليس.

(٣) في (ز): هو ليس.

(٤) في (ز): فلا بد.

(٥) ليست في (ز).

الرقبة فارغةً خاليةً عن الحقوق ولا يجوز أن يشغل بالدين لأن فيه إبطال حقه وإضرار به فسقط ضرورة حتى نقول لو كان المسبي عبدًا عليه دين يبقى الدين في رقبته كما كان، وهذا[١] نظير مسألتنا؛ لأن ملك الرقبة مشغولة بالدين فبقي الشغل كما كان كذلك في مسألتنا ملك الرقبة بالسبي مشغولة البضع بالنكاح فبقي على ما كان، وهذا لأنه يملك ما يجده على ما يجده.

قالوا: وليس كالإجارة حيث يبطل بالسبي وصورته الحربي إذا آجر نفسَه ثم سُبي فإنه في هذه المسألة يبطل العقد بالعجز عن التسليم؛ لأنه بعد السبي لا يقدر على تسليم نفسه، قالوا: ولأن عندنا تنعقد الإجارة جزءًا فجزءًا فلو بقي عقد الإجارة يؤدّي إلى انعقاد العقد على ملك السابي ابتداء بغير رضاه وهذا لا يجوز بخلاف مسألتنا. وفسروا[٢] فصل القصاص وقالوا: السبي في (المواضع وُضع)[٣] لملك الأموال، ألا ترى أنه إذا صادف مالًا يعمل[٤] وإذا صادف غير مال جعله مالًا وملك النكاح مثل ملك القصاص في أنه ليس بمالٍ فلم يجز استحقاقه بالسبي فإذا لم يستحق لم يبطل ملك الزوج.

قالوا: وأما[٥] إذا سُبي أحدهما فتبايُن الدار يُبطل النكاح؛ لأن أهل دار الحرب بمنزلة الأموات في حقنا، وأهل دار الإسلام أحياء بدليل الآيات الواردة في هذا، ولأنه لا حرمة لهم ولا عصمة فأُلحقوا بالأموال[٦] والبهائم

(١) في (ز): وهو.
(٢) في (ز): وقرروا.
(٣) في (ز): الوضع.
(٤) في (ز): نقله.
(٥) في (ز): فأما.
(٦) في (ز): بالأموات.

في حقنا، ولهذا مُلكوا مثل ما تُملك الأموال والجمادات وإذا كان كذلك فصار هذا معنىً منافيًا بقاء[1] النكاح[2]، ولهذا المعنى امتنع التوارث بين أهل الذِّمَّة وأهل الحرب.

قالوا: وأهل الذِّمَّة قد أخذوا حكم الأحياء بالتزام أحكام المسلمين، وأما المستأمِن إلى دارنا خلَّف[3] زوجته في دار الحرب فهو على حكم أهل دار الحرب فلم يوجد تباين الدار، وأوردوا بطريق الإلزام العبد إذا خرج مراغمًا لسيده حيث يعتق، والسبب انقطاع العصمة والحرمة بتباين الدار.

قالوا: والدليل على أن وقوع الفرقة بتباين الدارين[4] أنه إذا سُبي الزوج وقعت الفرقة بينه وبين امرأته ولا يعرف في هذه الصورة سبب[5] سوى تباين الدارين[6]؛ لأن[7] السبي لا ينافي مالكية النكاح في جانب الزوج، والمرأة غير مسبية حتى يكون ملك المتعة عليها مبطلًا ملك المتعة على الزوج.

❁ **الجواب:**

أما قولكم: إن السبي سبب ملك[8] الرقبة.

قلنا: هو سبب لملك المتعة وإن شئت قلت: مقصودًا على ما سبق أو

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): للنكاح.
(٣) في (ز): إذا خلف.
(٤) في (ز): الدار.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) في (ز): الدار.
(٧) في (ز): فإن.
(٨) في (ز): لملك.

بواسطة ملك الرقبة كالشراء عندهم سبب العتق بواسطة ملك الرقبة.

وقولهم: ملك النكاح ليس بمال[1].

قلنا: هو مال[2] متقوم يُملك بسبب شرعي فإذا جاز أن يُملك بسببٍ مَّا شرعًا جاز أن يُملكَ بالسبي؛ لأنه أقوى الأسباب واختصاص السبي بملك ما هو مال دعوى [٢١٦/ب] بلا دليل، وأما التقسيم الذي قالوا: قلنا: هذا تقسيم غير مسموع بعد أن بيَّنَّا أنه سبب مؤثر في إزالة ملك النكاح، وعلى أنه يدخل ملك الدَّين على ما قالوه؛ لأن السبي غير موضوع لإسقاط الدَّين ولا هو منافٍ له، ومع ذلك يسقط[3] لتضمنه ما يؤثر في الإسقاط، كذلك يبطل ملك النكاح بالسبي لتضمنه ما يؤثر في إبطاله.

وأما قولهم: إن السبي لا يرد إلا على الرقبة ولا يتصور وروده على المستحق في النكاح.

قلنا: هو وارد على محل النكاح كما بينا إلا أن محل النكاح لا يكون إلا المنكوحة.

وأما قولهم: إن المستحق بالنكاح هو المنفعة[4].

قلنا: العبرة بالدليل وقد أقمنا الدليل على أن محل النكاح هي المرأة وقام الدليل أيضًا على أن المستحق بالنكاح هو المنفعة[5]؛ لأن الحرية تأبى

(١) في (ز): بملك.
(٢) في (ز): ملك.
(٣) في (ز): يسقطه.
(٤) في (ز): المتعة.
(٥) في (ز): المتعة.

استحقاق النفس وهو معقود لقضاء الشهوة وطلب النسل فلابد من استحقاق الاستمتاع.

ويدل عليه: أن السكن مقصود وذلك بذات المرأة وقضاء الشهوة مقصود وذلك بمنافع بضعها علمنا[1] أن المعقود عليه ذاتها حصل مقصود السكن، ولما[2] أن قضاء الشهوة وطلب النسل مقصود حصل استحقاق المتعة وإذا استقر هذا الأصل الذي ادّعيناه أن محل النكاح والسبي واحد سهل الجواب عن باقي كلماتهم؛ لأن باقي كلماتهم راجع إلى أن الرقبة تملك بالسبي مقصودًا والاستمتاع يثبت تبعًا وعلى الطريق الذي قلناه يملك مقصودًا كما يملك بالنكاح مقصودًا، وأما اعتبار شرائط النكاح في السبي لا يتصوّر؛ لأنه فعل حسي صحته بوجوده فلا يتصوّر وقوف صحته على شرط وإنما الشروط يمكن اعتبارها في العقود الشرعية وكذلك الأحكام التي قالوها فهي[3] كلها أحكام النكاح ونحن ما ادّعينا وجود نكاح بالسبي إنما ادّعينا أنه[4] ملَك ما يملك بالنكاح بالسبي، وأما فصل ابتداء النكاح بعد السبي فيدخل عليه فصل الدَّين والإجارة؛ ولأن السيد هو المنشئ لعقد النكاح بعد الرق وحقه في الرق لا يمنع عقده، وأما في مسألتنا يجوز أن يقال: ثبوت حقه يدفع حق الزوج لقوته وليحصل له المسبي[5] على الخلوص والصفا مثل ما يسقط الدَّين ويبطل الإجارة بهذا، وأما فصل الشراء فيدخل عليه فصل الدين فإنه لا يسقط

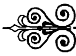
(١) في (ز): فكما.
(٢) في (ز): وكما.
(٣) في (ز): هي.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): السبي.

بالشراء ويسقط بالسبي، وكذلك يبطل عقد الإجارة وهو لا يبطل بالشراء وعلى أن ملك المشتري ملك بناء لا ملك ابتداء فينتقل إلى المشتري قدر ما بقي له من الحق، فأما ملك المتعة الذي نقله[١] إلى الزوج قبل الشراء لا يجوز أن يتنقل، وأما ملك السابي (ملك ابتداء)[٢] لا ملك بناء فكل حق يجده في المحل ويجوز أن يستحق بسببٍ ما في الشرع يستحقه السابي ليخلص له المحل وهو كما يبطل حق المسبي في نفسه ويبطل حق مالكيته وحُريته، وأما القصاص فهو قبل النفس فليس هو بشيء يستحقه السابي على المسبي حتى يدفع[٣] حق صاحب القصاص بخلاف مسألتنا فإن الذي كان للزوج استحقه السابي فدفع حقه.

فإن قالوا: أليس أن الدَّين يسقط وأن لم يستحقه السابي بالسبي؟.

قلنا: إنما يسقط لمعنى آخر وهو أن المستحق بالدَّين إما كسب العبد أو رقبة العبد وهما للسيد استيفاء وانتفاعًا والمستحق بالقصاص دمه وليس للسيد من الوجه الذي قلنا[٤]. وأما عذرهم عن الدَّين فأهون وأقرب ما يقال لهم اتركوا الدّين في ذمة العبد وإن ثبت في[٥] حق السيد مثل عبد و[٦] قيمته ألف درهم وعليه دين (ألفي درهم)[٧] فبيع بألف ويقضي بها الدين بقيت الألف

(١) في (ز): نقلناه.
(٢) في (ز): فملك مبتدأ.
(٣) في (ز): يندفع.
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): ألفان.




الثانية في ذمة العبد، ويقال أيضًا انقلوا الدين إلى رقبة العبد، ولا تبالوا بملك السيد؛ لأن سبب النقل هو ثبوت الدين على العبد وهو متقدم على حق السابي، وأما الكلام في بيان الدارين[1] فاعلم أن ما قالوه في غاية الضعف لأن دعوى الموت في أهل دار الحرب دعوى[2] باطلة حسًّا وشرعًا، أما الحس فلا إشكال، وأما الشرع فلأنه حكم بصحة أنكحتهم وعقودهم وأملاكهم في الشرع وفي هذا ضرورة الحياة والآيات محمولة على المجاز؛ لأنهم لما لم ينتفعوا بحياتهم سُمّوا أمواتًا ودوابًا مثل قوله تعالى: ﴿صُمٌّۢ بُكۡمٌ عُمۡيٞ فَهُمۡ لَا يَرۡجِعُونَ﴾[3] وأما دعوى سقوط العصمة والحرمة فهي بالكفر أليق منها بالبقاء في دار الحرب، و[4] قالوا: لو أسلم أحد الزوجين لم يقع الفرقة حتى يوجد معنىً آخر يؤثر في الفرقة. وفصل التوارث ممنوع [٢١٧/أ]، وإن سُلّم فالنكاح لا يوجد من حرمان الإرث بدليل مختلفي الدين، وأما مسألة العبد إذا خرج مراغمًا لسيده فوقوع العتق بالنص[5] وهو **(أن عبيدًا لأهل الطائف خرجوا إلى النبي - ﷺ - وهو محاصر لهم فقال: هؤلاء عتقاء الله)**[6] وعلى أنه ليس لتباين الدار بل هو لاستيلاء العبد على رقبته واقتهاره عليها مثل إنسان[7]

---

(١) في (ز): الدار.

(٢) ليست في (ز).

(٣) سورة البقرة، آية: ١٨.

(٤) في (ز): وقد.

(٥) فتح القدير: ٤٥٣/٤، الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣١٨.

(٦) رواه أبو داود في سننه: ٥٩/٢، ٦٠ مع المعالم، كتاب الجهاد، والترمذي في سننه: ٣٢٧/٣ مع تحفة الأحوذي، وقال: هذا حديث حسن صحيح غريب، لا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث ربعي عن علي، ورواه البيهقي: ٢٢٩/٩ ـ ٢٣٠.

(٧) في (ز): إنسان آخر.

يستولى عليها ولو فعل هذا في دار الحرب ولم يخرج إلى دار الإسلام يعتق[1] أيضًا، والمسألة التي بيناها وهي المسلم مِنَّا إذا دخل دار الحرب وتزوّج كتابية، وخلف امرأته في دار الإسلام ففي نهاية الإلزام، وكذلك إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب، وليس لهم عنها عذر يُبالى به فتركتُه، والمسألة كانت من المشكلات فذكرناها بزيادة شرح. وأما فصل سبي الزوج نفسه[2] فبطلان النكاح لم يكن بتباين الدار إنما كان لأن الزوج كان مستقلًا بالنكاح والرق ينافي استقلاله بالنكاح، ألا ترى أنه لا يتصوّر بعد الرق وجود نكاح من العبد يستقل به بحال فيبطل لمكان المنافي[3] لا لما قالوه، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألَة):

نكاح الشغار[4] باطل عندنا[5].

وعندهم: جائز[6][7]، ويبطل الشرطُ الذي يعود إلى الشغار.

---

(١) في (ز): لعتق.

(٢) في (ز): مفردًا.

(٣) في (ز): المنافاة.

(٤) الشغار: هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق. النكت: ورقة ٢٠٤/أ.

(٥) الأم: ١٥٧/٥، النكت: ورقة ٢٠٤/أ، المهذب: ٥٥/٢، روضة الطالبين: ٤١/٧، رؤوس المسائل: ورقة ٤١/ب، شرح النووي على مسلم: ٢٠١/٩.

(٦) في (ز): يجوز النكاح.

(٧) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٩٥، المبسوط: ١٠٥/٥، فتح القدير: ٣٣٨/٣، مختلف=

لنا:

حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه (**نهى عن نكاح الشغار**) واللفظ الذي في الصحيحين (**أنه نهى عن الشغار**) برواية ابن عمر[1] وأبي هريرة[2] وجابر[3] وليس الشغار إلا النكاح الذي اختلفنا فيه[4] بإجماع الفقهاء وقد نهى عنه النبي صلى الله عليه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه؛ لأن العقود الشرعية إنما تجوز بالشرع فإذا كان العقد[5] منهيًا عنه لم يكن مشروعًا وإذا لم يكن مشروعًا لم يجز.

ومن حيث[6] المعنى نقول: شرط الشغار يمنع تمام الإيجاب في البضع للزوج، والنكاح لا ينعقد إلا بإيجابٍ كاملٍ، وإنما قلنا أنه يمنع تمام الإيجاب لأن الذي أوجبه للزوج نكاحًا هو الذي أوجبه للمرأة صداقًا فإن الصورة المختلف فيها هي: أن يقول على أن بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى، والإيجاب صداقًا وإن لم يصح به لأن محلية الصداق مفقودة، لكن هذا التشريك في الإيجاب يمنع وجود تمام الإيجاب للزوج، والنكاح يستدعي

= الرواية: ورقة ٨٣/أ، مختصر الطحاوي: ص ١٨١، البدائع: ١٤٣٠/٣، ١٤٣١، رؤوس المسائل: ص ٣٩٢.

(١) ينظر: صحيح البخاري: ١٦٢/٩ مع الفتح رقم (٥١١٢).
وصحيح مسلم: ٢٠٠/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

(٢) ينظر: صحيح مسلم: ٢٠٠/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

(٣) ينظر: صحيح مسلم: ٢٠١/٠ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار.

(٤) زيادة من (ز).

(٥) زيادة من (ز).

(٦) في (ز): جهة.

صحتُه كمالَ الإيجاب فإذا لم يوجد لا يصح، هذا غاية الإمكان في بيان المعنى المفسد، والتشريك الذي اعتمد عليه الأصحاب لابد أن يفسر بهذا ليتمشى الكلام وإلا فبإطلاقه لا يمكن بناء فساد النكاح عليه، لأنهم يقولون لا تشريك بين الزوج وغيره في المستحق بالنكاح فإن ملك المتعة خالص للزوج ولا شركة للمرأة فيه فإنه جَعَلَ البضع للمرأة صداقًا وملك الصداق ملك عين على طريق ملك اليمين وبملك العين وبملك المتعة لا يقع التشريك بين الزوج وبين غيره، ألا ترى إذا[١] زوَّج أمته من إنسان يجوز فيكون ملك الحِلّ للزوج وملك البضع ملك[٢] يمين للسيد بدليل أنها لو وطئت بالشبهة يكون العُقر للسيد وأيضًا فإن رقبة البضع لا تتصوّر صداقًا بحال فقد أضيفت[٣] الصداق إلى غير محلها فبطل ولغى وصارت الإضافة كالعدم وبقي الإيجاب والقبول التام في البضع وانعقد بهما النكاح، وهذا الذي ذكروه وأن قوي إيراده على فصل التشريك الذي يقوله الأصحاب لكن ليس يرد على ما قلناه فإنا إنما جعلنا المفسد عدم كمال الإيجاب وهو موجود في الشغار؛ لأنه إذا جعل عين ما أوجبه للزوج صداقًا للمرأة وهو[٤] وإن لم يصح في الإيجاب للمرأة صداقا فهو صحيح في منع سلامة البضع للزوج لفقدان الإيجاب على التمام والكمال، فإنه إذا جُعل الشيءُ لشخصٍ في عقدٍ ثم جُعل عينُه لشخصٍ آخر في غير ذلك العقد لم يكمل التجعيل[٥] للأول.

---

(١) في (ز): أنه إذا.

(٢) في (ز): بملك.

(٣) في (ز): أضيف.

(٤) في (ز): فهو.

(٥) في (ز): الجعل




وأما مسألة تزويج الأمة فليس يرد على هذا ؛ لأن الذي جعله للزوج لم يبقه لنفسه لأنه جعل ملك المتعة للزوج ، وما وراءه[١] بقي له ، وفي مسألتنا جعل ملك المتعة الذي جعله للزوج (صداقًا للمرأة)[٢] ، والمسألة محمولة على هذا ، والمفهوم من ظاهر اللفظ ؛ لأن رقبة البضع ليس مما يملك بملك يمين ، حتى يصح جعله صداقًا ، وإنما الإيجاب الذي يصح إيراده على البضع ليس إلا ملك المتعة وقد أورد عليه إيجابًا للزوج وإيجابًا للمرأة فينصرف الإيجابان إلى ما يصلح محلًا للإيجاب. وقد سلك بعض أصحابنا في هذه المسألة طريقًا آخر: وزعم أن الفساد جاء من جانب تعليق العقد بالعقد ، وقال[٣]: إن عادة العرب [٢١٧/ب] كانت كذلك لاستنكافهم وأنفتهم من تزويج البنات والأخوات فكانوا يعلّقون نكاح البنت بنكاح البنت ونكاح الأخت بنكاح الأخت دفعًا لهذه الأنفة والعار ، ولو لم تعلق صوّرة لم يجز النكاح أيضًا لأن ذلك كان معلومًا عندهم في مجاري العادات[٤] ، وَمَنْ لم[٥] يعلم هذه العادة يجوز نكاحه ، وهذا الذي قلناه زعمُ[٦] صاحب هذه الطريقة ، وليست بشيء ، لأن فيها أولا رَفعُ الخلاف فإنهم يسلمون أن النكاح المعلّق بالنكاح لا يجوز ، ولأن عندنا نكاح الشغار باطل فلابد أن نبين في شرطه[٧] معنى يبطل النكاح ولأن الشافعي نص أنه لو سَمّى لكل واحدة صداقًا صح

(١) في (ز): ما عداه.
(٢) في (ز): صداق المرأة.
(٣) في (ز): وقد قال:
(٤) في (ز): العادة.
(٥) في (ز): لا.
(٦) في (ز): في زعم.
(٧) في (ز): شرط الشغار.

النكاح[1]، وعلى زعم هذا الزاعم ينبغي أن لا يصح والمعتمد ما سبق.

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: فساد جاء من جانب المهر فلا يبطل به النكاح كما لو سَمّى خمرًا أو خنزيرًا.

يبينه: أنه لو ترك المهر أصلًا لم يبطل النكاح فكيف يبطل بشرطٍ فاسدٍ فيه مع ذكره وتسميته؟، ودليل أن الفساد جاء من جانب المهر: أن الفساد جاء من قولهما على أن بضع كل واحدة منهما صداق الأخرى، وقال أبو زيد في هذه المسألة[2]: نكاح بشرطٍ فاسدٍ، فلا يبطل به النكاح بل يبطل الشرط ويصح النكاح، قال[3]: وإنما قلنا أنه نكاح بشرطٍ فاسدٍ؛ لأن النكاح يتم بقوله: «تزوجتُك»، وبقولها: «زوّجت نفسي»، فصار قولهما على أن بضع هذه صداق هذه وبضع هذه صداق هذه، وهذا شرط فاسد أُدخل[4] في العقد بعد تمامه، كما لو شرط أن لا مهرَ لها، قال[5]: وهذا المعنى معقول: وهو أن الشرط الفاسد عمله في إيجاب رفع العقد بعد ثبوته لا في المنع عن[6] انعقاده على ما بينًا في البيوع أنها تنعقد مع الفساد ويوجب الملك لكنها توجب الرفع بعد الثبوت، وإذا كان عمل الشرط هو الرفع بعد الثبوت لم يعمل في

(١) ينظر: مختصر المزني: ٣/٢٩٤ مع الأم.
(٢) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح، ص ٣٩٥.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): دخل.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): من.

النكاح ؛ لأنه لا يحتمل الرفع بعد ثبوته بسبب شرطٍ فاسدٍ (كالحد لا يحتمل الرد)[١]، وَسَيردُ هذا في مسألة شرط الخيار في النكاح وليس كما لو تزوّج العبد امرأة على رقبته ؛ لأن الفساد ثَمّ ليس لعين الشرط بل لحكمه فإن النكاح لو صح وثبت المهر ملكت المرأة زوجها وهذا مفسد للنكاح بعد صحته ، لا رافع للعقد فثبت أن عين الشرط لا يفسد النكاح ولا يؤثر فيه ولكن حكمه يؤثر ، وفي مسألتنا حكم هذا الشرط غير مؤثر لأنا لسنا نجد مثل هذا الحكم يطرأ على النكاح فيفسده؛ ولأن البضع لا يصلح صداقًا ، لأن الصداق لا يكون إلا مالًا والبضع ليس بمال ، وإنما ينعقد الشرط بحكمه إذا أضيف إلى محله ، وأما إذا أضيف إلى غير محله فيلغو ويبقى العبرة لعينه ، وليس في عين الشرط ما يدل على بطلان النكاح ، وكذلك المرأة ليست بأهل لملك النكاح فالإضافة إليها تلغو ، وأما رقبة العبد مال[٢] تصلح أن تكون مهرًا والمرأة أهل أن تستحقها فجاز أن يعتبر حكمها .

قالوا: وهذا بخلاف ما إذا زوّجت نفسها من رجلين لأن كل واحد منهما أهل للنكاح على هذه المرأة وليس أحدهما بأولى من الآخر والجمع (لا يمكن)[٣] فيبطل كلاهما ، وفي مسألتنا الرجل أهل لملك النكاح والمرأة ليست بأهله فوقع النكاح لأهله وبطل الإيجاب للآخر[٤]، ولغا وصار هذا كما لو زوّجت نفسها من مَحرم وأجنبي فقبل الأجنبي صح النكاح ولغا الإيجاب للمحرم .

---

(١) في (ز): كما لا يحتمل الفسخ .
(٢) في (ز): فمال .
(٣) في (ز): غير ممكن .
(٤) في (ز): الآخر .

❁ **الجواب:**

أن هذه الكلمات خارجة على الطريقة التي بيَّنَّاها من قبل، وقد ذكرناها على وجه لا يرد عليها شيء من هذا[١]، وهو ظاهر للمتأمل. والمسألة الأخيرة ممنوعة بل عندنا إذا أوجب للمَحرم والأجنبي فقبل الأجنبي لم يصح النكاح؛ لأن الإيجاب لم يتم، والله أعلم.



※ **(مَسْأَلَة):**

نكاح المحرم، وإنكاحه باطل عندنا[٢].

وعندهم: صحيح[٣].

❁ **لنا:**

حديث أبان[٤] عن عثمان رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: **(لا ينكح المحرم ولا يُنكح)** أخرجه مسلم في الصحيح[٥][٦]، وفي بعض الروايات عن غير

---

(١) في (ز): مما ذكروه.

(٢) الأم: ٥/٧٨، النكت: ورقة ١٠٧/ب، المهذب: ٢/٤٣، حلية العلماء: ٣/٢٥٠، المجموع: ٧/٢٦٢.

(٣) الأسرار: كتاب المناسك: ص ١٧٨، مختصر الطحاوي: ص ٨١، الحجة: ٢/٢٠٩، شرح معاني الآثار: ٢/٣٧٣، البداية مع فتح القدير: ٣/٢٣٤، المبسوط: ٤/١٩١، رؤوس المسائل: ص٣٩٧.

(٤) أبان بن عثمان بن عفان الأموي أبو سعيد، وقيل: أبو عبد الله، مدني، ثقة من الثالثة، مات سنة: ٣٩٧هـ. روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص١٨.

(٥) في الأصل: الصحيحين، والتصويب من (ز).

(٦) ينظر: صحيح مسلم: ٩/١٩٣ ـ ١٩٥ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم.

عثمان وهو أنس برواية أبان عنه أن النبي ﷺ قال: **(لا يتزوج المحرم ولا يزوج)**[1] والصحيح هو الأول، وربما يحملون الحديث على الندب والنهي على الإفساد في العقود الشرعية؛ لأنه إذا كان جوازه بالشرع فإذا لم يعقد على مثال الشرع يفوت الجواز.

قالوا: وروى ابن عباس [٢١٨/أ] **(أن النبي ﷺ تزوج ميمونة وهو محرم)**، وهذا الخبر في الصحيحين[2].

والجواب: أن الروايات في الباب مختلفة، فروايته ابن عباس على ما قلتم برواية حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس[3]، وروى سلام أبو[4] المنذر[5] عن مطر[6] الوراق عن عكرمة عن ابن عباس **(أن النبي ﷺ تزوج بميمونة وهو حلال)**[7]، وكذلك رواه أبو رافع وهو خبر مشهور،

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦١/٣، قال الألباني في الإرواء ٢٢٦/٤. صحيح.

(٢) ينظر: صحيح البخاري: ٥٠٩/٧ مع الفتح، كتاب المغازي، باب عمرة القضاء.
صحيح مسلم: ١٩٦/٩ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم.

(٣) رواه أبو داود في سننه: ٤٢٣/٢ مع المعالم، كتاب المناسك رقم (١٨٤٤)، والدارقطني بهذا الإسناد في سننه: ٢٦٣/٣.

(٤) في الأصل: ابن و(ز)، والتصويب من سنن الدارقطني.

(٥) سلام أبو المنذر: سلام بن سليمان المزني أبو المنذر القارئ النحو البصري، نزيل الكوفة، صدوق يهم. قرأ على عاصم، من السابعة، مات سنة: ١٧١هـ، روى الترمذي والنسائي ينظر: التقريب: ص ١٤١.

(٦) مطر الوراق هو: مطر بن طهمان الوراق أبو رجاء السلمي مولاهم الخراساني سكن البصرة، صدوق كثير الخطأ وحديثه عن عطاء ضعيف، من السادسة مات سنة: ١٢٥هـ، روى له البخاري تعليقًا، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٣٣٨.

(٧) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٣/٣.

قال أبو رافع: وكنت السفير بينهما[١]، وكذلك رواية ميمونة قال: **(تزوجني رسول الله ﷺ وهو حلال)**، رواه عنها يزيد بن الأصم[٢]، وفي بعض الروايات عن ابن عمر **(أن النبي صلى الله عليه تزوج ميمونة وهو حلال)**[٣]، وهذه الروايات أشبه بالحق؛ لأن الظاهر أن النبي عليه السلام لا يقدم على النكاح وهو محرم، وقد نهى عنه قولًا وأقل أحوال النهي الكراهة فكيف يقدم على عقد مكروه؟.

وحكى بعضهم عن سعيد بن المسيب: أن ابن عباس وُهِم في هذه الرواية ما تزوج رسول الله صلى الله عليه ميمونة إلا وهو حلال[٤]، وعلى أنه يجوز أن يكون النبي عليه السلام مخصوصًا به[٥]، وعندنا على أحد الوجهين يجوز للنبي عليه السلام وأن كان لا يجوز لغيره، فإن قالوا: الأصل ما[٦] جاز لرسول الله جاز للأمة؛ لأنه أُسوة وقدوة للأمة، قلنا: قد كثرت خصائص النبي عليه السلام في النكاح على طريق الكرامة فلا يُلحق به غيره؛ لأنّه يؤدّي إلى وهن الكرامة ثم الدليل على أنه كان مخصوصًا به نهيه عن ذلك قولًا والخبر معتمد. وأما القياس نقول: النكاح داعٍ كامل إلى الوطء فيُمنع منه المُحرم؛ لأن الوطء معصية في حال الإحرام لعينه ودواعي المعاصي محرِّمة لعينه.

---

(١) الدارقطني في سننه: ٣/٢٦٢.

(٢) رواها مسلم في صحيحه: ٩/١٩٦ مع النووي، كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم. والدارقطني في سننه: ٣/٢٦٢.

(٣) رواها الدارقطني في سننه: ٣/٢٦١.

(٤) رواها أبو داود في سننه: ٢/٤٢٤ مع المعالم، كتاب المناسك رقم (١٨٤٥).

(٥) في (ز): بذلك.

(٦) في (ز): أنّ ما.




يبينه: وهو[١] أن حق المعصية الاجتناب عنها، ومن الاجتناب عنها اجتناب ما يدعو إليها، ودليل أن النكاح داعٍ كامل: أنه يدعو إلى الوطء طبعًا وشرعًا.

يدل عليه: أنه شُرع سببًا له موصلًا إليه مطلقًا إياه فثبت أنه داعٍ كامل ونتعلق بتحريم القُبلة واللمس، فنقول: هذه الأشياء مقدمات الوطء ويمكن أن يقال: أنها دواعي أيضًا فإذا حرمت المقدمات وسائر الدواعي حرم هذا الداعي أيضًا، ومما يدل على أن سبب الوطء مُلحَق بالوطء في الشرع أنه يُلحَق به في حرمة المصاهرة، ويُلحَق به في تحريم الجمع بين الأختين حتى أنه لا يجوز الجمع بين الأختين لا وطئًا ولا نكاحًا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الإحرام عبادة والعبادات لا تمنع الأنكحة، دليله: سائر العبادات.

وأما حرفهم قالوا: لا مانع من هذا العقد وقد صدر العقد[٢] من أهله في محله فجاز مثل ما قَبل الإحرام، وإنما قلنا: أنه لا مانع فإن[٣] المنع لو ثبت لكان يمنع الوطء ومنع الوطء لا يوجب منع العقد بدليل المنع بالحيض والنّفاس والصوم، وهذا لأن الوطء إنما يُمنع منه؛ لأنه استمتاع (وليس في العقد استمتاع، فقولوا: ما ليس باستمتاع لا يحرم بحرمة الاستمتاع مثل الصوم سواء، فأنه حَرُم الوطء فيه؛ لأنه استمتاع)[٤] فلم يحرم العقد الذي ليس فيه

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): لأنه.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).

استمتاع بحرمة الاستمتاع، قالوا: وأما القُبلة واللمس فهو الاستمتاع إلا أنه أدنى من الوطء، وهذا لأن سبب حرمة الاستمتاع ليكون المُحرم أشبه بالمهاجرين إلى الله المخلصين لعبادة الله تعالى، فلا يضم إليه ما هو ليس باستمتاع؛ لأن معناه لا يوجد فيه، قالوا: وأما كونه داعيًا إلى الوطء فلا يجوز أن يحرم بهذا، ألا ترى أن شراء الأَمَةِ يدعو إلى الوطء ولا يحرم بالإحرام، وكذلك الخلوة بالمرأة سبب داعٍ إلى الوطء بدليل أنها يحرم مع الأجنبية ومع ذلك يجوز للمحرم أن يخلو بمنكوحته لأنها في نفسه[1] ليست باستمتاع، كذلك النكاح ليس في نفسه استمتاع فلم يحرم.

قالوا: وأما الطيب فلم يحرم؛ لأنه من دواعي الجماع لكن هو في نفسه نوع ارتفاقٍ واستمتاعٍ وترفهٍ[2]، وأيضًا فإنه يُزيل هيئة المحرمين فإنه ﷺ قال: **(الحاج أشعث أغبر)**[3] وفي رواية: **(الحاج شَعِث تفلٌ)**[4]: يدل عليه: أن شراء الطيب مباح للمحرم وهو ينزل من التطيب منزلة النكاح من الوطء، قالوا: وأما اعتبار السببيّة فلا معنىً له بدليل ما بيّنّا، وهذا لأن تأثير الإحرام، إما في إزالة خوف عن محل[5]، وإما إثبات منع [٢١٨/ب] محلٍ مباحٍ أصله،

---

(١) في (ز): نفسها.

(٢) ليست في (ز).

(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده رقم (٨٠٤٧)، وابن حبان في صحيحه بلفظ: (أن الله يباهي بأهل عرفات أهل السماء فيقول لهم: انظروا عبادي جاؤني شعثًا غُبرا)، رقم (٣٨٥٢)، والحاكم في المستدرك، وقال: صحيح على شرطهما، ووافقه الذهبي: ٤٦٥/١.

(٤) رواه الترمذي في سننه: ٨١/٤ مع تحفة الأحوذي، كتاب التفسير.
وابن ماجه في سننه رقم (٢٨٩٦).

(٥) في (ز): المحل.

والنكاح ليس من هذين (في شيء)[1] إنما هو عقد على نفس المرأة وعلى المرأة فعقدها على نفسها مثل عقد الإنسان على بعيره وشاته وسائر الأشياء المملوكة له، قالوا: وأما فصل حرمة المصاهرة فإنما تعدت حرمة المصاهرة من الوطء إلى سببه؛ لأن تلك الحرمة مبناها على التعدية، ألا ترى أن الحرمة تعدت من الماء إلى اللبن وذلك في الإرضاع فإن الأصل المحرَّم هو البعضيّة، والبعضيّة بالماء ومع ذلك تعدت الحرمة من الماء إلى اللبن؛ لأن اللبن سبب النشؤ والماء سبب الخلق فتعدى حكمُ الماء الذي هو سبب الخلق إلى اللبن الذي هو سبب النشؤ، وأما في مسألتنا فليست حرمة الإحرام على التعدية بدليل أن الصيد يحرُم بالإحرام ثم لو أن سخلةً رُبيت بلبن ظبيةٍ لم تحرم على المحرم ولم يتعد حكم الإحرام من الماء إلى اللبن في هذه الصورة، وتعلّق (بالرجعية في المسألة بعضُهم)[2]: فإن الرجعة سبب لإباحة الوطء عندكم ومع ذلك جازت من المحرم عندكم[3]، وكذلك استدامة النكاح في حال الإحرام والمستدام هو المبتدأ والمبتدأ هو المستدام، قالوا: وأما العدة إنما[4] تمنع النكاح لما بينا أنها حق النكاح و(حق النكاح في النكاح)[5] ينزل منزلة نفس النكاح على ما سبق بيانه.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إن الإحرام عبادة، قلنا: نحن لا نجعله مانعًا من النكاح لأنه

---

(١) في (ز): من البابين.
(٢) في (ز): بعض بالرجعة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فإنها.
(٥) زيادة من (ز).

عبادة، وأما الصوم فليس هو سبب لتحريم دواعي الوطء بدليل أنه لا تحرم القُبلة واللمس بشهوة وإنما غاية ما فيه أنه يكره ذلك لأنه لا يأمن على نفسه مواقعة الوطء فإذا لم يكن[1] مقدمات الوطء فكيف تحرم أسبابه ودواعيه؟، والمعنى المفرق بين الصوم والإحرام في هذا وإن كان عين الوطء حرامًا في الموضعين هو أن الصوم يقصر زمانه ولا يطول فلم تقع الحاجة إلى تحريم الدواعي والأسباب لأن الصبر عن الوطء بذلك القدر يسهل على الإنسان، أما مدة الإحرام تطول والصبر عن الوطء يشُق ويصعب فوقعت الحاجة إلى تحريم الدواعي والأسباب ردعًا للنفوس عن تشوقاتها وتطلعاتها وقد قال الحسن البصري: «اقدعوا[2] هذه النفوس فإنها طُلَعة قُبعَةٌ وإلّا تقدَعوها تنزعُ بكم إلى شرغاية»[3] فكان تحريم الدواعي والأسباب مع طول الزمان عايدًا إلى تأكيد هذه الحرمة عند مسيس الحاجة إليه، وأما حرمة وطء الحائض والنفساء مستغنية عن تحريم الدواعي والأسباب لأن بالنفس والطبع[4] نفرةً عن مباشرة الحائض والنفساء، ولأن هناك لم يحرم الوطء لعينه وإنما يحرم لما يؤدّي إليه الوطء من استعمال الأذى على ما وَرَدَ به النص[5]، قال الله تعالى: ﴿قُلْ هُوَ أَذَى فَٱعْتَزِلُواْ ٱلنِّسَآءَ فِي ٱلْمَحِيضِ﴾[6] وإذا لم يحرم عينه[7] لم

(١) في (ز): تحرم.
(٢) اقدعوا: كُفّوا. ينظر: القاموس مادة (قدع) ٣/٦٧.
(٣) رواه أبو نعيم في الحلية، ولفظه: «اقدعوا النفوس فإنها خليعة وإنكم إن أطعموها تنزل بكم إلى شر غاية»: ٢/١٤٤.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): الكتاب.
(٦) سورة البقرة، آية: ٢٢٢.
(٧) ليست في (ز).

تحرم دواعيه وأسبابه، وأما الذي قالوه من بيان المعنى في تحريم الوطء فلسنا ننكر ذلك المعنى ولكن نقول: إن الاستمتاع وإن فُقِد في نفس النكاح لكنه سببٌ تامٌ وداعٍ كامل إلى الوطء محرم[1] أيضًا على ما سبق.

وأما تعلقهم بشراء الأمة والخلوة بالمنكوحة فنقول شراء الجارية ليس بداعٍ كامل إلى الوطء؛ لأنه[2] غير معقود ولا مشروع للوطء فإن شراء الجارية[3] لطلب المال وهو[4] وضع كل شراء في العالم بخلاف النكاح، وأيضًا فإن الدعاء من حيث الطبع غير كاملٍ أيضًا فإن طلب الشهوة وإن كان يحمله على الوطء فإن شفقته على ماليته[5] يزجره ويكفه عنه خوفًا من العلوق ومع العلوق ذهاب المال، وأما الخلوة فليست أيضًا بداعٍ كامل، لأن الخلوة ليست في وضعها للوطء، ألا ترى أن الخلوة بالمحارم جائزة والوطء حرام، وأما النكاح فهو للوطء وضعًا، وأيضًا فإن الخلوة ليست بسبب للوطء والنكاح سببه، فظهر الفُرْقَان، وأما الخلوة بالأجنبية لنوع كراهية لخوف مواقعةٍ محظورٍ، ويجوز أن يقال أن في مسألتنا أيضًا يكره، وأما شراء الطيب فالجواب عنه مثل الجواب عن شراء الأمة.

وأما قولهم: إن الحرمة بسبب الإحرام ليست على التعدية، فليس كذلك، بدليل أن شراء الصيد لا يجوز لأنه سبب إثبات اليد وإثبات اليد على

---

(١) في (ز): فحرم.

(٢) في (ز): فإنه.

(٣) في (ز): الأمة.

(٤) في (ز): وهذا.

(٥) في (ز): ما له.

الصيد حرام، فحرم سببه وهو مثل مسألتنا سواء وأما الذي قالوا أن تأثير الإحرام في [٢١٩/أ] كذا وكذا فهو كلام ينفردون به وإنما العبرة بتأثير السبب فمتى وُجد السبب المؤثر في تحريم النكاح حرّمه[١] وقد وُجد على ما سبق ويقال لهم: إن الشعور والأظافير محرمة التناول بالإحرام وأين الإباحة الأصلية في هذا الموضع.

وأما قولهم: إن حرمة المصاهرة مبنية على التعدية لأنها تتعدى من الماء إلى اللبن، وقلنا إن كان المعنى هذا فقولوا تتعدى من اللبن الذي هو غذاء في الحولين إلى الطعام الذي هو غذاء بعد الحولين فينبغي إذا اجتمع صبيان على تناول الطعام[٢] بعد الحولين يثبت[٣] بينهما الحرمة؛ لأن ذلك الطعام سبب لنشوهما فينبغي أن تتعدى الحرمة، فليس المعنى ما قالوا إنما هو إثبات نوع كرامة لألبان بنات آدم نصًا غير معقول المعنى، وهذا لا يوجد في ألبان الصيود.

وأما الرجعة فهو استدامة النكاح الأول (وإنما الرجعة)[٤] إزالة الخلل عن النكاح فحسب. ولسنا نقول هو سبب الوطء. وأما السبب هو النكاح السابق وكذلك فصل الاستدامة ولهذا حرم ابتداء التمليك للصيد في حال الإحرام ولو أحرم وفي ملكه صيد لم يبطل ملكه وأن أُمر برفع اليد، كذلك هاهنا لم يبطل النكاح وإن أُمر بالامتناع عن الوطء. والله أعلم.

(١) في (ز): حرم.
(٢) في (ز): طعام واحد.
(٣) في (ز): تثبت.
(٤) في (ز): فهي في الحقيقة.

※ (مَسْألَة):

مذهبنا أنه ينفسخ[(١)] النكاح بالعيوب وهي العيوب الخمسة المعروفة[(٢)].

وعندهم: لا يفسخ بالعيب بحال[(٣)].

لنا:

ما رواه الدارقطني بإسناده في كتاب السنن عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه: (**اجتنبوا في النكاح أربعة: الجنون والجذام والبرص**)[(٤)] ولم يذكر الرابع وروى أيضًا بطريق سعيد بن المسيب عن عمر ﷺ أنه قال: (**إيماء امرأة غُرّ بها رجل وبها جنون أو جذام أو برص فلها مهرها بما أصاب منها والصداق للرجل على وليّها الذي غَرّه**)[(٥)]، وفي رواية (**قضى عمر أن يُفرق بينهما**)[(٦)] وروى عن ابن عباس أنه قال: أربع لا تجوز في بيع ولا نكاح: المجنونة، والمجذوم، والبرصاء والغلفاء)[(٧)].

---

(١) في (ز): يفسخ.

(٢) ينظر: النكت: ورقة ٢٠٨/ب، رؤوس المسائل: ورقة ٤١/ب، المنهاج مع المغني: ٢٠٢/٣.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٦٣، مختصر الطحاوي: ص ١٨١، المبسوط: ٩٥/٥، الحجة: ٣١٥/٣، فتح القدير: ٣٠٣/٤، بدائع الصنائع: ١٥٣٧/٣.

(٤) ينظر: سنن الدارقطني: ٢٦٦/٣، وفي إسناده الحسن ابن عماره وهومتروك.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٧/٣، والبيهقي في سننه ٢١٤/٧ وقال ابن حجر في بلوغ المرام: ورجاله ثقات. ينظر: ص٢١٢.

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٧/٣، وفي إسناده الحجاج بن أرطاة وهو مدلس وقد عنعن.

(٧) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٧/٣، وما بين القوسين زيادة من (ز)، الغلفاء: يقال غلف غَلَفًا من تَعِب اذا لم يُختن فهو أغلف والأنثى غلفاء. ينظر: المصباح مادة غلف ص ٤٥١.

(وروى عن علي أنه قال:)[1][2] **(فيمن تزوّج بامرأة مجنونة أو برصاء، أو مجذومة، أو بها قَرَنَ، أنه بالخيار إن شاء أمسك، وإن شاء طلق)**[3]، وقد روى الرواة الخبر الذي فيه أن النبي عليه السلم تزوج بامرأة فوجد بها بياضًا فردّها، وقوله **(ردّها)** صريح في الفسخ كما يقال ردّ المبيعَ بالعيب يكون هذا القول صريحًا في الفسخ، فالأخبار والآثار على هذا الوجه في المسألة والكل شاهد لنا.

ومن جهة المعنى نقول: عقد النكاح سبب لإثبات حق في محل بعوضٍ فإطلاقه يقتضي سلامة الحق له. دليله: البيع، ونعني بـ (الحق) حق الاستمتاع، ونعني بـ (المحل) المنافع، وهذا لأن السلامة مقصودة في الحقوق، فإن الإنسان إنما يطلب حقًا يعقد ليَسلَم له، ألا ترى أنه تُطلب السلامة في الحق الثابت بالبيع فكذلك الزوج تُطلب السلامة في الحق الثابت بالنكاح، فإذا لم توجد السلامة ثبت الخيار.

والحرف: أن المطلَقَ من العقود محمول[4] على مقاصد المتعاقدين في

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ٢٦٧/٣ موقوفًا على علي ﷺ، قال في التعليق على الدار قطني وإسناد هذا الأثر صحيح.

(٣) رواه الإمام أحمد في المسند: ٤٩٣/٣، وابن أبي شيبة في مصنفه: ١٧٦/٤، وسعيد بن منصور في سننه: ٢٠٥/٢، وكل الطرق مدارها على جميل بن زيد عن كعب بن زيد أو زيد بن كعب.
قال ابن حجر في التلخيص: ١٣٩/٣، ١٧٧: «فيه اضطراب كثير على جميل بن زيد راويه وهو ضعيف».
وقال في الإرواء: «هذا حديث ضعيف جدًا»: ٣٢٦/٦.

(٤) في (ز): يحمل.

كل ما جوّز الشرع قصده وتحصيله، وأما بيان فوات السلامة: أن حق الاستمتاع يفوت بفوات الاستمتاع وفي الرتق[١] والقرن فات الاستمتاع حسًا وفي البرص والجذام والجنون فات الاستمتاع حكمًا؛ لأنه لا يمكنُه الاستيفاء مع هذه العيوب إلا بتحمل مشقة شديدة وهو الصبر عليها مع هذه العيوب والصبر على المرأة والقرار على صحبتها مع هذه العيوب يؤدّي إلى مشقة عظيمة ومكروه شديد وقد جاء الشرع بالفِرار من[٢] هذا العيوب بدليل ما ذكرنا من الأخبار. ويدل عليه: أن النبي ﷺ قال: **(فِرّ من المجذوم فِرارَك من الأسد)**[٣].

ورُوي أن النبي ﷺ أراد أن يبايع إعرابيًا[٤] فرأى بيده جُذامًا فقبض يدَه منه[٥]، وقال: (بايعناك)[٦]، ولأنه ربما يتعدّى[٧] إلى الولد، ولأنه وَرَدَ في الخبر أن النبي ﷺ قال: **(لا تُرضِع وَلَدَكم الحمقاء فإنه يُعدّي)**[٨] فهذه العيوب أولى[٩] ثم يدل على أن الفسخ يجوز في النكاح بالحكم والحقيقة،

---

(١) الرتق: يقال رتقت المرأة فهي رتقاء وهي التي لا خرق لها إلا المبال أو التي لا يستطاع جماعها. ينظر: المصباح مادة رتق ص٢١٨.

(٢) في (ز): عن.

(٣) رواه البخاري في صحيحه: ١٠/١٥٨، رقم (٥٧٠٧) مع الفتح.

(٤) في (ز): إنسانًا.

(٥) ليست في (ز).

(٦) رواه مسلم في صحيحه: ١٤/٢٢٨ مع النووي، كتاب السلام، باب اجتناب المجذوم، ولفظ «كان في وفد ثقيف رجل مجذوم فأرسل إليه النبي ﷺ إنا قد بايعناك فارجع».

(٧) في (ز): تعدى.

(٨) رواه ابن عدي في الكامل: ٥/١٨٠٣ في ترجمة عمرو بن خليف أبو صالح الحتّاوي، وقال: «ولعمرو بن خليف أحاديث غير ما ذكرتُ موضوعات، وكان يتهم بوضعها». ا. هـ.

(٩) في (ز): أولى أن تعدى.

أما الحكم (فالدليل عليه)[1] الفسخ بخيار العتق وخيار عدم البلوغ على أصلهم، وخيار عدم [٢١٩/ب] الكفاءة.

وهذه مسائل معتمدة في قبول النكاح[2] الفسخ، فإن العقد إذا قبل الفسخ بجهة يَقْبَل بكل جهة، ولأن هذا الحق (ثابت بالعقد)[3] وكل حق ثابت بعقد فيجوز إبطال ذلك الحق برفع العقد؛ لأن[4] كل محل يُعقَد عليه شيء يجوز أن يُحَل عنه فإن الأصل أن المحل إذا قَبِلَ خلوه عن (حق وملك)[5] وأثبت ذلك الحق بعقدٍ يجوز أن يُنقض ذلك العقد إخلاءً للمحل عن الحق ليعود إلى ما كان عليه من قبل، بدليل البيع، وأظهر منه السّلم، فإنه إثبات حق في المحل وهو الذِّمة فَقَبلَ الفسخ لأن الذِّمة تقبل خلوها عن الحق وقد ثبت هذا الحق بعقدٍ بعوضٍ فصح أن يفسخ ويُخلى المحل من الحق فيعود المحل إلى ما كان عليه من قبلُ، كذلك هاهنا، وهذا فصل معتمد.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: النكاح لا يقبل الفسخ ولا[6] يجوز رده بالعيب؛ لأن الرد بالعيب لا يتصوّر إلا بالفسخ، قالوا: والدليل على أنه لا يقبل الفسخ أنه لا تصح فيه الإقالة ولو قَبِلَ الفسخ قَبِلَ الإقالة؛ لأن الإقالة عين الفسخ.

---

(١) في (ز): فهو.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): يثبت بالعقد.
(٤) في (ز): فإ،.
(٥) في (ز): عقد ثابت.
(٦) في (ز): فلا.

يبينه: أن الإقالة في العقود هو الحَلّ الذي أشرتُم إليه؛ لأن ما يُعقد عليه من المحالّ يحل عنها العقود المعقودة عليها، وقد حُلّ بالإقالة ولم ينحل. ويدل عليه: أنه لا يقبل شرط الخيار والخيار مشروط للفسخ فإذا قَبِلَ الفسخ وجب أن يكون محلًا لشرط الخيار.

ويدل عليه: أنه لو قال لامرأته: (اختاري) فاختارت لا يكون فسخًا ولو احتمل الفسخ كان فسخًا كأحد المتعاقدين إذا خيّر صاحبَه يكون تمكينًا من الفسخ. وفصل الإقالة الذي بَدَوا به هو أحسن هذه الدلائل وأقواها. وأما من حيث الحقيقة قالوا: ملك النكاح ليس بملكٍ مطلقٍ مثل سائر الأملاك بدليل أنه لا يتصوّر نقله إلى أحد، ولو كان مُلكًا مطلقًا مثل سائر الأملاك لَقَبِلَ النقل وكذلك لا يستحق الزوج عوض البُضع إذا[1] وُطئت المرأة بالشبهة ولو كان الملك[2] مطلقًا لكان العوض له؛ لأن عوض ملك الإنسان يكون للمالك ولأنها حرة والحرية تُنافي الأملاك[3] فإن الله تعالى خلق الحر ليكون مالكًا لا ليكون مملوكًا وإنما ثبت ملك النكاح لضرورة قضاء الشهوة، وبقاء النسل في العالم، فيُجعل عدمًا في كل ما عدا موضع الحاجة ولا حاجة إلى الفسخ؛ لأن غاية ما في الباب أن الحاجة رُبَّما[4] تَمسُّ إلى رفع النكاح لوقوع النِّفار والشِّقاق بين الزوجين وعدم الموافقة المطلوبة، وهذا المقصود يحصل بالطلاق فلا معنى لاعتبار هذا الملك في حق الفسخ فبقي على العدم فيما

(١) في (ز): وكذلك إذا.

(٢) في (ز): ملكه.

(٣) في (ز): الملك.

(٤) في (ز): وإنما.

يرجع إليه كما تُرك على العدم فيما يعود إلى النقل وأخذ العوض عن[1] البُضع.

وأما[2] عدد الطلاق فنوع نظر من الشرع للزوج لأنه ربما يُطلق على ظن أن المصلحة فيه ثم يتبين أنه لا مصلحة فيه، فيراجع، وأما الخلع فهو طلاق عندنا[3]، وجواز الاعتياض لنوع حاجةٍ لأنه ربما يحتاج الزوجان إلى المخالعة بأن يكون الشقاق[4] من جانب المرأة ولا يرغب الزوج في طلاقها إلا بمالٍ يأخذه.

قالوا: وأما الإيلاء فهو طلاق عندنا موجّل[5]، وقد كان طلاقًا في الجاهلية فغيّره الشرع بإدخال الأجل فيه وكذلك الظهار كان طلاقًا فخففه الشرع حكمه بإثبات حرمة تنكشف بالكفارة.

قالوا: وعلى أن الإيلاء يمين حقيقة والظهار منكر من القول وزور وواحد منهما ليس له اختصاص بالنكاح غير أن الشرع جعل لكل واحد منهما حكمًا معلومًا إذا وُجد في النكاح، وأما اللعان فهو عقوبة القذف على ما عُرف في مسائل اللعان.

قالوا: ومما يدل على ما قلنا هو: أن الفسخ رفع العقد على وجهٍ لا يبقى له أثر وهذا لا يتصوّر في النكاح، أو هو إعادة ما أثبته لصاحبه بالعقد إلى نفسه بالفسخ وهذا أيضًا لا يتصوّر في النكاح.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): قالوا: وأما.

(٣) ينظر: المبسوط: ٦/١٧١، رؤوس المسائل: ص ٤٠٤.

(٤) في (ز): النِّفار والشقاق.

(٥) ينظر: المبسوط: ٧/٢٠، رؤوس المسائل: ص ٤٢٣.

قالوا: وأما المسائل التي أوردتم[1] فلا نقول في هذه المسائل أن الموجود فسخ النكاح بل هو رفع العقد وليس بفسخه وبيان هذا في خيار العتق ظاهر ؛ لأن ملك الزوج يزداد عليها بالعتق وهو ملك نصف الحِلّ على ما سنبين من بعد فلها أن تدفع هذا الملك باختيار نفسها ، وكذلك خيار البلوغ هو رفع العقد أيضًا ؛ لأن غير الأب والجد ليس لهما ولاية إلزام العقد فيجعل العقد كالمعدوم في حق اللزوم فيكون اختيار المرأة نفسها دفعًا [٢٢٠/أ] للعقد من وصف اللزوم وكذلك في خيار عدم الكفاءة فإن العقد من المرأة جُعل كالمعدوم فيما يعود إلى حق الأولياء ، فإنه ليس لها ولاية التصرف في حقهم بالإسقاط فكان للأولياء حق الدفع مثل عقد يُعقد في حق شخصٍ فيدفعه ويأباه ولا يرضى به ثم إذا ثبت الدفع في هذه الصورة ارتفع العقد بقدر ما كان ثابتًا[2] ضرورة ؛ لأنه لا يتصوّر رفع هذه العقود إلا مع ارتفاعها بقدر ما ثبت لكن ضرورة لا بوجه الفسخ ، هذا هو الذي قالوه جُهد المقلّ وتنفس المختنق ، وربما يقولون النكاح يشبه البيع من وجهٍ ؛ لأنه يملك بتملك ويشبه الإسقاط من وجهٍ على معنى أن المرأة تسقط على[3] نفسها وبُضعها بعوض تأخذه مثل الخلع في جانب للزوج فلشبهه بالعقد[4] صح الفسخ بتلك الوجوه ولشبهه بالإسقاطات لا يصح الفسخ بالعيب. تعلقوا بطريقة أخرى في المسألة.

وقالوا: العيب الموجود منفصل على[5] المعقود عليه ، فلا يوجب

(١) في (ز): أورد نحوها.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): عن.
(٤) في (ز): بالبيع.
(٥) في (ز): عن.

الفسخ، وإنما قلنا ذلك لأن المعقود عليه الحِلّ[1] ولا يتصور (العيب فيه)[2] فإن المنفعة لا تتصور[3] أن يكون هو المعقود عليها، فلا يوجب الفسخ بدليل جواز النكاح على الرضيعة ولا منفعة لبضعها، وبدليل أن التأقيت يبطل النكاح ولو كان العقد واردًا على المنفعة لكان التأقيت إعلامًا للمعقود عليه فوجب أن يكون مصححًا للعقد لا مُبطلًا له. وتعلقوا في هذه المسألة بفصل مشكل وهو موت المرأة قبل الدخول فإن الأمة أجمعت على أن العقد لا ينفسخ بل يستقر حتى يجب جميع الصداق ولو كان تعذر الاستمتاع يثبت حق الفسخ فكان فواته أصلًا قبل الاستيفاء يوجب انفساخ العقد كما لو هَلَكَ المبيع قبل القبض.

ويدل عليه: أنه لو أَبَقَتْ المرأة فإنه تعذر[4] الاستيفاء بإباقها ومع ذلك لا يثبت حق الفسخ وأيّ فرق بين تعذره بالإباق وتعذره بالبرص والجنون الذي قلتم بل التعذر هاهنا أكثر، وهو معلوم لا يحتاج إلى شرح[5] وبيان، هذا[6] جملة كلامهم في هذه المسألة، وقد تعلق عامة مشايخهم بسائر العيوب وصوّروا صُوَّرًا توجب تعذر الاستمتاع على ما عرف.

الجواب:

أما قولهم: إن النكاح لا يقبل الفسخ وقد[7] بينا أنه يقبله، وأما فصل الإقالة والخُلع عندنا في النكاح هما بمنزلة الإقالة في البيع فإن لم يقبله بعينه

(١) في (ز): هو الحل.
(٢) في (ز): به العبيب.
(٣) في (ز): لا يجوز.
(٤) في (ز): قد تعذر.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): وخرج على هذا.
(٧) في (ز): فقد.

فقد قَبِلَ ما يقوم مقامه، وعلى أنه إنما لا يقبله فإن الإقالة تشبه البيع، ألا ترى أن عندكم هي بيع جديد في حق غير المتعاقدين، وعلى أصلنا هي بيع جديد في أحد طريقي المذهب، ومن حيث الحقيقة نعلم أنها تشبه البيع؛ لأنها معنى يتضمن نقل الملك في المبيع إلى البائع لتراضي المتعاقدين مثل ما ينقله إلى غيره وإذا أخذ شبه البيع لم يجز في النكاح بخلاف الفسخ بالعيب، وغيره لا[1] يشبه البيع بوجهٍ ما، وأما شرط الخيار إنما لم يجز في النكاح؛ لأنه ينافي مقتضاه وهو إيصال الحِلّ بعقد النكاح، فأشبه عقد المتعة لما كان ينافي مقتضى النكاح، وهو التأبيد فإنه أوجب قصرُ النكاح على الزمان المذكور ففسد[2] النكاح وإذا كان شرطًا فاسدًا من هذا الوجه أفسد النكاح لأنه لما شَرَطَه[3] فيه فقد جعله وصفًا له وحقًا فيه، (ألا ترى أنه لو صح شرط الخيار كان وصفًا له وحقًا فيه)[4] وهو شرط فاسد فمتى فسد النكاح بوصفه فسد بأصله هذا هو الدليل على أن شرط الخيار يفسد النكاح خلافًا لهم، وأما مسألة المُخَيَّرة فإنما لم نجعله فسخًا لأن السلف من الصحابة والتابعين أجمعوا على أن هذا من كنايات الطلاق، وفيه خلاف منقول معروف في الكتب، أعني كم يقع به الطلاق، وأنها تكون رجعيًا أو بائنًا، وهذا الخلاف مع اتفاقهم أن الواقع به طلاق[5].

وأما الذي قالوا: إن ملك النكاح ليس بملكٍ مطلق، ليس كذلك، بل

---

(١) في (ز): ولا.
(٢) في الأصل: فسد والتصويب من (ز).
(٣) في (ز): شرط.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) ينظر: فتح القدير: ٣/٨٧.

هو ملك مطلق، وعدم قبول النقل إلى غيره إنما كان لأن المقصود فيه يختص بالمتعاقدين من الوصلة والسكن مثل ملك القصاص لا يقبل النقل إلى غيره؛ لأن المقصود فيه يختص بولي القصاص وهو التشفي؛ ولأنه لا يوجد السكن متى علمت المرأة أنه يملك نقل ملك المتعة إلى غيره. وأما عدم استحقاق عوض البضع إذا وطئت بالشبهة[1] فهو ملك صحيح مطلق، غير أنه يظهر لجواز الاستيفاء والاعتياض بالخلع مثل ملك المنفعة في الإجارة فظهر جواز الاستيفاء والتمليك من العين[2] ولا يظهر في استحقاق عوض المنفعة [٢٢٠/ب] إذا استوفيت بشبهةٍ فعندنا يجب لمالك الدار لا للمستأجر، وعندهم كذلك إذا قضى القاضي يوجوبها.

وأما قولهم: إن الحرية تنافي الملك. قلنا: نعم، تنافي[3] ملك اليمين، أما ملك النكاح فلا، ألا ترى أن الرق في الشخص ينافي ملكه ملك اليمين لا ملك النكاح، وذلك في العبد وإن سلمنا أنه ملك ضرورة فيجوز أن يكون كذلك، ويقبل الفسخ. الدليل عليه عقد السّلم: فإنه عقد لضرورة المحاويج ومع ذلك قَبِلَ الفسخ. وبفصل السَّلم يبطل قولهم: إن الفسخ يقتضي إعادة عين ما يثبت لصاحبه بالعقد إليه، ولا يتصور هذا في النكاح فإن هذا يبطل بالسَّلم فإنهما إذا تفاسخا السَّلم يكون فسخه سقوط الدين عن ذمة المسلم إليه، وعود رأس المال إلى رب السَّلم، كذلك الفسخ يكون بسقوط ملك المتعة عن المرأة وعود المهر إلى الزوج (إذا كان قبل الدخول.

---

(١) في (ز): بشبهةٍ.

(٢) في (ز): الغير.

(٣) ليست في (ز).

وقولهم: إن فسخ العقد هو رفعه من غير أن يبقى له أثر، فهذا يقولونه على أصولهم)[١]، (وإذا جاز)[٢] قبل الدخول لا يبقى للنكاح أثر، فجوِّزوا فسخه في هذه الحالة.

والمسائل التي ألزمناهم من الفسخ بالوجوه التي قلناها في غاية الإلزام، وعذرهم ليس بشيء، فإنه رفع عقد متبرم[٣] صحيح بتلك الأعذار فجوّزوا هاهنا أيضًا فسخ العقد بعذر العيب وإن قلتم ذلك رفع العقد لا فسخه فاجعلوا هاهنا الرد بالعيب رفع العقد لا فسخه على معنى إن في حق[٤] اللزوم يصير كأنه لا نكاحَ فيكون الرد رفعًا للعقد مثل ما قلتم في تلك الصورة، وأما الطريقة الثانية فقد بينا وجه وجود العيب، وسبب الرد، وأما المعقود عليه هو[٥] المنفعة لأنها هي المستحقة والمستوفاة والحِلّ حُكمُ الله كالملك[٦] في البيع ثم المعقود عليه في البيع العين المبيعة لمقصود الملك، كذلك هاهنا المعقود عليه المنفعة لمقصود الحل. وأما مسألة موت المرأة قبل الدخول فيجوز أن نقول بردة المرأة قبل الدخول توجب فسخُ العقد[٧]، وأما تلك المسألة فإنما كان كذلك؛ لأن الموت يُنهى النكاح؛ لأنه عقد وصلة وصحبة لزمان العُمر فإذا انتهى زمان العقد انتهى العقد مثل الإجارة تنتهي مدتها، وإذا

(١) ما بين القوسين زيادة في (ز).
(٢) في (ز): على أن ما.
(٣) في (ز): مبرم.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): فهو.
(٦) في (ز): مثل البيع.
(٧) في (ز): النكاح.

(انتهى استقر مثل الإجارة)[١] التي بيناها، والصوم إذا انتهى بدخول الليل، والشيء إذا انتهى لا ينفسخ بالانتهاء ولا يتصور فسخه من بعد. وأما إذا أَبَقَتْ المرأة فبالإباق لا يفوت إلا اليد ولا ملك لليد[٢] في النكاح، وأما في البيع فملك اليد ثابت فإذا فات بالإباق جاز الفسخ، وأما التعلق بسائر العيوب، فليس بشيء؛ لأنها لا يوجب بقدر[٣] الاستمتاع وهي خارجة على ما ذكرنا من التقرير وهذا لأن الشرع أمر بالصبر مع هذه العيوب وحسن الصحبة ولم يُطلق الفرار (بخلاف مسألتنا)[٤].

وأما ما تعلق به الأصحاب من الجَبّ والعُنَّةِ في جانب الزوج فهو إلزام حسن في أصل ثبوت الخيار وإن كانوا لا يعترفون بالفسخ بواحدٍ منهما وعذرهم عنه في غاية الضعف وهو ظاهر (عند المتأمل)[٥]. والله أعلم.



※ (مَسْألَة):

إذا أعتقت الأمة[٦] وهي تحت حر لم يكن لها الخيار عندنا[٧].

وعندهم: لها الخيار[٨].

---

(١) في (ز): انتهت استقرت الإجارة.
(٢) في (ز): يدٍ.
(٣) في (ز): بعذر.
(٤) في (ز): أما في مسألتنا بخلافه.
(٥) في (ز): للمتأمل.
(٦) في (ز): المرأة.
(٧) الأم: ٥/١٢٢، النكت: ورقة ٢٠٩/أ، المهذب: ٢/٥١، روضة الطالبين: ٧/١٩٢.
(٨) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٥٧، المبسوط: ٥/٩٩، بدائع الصنائع: ٣/١٥٣٩.

❁ **لنا:**

حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها **(أن بريرة أعتقت**[1] **وكان زوجها عبدًا فخيرها النبي عليه السلام)** ولو كان حرًا لم يخيرها، وهذا نص، وعائشة رضي الله عنها لا تقطع مثل هذا على[2] النبي عليه السلام إلا بعد سماع، وهذا الخبر خرجه مسلم في الصحيح[3] قالوا: روى إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها **(أن زوج بريرة كان حرًا)**[4] فخيرها النبي عليه السلام، قلنا: هذا رواه أبو معشر[5] ومنصور[6] عن إبراهيم، وروى الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها **(أن زوج بريرة كان مملوكًا)**[7] وهذه الرواية أولى لأنها موافقة لرواية عروة والقاسم بن محمد عن عائشة رضي الله عنها[8]، ولرواية صفية[9] بنت أبي عبيد

(١) في (ز): عتقت.

(٢) في (ز): عن.

(٣) ينظر: صحيح مسلم: ١٠/١٤٧ مع النووي، كتاب العتق، باب بيان أن الولاء لمن أعتق، والدارقطني في سننه: ٣/٣٨٩.

(٤) رواه النسائي: ٦/١٣٣. والدارقطني في سننه: ٣/٢٩٠.

(٥) أبو معشر: هو زياد بن كليب الحنظلي الكوفي، ثقة، من السادسة، مات سنة ١١٩ أو ١٢٠هـ، روى له مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب: ص ١١١. وروايته عند الدارقطني: ٣/٢٩٠.

(٦) منصور بن المعتمر بن عبد الله السَّلمي أبو عثاب الكوفي، ثقة، ثبت وكان لا يدلس من طبقة الأعمش، مات سنة: ١٣٢هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٣٤٨. ورواته عند أبي داود في سننه: ٢/٧٦٢ رقم (٢٢٣٥).

(٧) رواها الدراقطني في سننه: ٣/٢٨٩.

(٨) وروايتهم عند مسلم في الصحيح. ينظر: صحيح مسلم: ١٠/١٤٥ ـ ١٤٦ مع النووي.

(٩) صفية بنت أبي عبيد بن مسعود الثقفية زوج ابن عمر، قيل لها إدراك، وأنكره الدارقطني. وقال العجلي: ثقة فهي من الثانية. روى لها البخاري تعليقًا ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص٤٧٠. =

ولرواية ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم[1]، وقال ابن عباس: **(كان عبدًا اسمه مغيث وكأني أنظر إليه يتبعها في سكك المدينة يبكي)**[2].

وقد دل على هذا قوله عليه السلام: **(إن شئت أقيمي تحت هذا العبد)**[3]، ولستُ أصححُ التأويل الذي أوّله الأصحاب أنه يحتمل أنه كان عبدًا وقت الإعتاق حرًا عند التخيير؛ لأنه لم يُنقَل إعتاق زوج بريرة أصلًا وقد بينا أنه كان عبدًا وقد ثبت في الصحيحين أنه كان عبدًا[4]، وثبت بقوله عليه السلام: **(إن شئت أن تستقري تحت هذا العبد وإن شئت فارقيه** [٢٢١/أ] **ففارقته)**[5] وهذا نص في أن الزوج كان باقيًا على الرق عند التخيير. وأما[6] المعتمد هو ترجيح الروايات التي وردت أن زوجَها كان عبدًا وقد ظهر الترجيح، وأما ما يروون **(أن النبي عليه السلام قال لها ملكت بُضعك فاختاري)**[7].

وقولهم: إنه عليه السلام جعل علة الخيار معنى فيها. قلنا: هذا اللفظ لا يثبت

= وروايتها عند الدارقطني في السنن: ٢٩٣/٣.

(١) رواها عن الدارقطني في السنن: ٢٩٣/٣.

(٢) رواها البخاري في صحيحه: ٤٠٧/٩ مع الفتح رقم (٥٢٨٢).

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٢٨٨/٣ ـ ٢٨٩، قال ابن حجر في الفتح (وهو من رواية أسامة بن زيد عن عبدالرحمن بن القاسم وأسامة فيه مقال) ينظر: ٤١١/٩.

(٤) ينظر: صحيح البخاري: ٤٠٦/٩ مع الفتح رقم (٥٢٨٠).
وصحيح مسلم: ١٤٧/١٠ مع النووي، كتاب الولاء.

(٥) رواها الدارقطني في سننه: ٢٨٨/٣، والبيهقي في سننه ٢٢٠/٧ من طريق أسامة بن زيد ينظر: حاشية ٧ ص ٢٥٥.

(٦) في (ز): وإنما.

(٧) رواه الدارقطني بلفظ «اذهبي فقد عتق معك بضعك» السنن: ٢٩٠/٣، موصولًا لكن التخيير ثابت في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها

ولم يرد في كتاب يُعتمد عليه وعلى أنه يحتمل أن يكون معنى قوله: (**ملكت بُضعك**) أي ثبت لك الخيار فعبِّر عن ثبوت الخيار بملكها بُضعها والمعنى أن النكاح مشتمل على زمان الرق والحرية وهذا مقطوع به. والدليل عليه: أيضًا أنها بعد العتق لو اختارت زوجها لا يحتاج إلى عقدٍ جديدٍ وإذا ثبت ما قلنا[1] فنقول: ليس في عتقها إلا تبدل زمان تناوله النكاح بزمان تناوله النكاح، وهذا لا يوجب الخيار مثل تبدل مرض بصحةٍ أو صحة بمرضٍ أو كفر بإسلامٍ أو جنون بإفاقةٍ أو إفاقة بجنونٍ.

يبينه: أن العتق ما أظهر إلا المساواة بين الزوجين ووجود المساواة بين الزوجين إن لم توجب زيادة وِكَادَة وقرار النكاح فلا توجب تزلزلًا ووهنًا في النكاح.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: من حيث المعنى هو التعلق بما إذا كان الزوج عبدًا (فأعتقت الأمة ثبت لها الخيار بالإجماع لكنا نقول: الخيار إنما ثبت لها لعدم الكفاءة لا لزيادة الحِلّ، كما قالوا)[2].

قالوا: ولا نعرف معنى يوجب ثبوت الخيار سوى ازدياد ملك الزوج عليها فإنه قد ثبت أن ملك الحِلّ على الأمة على النصف مما على الحرة بدليل الأحكام على ما يذكرون في كتاب الطلاق، فإذا أعتقت فقد ازداد ملك الزوج عليها (فإنه قد ثبت أن ملك الحِلّ على الأمة على النصف)[3] وهو

(١) في (ز): قلناه.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

ثبوت ملك نصف الحِلّ ولم يكن ثابتًا وقد ثبت بعد العتق فلها أن لا يرضى بهذه الزيادة كما لها أن لا ترضى بأصل النكاح إذا زوجت بعد العتاق إلا أنه لا يمكنها أن تدفع هذه الزيادة إلا بفسخ أصل العقد فانفسخ أصل النكاح ضمنًا لدفع هذه الزيادة كأحد الشريكين كاتب نصيبه فللآخر دفعه عن نصيبه لفسخ أصل العقد، كذلك هاهنا. وربما يعتبرون[1] الزيادة بطول مدة الرجعة والمعتمد هو الأول وبعضهم أحال ثبوت الخيار لها على أصل ملكها نفسها ليظهر أثره (لملكها نفسها)[2].

الجواب:

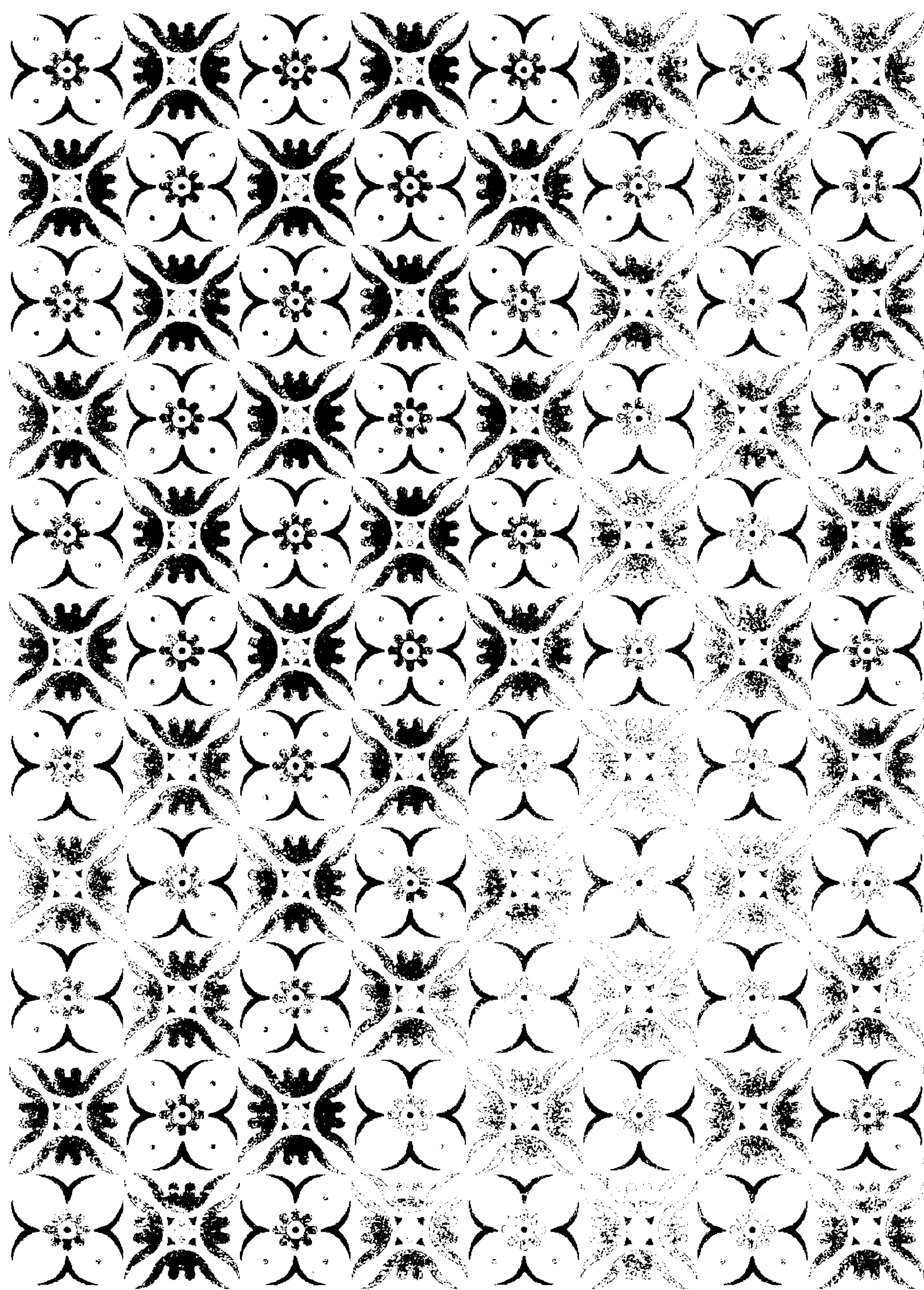
أنا لا[3] نسلم زيادة[4] ملك الحِلّ، وعندنا ملك الحِلّ على الأمة مثل ملك الحِلّ على الحرة لا تفاوت بينهما بحال وسنبين من بعد وقد ذكرنا[5] في مسألة طول الحرة وعلى أنه وإن سلم لهم، نسلم مجادلة فهذه الزيادة مستحقة بأصل[6] النكاح، لكن ظهورها عند عتقها بدليل أنها لو اختارت زوجها لا يحتاج إلى عقدٍ جديدٍ، ولو كان الثابت زيادة ملك الحِلّ لم يكن مستحقًا بأصل النكاح لاحتاج إلى عقدٍ جديدٍ مثل إثبات نصف الحِلّ الذي هو المزيد عليه وهذا دليل[7] مقطوع به، وإذا كانت مستحقة بأصل النكاح

(١) في (ز): يفسرون.
(٢) في (ز): أثر ملكها.
(٣) في (ز): أنا لسنا.
(٤) في (ز): ازدياد.
(٥) في (ز): ذكرناه.
(٦) في (ز): بأصل عقد.
(٧) ليست في (ز).

على الوصف الذي قلنا[1] لم يدل ظهورها على ثبوت الخيار مثل مَنْ تزوّج طفلة لا تحتمل الوطء وصارت[2] بحيث تحتمل الوطء لم يثبت لها الخيار، وكذلك إذا تزوّج مريضةً لا تحتمل الوطء ثم صحت واحتملت، وأما الرجعة فليس الموجود إلا طول زمانها بوجوب عدة الحرائر عليها، وطول مدة الرجعة ليس يدل على زيادة ملك؛ لأن قدر الرجعة في الزمانين واحد عندنا، وهو[3] رجعتان، إذ الطلاق عندنا معتبر بالرجال، وأما ملكها نفسها فليس إلا أنها صارت حرة وصرورتها حرة لا يدل على ثبوت خيار؛ لأن الحرية لا تنافي لزوم العقد في الابتداء فطريآنها من أين يجعل اللازم غير اللازم؟ والرضا يعتبر عند العقد وقد وُجد الرضا[4] ممن اعتبر الشرع رضاه[5] فلم يعتبر من بعد كالأب يزوّج الصغيرة ثم تبلغ لم يعتبر وجود الرضا منها ويكتفي بالرضا من الأب في حال صغرها، كذلك هاهنا، والله تعالى أعلم بالصواب، وبه الحول والقوة.



(١) في (ز): قلناه.
(٢) في (ز): فصارت.
(٣) في (ز): وهما.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): منه الرضا.



كتابُ الصَّدَاقِ

※ (مَسْأَلَة): [١٢١/ب]

الصَّدَاقُ[١] عندنا غير مقدَّر بعشرة دراهم[٢].

وعندهم: مقدَّر بعشرة دراهم أو دينار يساوي عشرة دراهم[٣][٤].

❖ **لنا:**

حديث سهل بن سعد أن النبي ﷺ قال لرجل: **(تزوجها ولو بخاتم من حديد)**[٥] وفي رواية كنا عند النبي ﷺ فجاءت امرأة تعرض نفسها فخفض[٦] البصر ورفعه فلم يُردها فقال رجل من الصحابة[٧]: زوجنيها يا رسول الله، قال: **(هل عندك شيء؟ قال: ما عندي شيء[٨]، قال: ولا خاتم من حديد؟**

---

(١) الصداق: بفتح الصاد وكسرها، يقال: أصدقت المرأة: سميتُ لها صداقًا. تحرير ألفاظ التنبيه: ص ٢٥٦.

(٢) النكت: ورقة ٢٠٩/ب، المهذب: ٥٦/٢، رؤوس المسائل: ورقة ٤٢/أ.

(٣) ليست في (ز).

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٦٥، المبسوط: ٨٠/٥، بدائع الصنائع: ١٤٢٦/٣، رؤوس المسائل: ص ٣٩٩.

(٥) رواه البخاري في صحيحة ٢١٦/٩ مع الفتح باب المهر بالعروض وخاتم من حديد، والدارقطني في سننه: ٢٥٠/٣.

(٦) في (ز): عليه فخفض منها.

(٧) في (ز): من أصحابه.

(٨) ليست في (ز).

قال: ولا (الخاتم من الحديد)[١]**، ولكن أشق بُرْدِي هذا وأعطيها النصف وآخُذ**[٢] **النصف، قال: لا، هل معك من القرآن شيء)**[٣] الخبر، وروى صالح[٤] بن رومان عن أبي الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال: لو أن رجلا تزوج امرأة على ملأ كَفٍّ من الطعام لكان ذلك صداقًا[٥].

وعن جابر أيضًا قال: كنا ننكح على عهد النبي ﷺ على القبضة من الطعام[٦]، وروى برد[٧] بن سنان عن أبي[٨] هارون عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ قال: **(لا يضر أحدكم بقليل ماله تزوج أو بكثيره بعد أن**

---

(١) في (ز): خاتم من حديد.

(٢) في (ز): وأمسك.

(٣) رواه البخاري في صحيحة ٩/١٣١ مع الفتح باب تزويج المعسر، والدارقطني في سننه: ٣/٢٤٧.

(٤) صالح بن مسلم بن رومان، وقد ينسب إلى جده، روى له أبو داود. ينظر: التقريب: ص ١٥٠.

(٥) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٣، ١٩٠، والبيهقي في سننه: ٧/٢٣٨، قال ابن حجر في التلخيص ضعيف وروي موقوفًا وهو أقوى ٣/١٩٠

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٣، وفي إسناده يعقوب بن عطاء بن أبي رباح المكي ضعفه ابن حجر التقريب ٣٨٧.

(٧) في الأصل: يزيد، والتصويب من (ز)، ومن سنن الدارقطني: ٣/٢٤٤.
برد بن سنان أبو العلاء الدمشقي، نزيل البصرة مولى قريشي، صدوق، رُمي بالقدر من الخامسة، روى له البخاري في الأدب المفرد، وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٤٣.

(٨) في الأصل: أبي، والتصويب من (ز) ومن سنن الدارقطني: ٣/٢٤٤.
وأبو هارون العبدي اسمه: عمارة بن جوين مشهور بكنيته، متروك، ومنهم مَنْ كذبه، شيعي، من الرابعة، مات سنة ١٣٤هـ، روى له البخاري في خلق أفعال العبادة، والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص ٢٥١.

يشهد)[1] وروى محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: **(انكحوا الأيامى ثلاثًا وأدّوا العلائق بينهم، قيل: ما العلائق بينهم يا رسول الله؟ قال: ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيب من أراك)**[2]، وفي الباب إخبار كثيرة اقتصرنا على هذا القدر، وهي نصوص في إسقاط التقدير الذي ذهبوا إليه، وأما الخبر الذي يروون **(لا مهر دون عشرة دراهم)**[3] فرواه مبشر[4] بن عبيد الله عن الحجاج[5] بن أرطاة عن عمرو[6] بن دينار عن عطاء عن جابر، ومبشر بن عبيد الله متروك الحديث بإجماع أهل الحديث[7]، فإن قالوا: أليس رُوي هذه اللفظة عن علي رضي الله عنه أيضًا، قلنا: روى[8] داود[9] الأودي عن الشعبي عن علي رضي الله عنه وأنكر سفيان رواية

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٤، وفي اسناده عبدالله بن سلمة بن أسلم ضعفه الدارقطني....

(٢) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٤، والبيهقي في سننه: ٧/٢٣٩، وقال البليماني: ضعيف.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٢/٢٤٥.

(٤) مبشر بن عبيد الحمصي أو حفص، كوفي الأصل، متروك، ورماه أحمد بالوضع من السابعة، له في ابن ماجه حديث واحد في غسل الميت، روى له ابن ماجه. ينظر: التقريب: ص ٣٢٨.

(٥) الحجاج بن أرطاة بن ثور بن هبيرة النخعي، أبو أرطاة، الكوفي القاضي أحد الفقهاء، صدوق، كثير الخطأ والتدليس من السابعة، مات سنة ١٤٥هـ، روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب: ص ٦٤.

(٦) عمرو بن دينار المكي أبو محمد الأثرم الحجمي مولاهم، ثقة، ثبت، من الرابعة، مات سنة ١٢٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. التقريب: ص ٢٥٩.

(٧) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٢٤٥، سنن البيهقي: ٧/٢٤٠.

(٨) في (ز): رواه.

(٩) داود بن يزيد بن عبد الرحمن الأودي الزعافري أبو يزيد الكوفي الأعرج، عم عبد الله بن إدريس، ضعيف، من السادسة، مات سنة ١٥١هـ، روى له البخاري في الأدب المفرد، والترمذي، وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص ٩٧.

داود هذا[١]، ثم هو مرسَل لأن الشعبي لا يصح منه رواية عن علي إنما روى أن له رُؤية، ولم يُسمع منه شيئًا[٢]، وروى جعفر بن محمد عن أبيه أن عليًا قال: (**الصداق ما يتراضى به الزوجان**)[٣]، وروى عكرمة عن ابن عباس أن عليًا رضي الله عنه قال: (**لا مهر أقل من خمسة دراهم**)[٤]، وقد ذكر بعضهم أن خبرنا ناسخ وأخباركم منسوخة، وأراد إثبات تقديم وتأخير بالظن ولا ينبغي أن نَشرَع معهم في الجواب عنه؛ لأن خبرهم لا يثبت أصلًا وما لا ثبات له لا نسخ[٥] به.

وأما الكلام من حيث القياس فهو لنا في غاية الظهور والوضوح: لأن المهر مشروع في النكاح ليكون عوضًا والعشرة وما دون العشرة في العوضية واحد فاستويا في صلاحية الصداق وهذا لأن العشرة إنما صلحت عوضًا لأنه مال وما دون العشرة أيضًا مال، فنقول: مال فيصلح صداقًا كالعشرة والتعليل لما دون العشرة، والدليل على أن العبرة بالمال قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[٦] فأضاف الأموال التي هو[٧] اسم جمع إلى الجماعة فصار المعنى هو إثبات الابتغاء بالمال لكل واحد من الجماعة وإذا

---

(١) ينظر: سنن الدارقطني: ٣/٢٤٧.
(٢) ينظر: تهذيب التهذيب: ٥/٦٨.
(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٦، والبيهقي في سننه: ٧/٢٤١.
(٤) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٢٤٦.
(٥) في (ز): ينسخ.
(٦) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٧) في (ز): هي.




أصدق ما دون العشرة فقد ابتغى بالمال فحصل به (امتثال بالمال المشروع)[1] فحصل المشروع لأن (من امتثل)[2] المشروع بطريقه لابد من حصول المشروع له[3] وقد تعلّق الأصحاب (في طريقه المضايقة)[4] بما لو أصدقها خمسة دراهم، و[5] قالوا: التسمية صحيحة بدليل ثبوتها وعدم العدول إلى مهر المثل ولو كانت التسمية فاسدة لوجب مهر المثل كما لو سَمّى الخمر والخنزير، فإذا صح المسمى لم يجز الزيادة عليه كسائر المسميات الصحيحة، ولا حاجة بنا إلى العدول إلى مضايقةٍ بعد أن وضح الكلام في نفس المسألة.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: وجوب المهر حق الله تعالى بدليل أنهما لو تراضيا على سقوطه لا يسقط، فعندنا يجب بالعقد[6]، وعندكم يجب بالدخول[7]، وهذا لحقيقةٍ: وهو أن حق الله تعالى متعلق بالأبضاع ولهذا يجب الحد وإن رضيت المرأة بالزنا، ولهذا لا يجري فيه البدل والإباحة، وإذا تعلق حق الله تعالى بالبضع تعلق بالعقد عليه، وإذا تعلق حق الله تعالى بالعقد عليه تعلق [٢٢٢/أ] بالمال الذي شرع فيه، ولأن النكاح لطلب النسل على ما ذكرناه ولله تعالى في النفوس حق الاستعباد.

---

(١) في (ز): بالامتثال للمشروع.
(٢) في (ز): امتثال.
(٣) في (ز): به.
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) عند الحنفية.
(٧) عند الشافعية.

يبينه: أن في كثرة النسل كثرة عباد الله وفي كثرة عباد الله كثرة عبادة الله، والعبادة حقه فتعلق حقه أيضًا بتكثيرها وفي النكاح تكثيرها بالطريق الذي بيَّنَّا[(١)]. وربما يقولون لما تعلق حق الله بالنفوس تعدِّي إلى السبب الذي شُرع ذلك[(٢)] لتحصيلها فثبت أن حق الله متعلق بالمال المشروع في النكاح لتعلق حقه بالنكاح فإنما يتأدّي بمالٍ مقدرٍ لأن حقوق الله تعالى تكون مقدرة بدليل سائر حقوق الله تعالى.

يبينه: أن المال شُرِعَ في عقد النكاح لأنه وارد على البضع وهو محل محترم ذو شرف وخطر فَشُرِعَ المال (في سببه)[(٣)] لإظهار خطره وشرفه وذلك لأن ما يوصل إليه بغير شيء يهون عند الناس وما لا يوصل إليه إلا بالمال يَشْرَفُ ويعزّ في القلوب وإذا كان المال شرع لهذا المعنى فلا يظهر شرف المحل وخطره إلا بمال له شرف وخطر وأقله عشرة دراهم[(٤)]. ألا ترى أنه تُقطع به (اليد في السرقة)[(٥)] والمحل الذي له خطر لا يُستوفى إلا بمالٍ (له خطر)[(٦)]، فأما ما دون العشرة فهو تافهٌ خسيسٌ[(٧)] حقيرٌ فلا يظهر شرف المحل به، ولهذا قلنا: لا تُقطع اليد بسرقته. وتعلقوا بالجزية، وقالوا: المهر مال لم يُجعل أصل إيجابه إلى المتعاقدين فلا يُجعل تقديره إلى المتعاقدين. دليله: الجزية، وهذا لأنه لما لم يُجعل أصل إيجابه إلى المتعاقدين فكان هذا من

---

(١) في (ز): ذكرناه.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فيه.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): يد السارق.
(٦) في (ز): خطير.
(٧) ليست في (ز).

الحقوق الواجبة التي يجب على الإنسان الخروج منها لا من الحقوق التي يتصرف فيها بإرادته واختياره، قالوا: وليس يدخل على هذا الوكيل بالبيع حيث يبيع بما عَزّ وَهَانَ عند أبي حنيفة[1] وأن لم يكن أصل إيجاب العوض فيه إليه، حتى لو وَهَبَ لا يجوز، لأن الوكيل نائب عن الموكل، وإنما يبيع بأيّ بدل شاءَ، بحكم تفويض الموكل إليه على العموم فكان الموكِّل هو الفاعل لذلك وقد جعل أصل العوض إليه فكان التقدير إليه بخلاف مسألتنا على ما سبق بيانه، وقرّروا فصل التعلق بالسرقة بأن اليد محل له خطر كالبضع محل له خطر بل خطر البضع أكثر[2] من خطر اليد؛ لأن موجب قطع اليد يسقط بإباحة القطع وموجب الوطء الحرام من الحد لا يسقط بإباحة الحِلّ[3] في المرأة.

قالوا: وأما اختلاف النصاب في السرقة والمهر في مسألتنا على أصلنا من حيث أن تفاهه الجنس وسرعة الفساد يمنع وجوب القطع ولا يمنع صلاحية الصداق فإنما[4] كان الافتراق من حيث أن القطع يندريء بالشبهة (وسرعة فساد)[5] هذه الأشياء لا يخلو عن شبهة كما ذكرنا في تلك المسألة، وأما المهر فليس مما يندريء بالشبهات[6] فاعتبر أصل وجود المال المقدر ولم ينظر إلى تفاهة الجنس ولا إلى تسارع الهلاك، قالوا: وإما إذا سُمّي

(١) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٧٨، مختصر القدوري مع الجوهرة: ١/٣٩٤.
(٢) في (ز): أوفى.
(٣) في (ز): الوطء.
(٤) في (ز): وإنما.
(٥) في (ز): وسرقة.
(٦) في (ز): بالشبهة.

خمسة دراهم[1] فتجب عشرة؛ لأن العشرة في كونها صداقًا لا تتجزأ وهو على أصلنا مشروعًا مثل الطلاق الواحد لا يتجزأ معقولًا، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل فوجب جميع العشرة لهذا، ولا يزاد عليها بإيجاب مهر المثل؛ لأنها سقطت برضاها وقد رضيت بسقوطه فإن الرضا بخمسة رضًا بسقوط ما زاد على العشرة قطعًا، وهذا لأن حق الشرع قد تأدّي بقدر العشرة، فلو وجب ما زاد كان لحقها، وقد رضيت بسقوطه. وأما إذالم يُسمّ شيئًا فإنها رضيت ورغبت في الجود والبذل وتقليد المنّة فإذالم يصح بذلها وَجَبَ لها عوض فلا يدل رضاها بالبذل على رضاها بالبدل اليسير إذا وَجَبَ البدل؛ لأن الإنسان قد يرغب في الجود إحسانًا ومِنّةً فإذا آل الأمر إلى العوض يطلب العوض التام؛ لأن مَنْ غُبِنَ في العوض غُبِنَ بعقله، والعاقل يرغب في إظهار الجود ولا يرضى بالغبن في العقل.

الجواب:

أما قولهم: إن وجوب المهر لحق الله تعالى.

قلنا: ما قولكم في الواجب أهو حق الله تعالى أم حق المرأة؟، فإن قالوا: حق الله ينبغي أن يُصرف إلى مصارف حقوق الله، وينبغي أن لا يكون للمرأة إسقاطه، وإن قلتم أن الواجب حقها فالإيجاب حقّها لأن الإيجاب لإظهار الواجب فإذا كان الظاهر حقها فالإظهار حقها، فإن قالوا: حق الله تعالى في أصل المهر ثم إذا وجب لحق الشرع فالبقاء حقها [٢٢٢/ب] لإيصال النفع إليها، وهذا لأن البقاء لنفع العباد فيكون حق العباد.

(١) ليست في (ز).

قلنا: هذا هو الدليل على أن المهر حق العباد لأن المهر مال مُنتفَع به والأصل في الأموال المنتفع بها أنها أوجبت(١) لمنافعها؛ لأن المطلوب من الأموال منافِعها والنفع حق العباد، فالمال حق العباد وكذلك نقول في جميع الأموال التي تجب بالشرع ابتداءً أو تجب بالعقد أن كلها حق العباد، وقد بيَّنا هذا في الزكاة وأنما حقوق الله تعالى في الحدود والزواجر لأنها مشروعة لحفظ حدود الدِّين، والدِّين حق الله تعالى، فما شرع لحفظ حدوده حتى لا يُهتَك فيكون حقًا له أيضًا، فأما وجوب المهر مع تراضي المتناكحين على سقوطه، لا(٢) نسلم، وسيأتي من بعدُ والذي قالوا: إن حق الله تعالى تعلّق بالأبضاع والنفوس فتعلق بالعقد المعقود عليها والمعقود لتحصيلها.

قلنا: قد تعلّق حتى وجب الإشهاد لحق الشرع وحتى لا يُستباح البُضع إلا بالعقد لحق الشرع وهذا لأن النكاح بالمتناكحين لا بالمهر إنما المهر مال زائد وراء ما يَتِمّ به النكاح، فلا يدل تعلّق حق الله تعالى بالنكاح أو بالبُضع حتى(٣) تعلق حقه بالمال، وسنبين هذا الأصل في المسألة الثانية وعلى أنا إن سلمنا تعلق حق الله بالمهر فنقول حقه في أن لا يُملك البُضعُ إلا بعوضٍ صيانة عن البذل والإباحة وهذا المعنى يحصل بالعوض الكثير والقليل.

وأما الشرف الذي تعلقوا به قلنا: قد ظهر شرف البُضع في منع البذل والإباحة فيه وبإيجاب الشهادة فيه وأيضًا لو كان وجوب المال لهذا(٤) المعنى

---

(١) في (ز): وجبت.
(٢) في (ز): فلا.
(٣) في (ز): على.
(٤) في (ز): فيه لهذا.

وجب أن لا يجوز النقصان عن قيمة البُضع، وهو مهر المثل؛ لأن النقصان عن قيمته يؤدّي إلى الاستهانة به، والاحتقار له، فإن الشرع نَزّل المحاباة في العوض منزلة الهبة والتبرع بدليل اعتباره من الثلث، وأما القطع في السرقة، فبعيد عن مسألتنا؛ لأن الكلام في أعواض العقود وأعواض العقود معقولة المعاني وهو أن تكون بالمال[1]؛ لأن المال متقوّم والقيمة عوض فما[2] هو متقوّم يصلح عوضًا، وأما محال الجنايات ومقاديرها فيقلّ الوقوف على معانيها؛ لأن الله تعالى شرع العقوبات زاجرًا[3] عن الجنايات بقدر الجنايات ومقادير الجنايات ومنازل هتك الحرمات لا يقف عليها إلا الله تعالى، والقطع في السرقة واجب بإزاء الجناية لا بإزاء المال، والجناية بسرقة ما دون النصاب لا يكون كالجناية بقدر النصاب، وفي مسألتنا ما دون العشرة مثل العشرة في العوضيّة فإنما[4] يشترط المهر ليكون عوضًا على ما سبق، وأيضًا فإن الزواجر للحاجات، وقد لا توجد الحاجة الزاجرة فيما دون النصاب لقلتها وخستها بخلاف النصاب، والجواب الأول كافٍ، وأما الجزية فالتقدير فيها محض شرع وليس للقياس فيها مجال. فإن قالوا كذلك في الفرع، قلنا: لا نص لكم[5] أصلًا في إثبات التقدير وإنما نتكلم في القياس وطمعهم في إثبات أصل التقدير بالقياس فهو مطمع مُكدي ومُنتجع مُمحمل واليأس غالب.

وأما قولهم: إن العشرة لا تتجزأ صداقًا.

---

(١) في (ز): مالًا بمالٍ.
(٢) في (ز): عما.
(٣) في (ز): مزاجر.
(٤) في (ز): وإنما.
(٥) في (ز): لهم.

قلنا: لا تتجزأ معقولًا ومحسوسًا بل تتجزأ محكومًا، ثم الأولى بهم أن يوجبوا مهر المثل مثل ما أوجبوا إذا ترك التسمية أصلًا. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

المفوضة[1] يجب لها مهر المثل بالعقد في أحد قولي الشافعي[2] رضي الله عنه.

وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه[3]، وفي القول الآخر: لا يجب لها المهر بالعقد[4]، وهو الأقيس[5]، وعليه المناظرة، وعلى هذا القول إذا مات أحد الزوجين لم يجب شيء من المهر[6]، وقد رُوي عن علي وزيد وابن عباس وابن عمر مثل مذهبنا[7]، وقالوا: حسبها الميراث لا مهر لها، وهم يروون مثل قولهم عن ابن مسعود وقد رووا خبرًا برواية إبراهيم عن علقمة أن عبد الله بن مسعود حكم في رجل تزوّج امرأة ولم يُسمّ لها المهر شيئًا فتردد ابن مسعود فيها شهرًا، ثم خطب فقال: أقول فيها برأي فإن كان صوابًا فمن الله، وإن كان خطأ فمن الشيطان [٢٢٣/أ] أرى لها مهر مثل نسائها لا وَكس ولا

---

(١) المفوضة: هي المرأة التى زوجت بدون مهر. ينظر: القاموس المحيط مادة: فاض ٢/٣٥٣.

(٢) النكت: ورقة ٢١١/ب، المهذب: ٢/٥٨، روضة الطالبين: ٧/٢٨٢.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٣٥، المبسوط: ٥/٦٢، مختلف الرواية: ورقة ٨٥/أ، كشف الأسرار: ٢/٣٨٧، رؤوس المسائل: ص ٤٠٢.

(٤) الأم: ٥/٦١، النكت: ورقة ٢١١/ب، روضة الطالبين: ٧/٢٨٢، المهذب: ٢/٦١.

(٥) قال في رؤوس المسائل: وهو أصح القولين. ورقة ٤٣/أ.
ورجحه العراقيون والبغوي والروياني. ينظر: روضة الطالبين: ٧/٢٨٢.

(٦) مغني المحتاج: ٣/٢٣٣، الأم: ٥/٦٨.

(٧) النكت: ورقة ٢١١/ب، وقد ذكر هؤلاء بأسمائهم.




شطط فيها، فقام أناس من بني أشجع فيهم أبو الجراح[1] صاحب راية الأشجعيين ومعقل بن سنان الأشجعي فقالوا: نشهد أنك قضيت (فينا بمثل)[2] ما[3] قضى به رسول الله صلى الله عليه في امرأة منا تُسمي بروع[4] بنت واشق الأشجعية فَسُرّ عبد الله بن مسعود سرورًا شديدًا لموافقة قضائه قضاء رسول الله صلى الله عليه[5]، وهذا خبر مشهور في الرواية غير أنه لم

---

(١) أبو الجراح بن أبي الجراح الأشجعي، روى عن النبي ﷺ قصة بروع بنت واشق، وعنه عبد الله بن عتبة بن مسعود، وقال الحافظ في التهذيب: «وقد قيل فيه أبو الجراح الأشجعي كذا في مسند أحمد في الحديث». ينظر: تهذيب التهذيب: ٦٥/٢، وينظر: المسند:= = ٤٣٠/١، ٤٣١، ٤٤٧، ٤٤٨، ٢٧٩/٤، ٢٨٠.

(٢) ليست في (ز).

(٢) في (ز): بما.

(٣) في (ز): بما.

(٤) بروع بنت واشق امرأة بني رواس، وبنو رواس حي من عامر بن صعصعة. المنتقى لابن الجارود: ص ٢٤١.

(٥) رواه الترمذي في سننه: ١٩٦/٢ مع تحفة الأحوذي، وقال: حديث حسن صحيح، روى عنه من غير وجه.
وأبو داود في سننه: ٥٨٩/٢ مع المعالم، رقم ٢١١٦.
والنسائي: ٩٨/٦، ٩٩، ١٠٠.
ورواه أحمد في المسند: ٤٣٠/١، ٤٣١، ٤٤٧، ٤٤٨، ٢٧٩/٤، ٢٨٠.
ورواه ابن الجارود في المنتقى: ص ٢٤١.
ورواه البيهقي في سننه: ٢٤٤/٧ ـ ٤٤٦، وقال: هذا إسناد صحيح، وهذا الاختلاف في تسميته من روى قصة بروع بنت واشق عن النبي ﷺ لا يوهن الحديث، فإن جميع هذه الروايات أسانيدها صحاح، وفي بعضها ما دلّ على أن جماعة من شجع شهدوا بذلك فكان بعض الرواة سمى منهم واحدًا، وبعضهم سمى اثنين، وبعضهم أطلق ولم يسم، ومثله لا يرد الحديث ولولا ثقة ابن مسعود من رواه عن النبي ﷺ لما كان لفرح ابن مسعود بروايته معنى.

يُذكر في الصحيحين لأجل الاختلاف في اسم الراوي ولأجل أن عليا رضي الله عنه لم (يقبل هذه)[1] الرواية[2] ولأنه نُقِل عن بعض الأشجعيين أنهم قالوا: لم يكن قط فينا امرأة تُسمَّى بروع، وقال الشافعي: لو ثبت لقلتُ به[3] وهذا قول منصفٍ مُقدّم السُّنة على رأي الرجال، ويحتمل أن المزوِّج كان هو الولي وقد ترك التسمية من غير أن يوجد منها رضًا بتركها وأسأل الله تعالى العصمة من مخالفة السنن، ونقطع أن عليًا لم يترك القول بهذا الخبر إلا لتُهمة ريبة، وَمَنْ قدّم عليًا واقتدى به فقد استوثق لدينه.

وأما الكلام من حيث المعنى نقول: المهر خالص حقها وقد رضيت بعدم وجوبه وهي من أهل الرضا فصار كما لو أبرأت بعد التسمية والإبراء بعد التسمية في البقاء مثل ترك التسمية في الابتداء، وقد دللنا في المسألة الأولى أن المهر خالص حقها.

يبينه: أن المعقود عليه عقد النكاح فلا يخلو: إما أن (يقال: المنفعة)[4]، تكون في حكم الأجزاء، أو يقال: هو منفعة محضة، وأيّهما كان فبدله يكون حق المرأة بمنزلة أرش يدها يكون حقا لها أو أجرة عملها من الكنس والطبخ، يكون محض حقها، وأما الذي يعتمد عليه في المسألة تحقيقًا، وهو: أن

---

(١) في (ز): يقل بهذه.

(٢) رواه البيهقي في سننه: ٧/٢٤٧، وفيه عبد بن ميسرة أبو إسحاق الكوفي قال الدارقطني: ضعيف، وقال ابن حبان: كثير الوهم على قلة روايته، كثير المخالفة للثقات فيما يروي عن= = الثقات. ينظر: تهذيب التهذيب: ١/٤٨، والمجروحين لابن أبي حاتم: ٢/٣٢.

(٣) ينظر: الأم للشافعي: ٥/٦١.

(٤) ليست في (ز).

النكاح عقد يَتِمّ بدون المهر معقولًا ومشروعًا فلم يقتض بنفسه وجوبه وهذا لأن الشيء إذا تَمَّ بدون شيء واستقل مع عدمه لا يُضم إليه لا بدليل يوجب ذلك من غيره. ثم الدليل على أنه يَتِمّ بدون المهر المشروع والمعقول، أما المعقول فلأن التزويج ازدواج والنكاح مضامة والازدواج والمضامة إنما تصح بين نفس ونفس وبدن وبدن فأما بين مال ونفس فلا يتصور بحالٍ، وإن شئت عبَّرت عن هذا فتقول: عقدُ سكنٍ بنص الكتاب وهذا السكن هو سكن المرأة بالرجل، والرجل بالمرأة، وهو معنى قوله تعالى: ﴿وَجَعَلَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا لِيَسۡكُنَ إِلَيۡهَا﴾[1]، وقال الله تعالى في موضع آخر: ﴿لِّتَسۡكُنُوٓاْ إِلَيۡهَا وَجَعَلَ بَيۡنَكُم مَّوَدَّةٗ وَرَحۡمَةً﴾[2] ولا يتصوّر هذا السكن إلا لذات مع ذات، فأما بمال وذات فلا، وأما المشروع فلأنا أجمعنا على أن مَنْ تزوج امرأة ولم يُسمّ لها مهرًا يجوز العقد وإن كان المال عوضًا أصليًا في عقد النكاح لم يجز من غير تسمية؛ لأن العقود مشارطات شرعية ومواجبات قصدية بالعقود المشروعة فلا[3] مال (بلا إيجاب)[4] ولا عوض إلا بقصدٍ وشرطٍ وهذا لأن المهر إذا كان عوضًا أصليًا في النكاح مثل الثمن في البيع والأجرة في الإجارة، فإنما يصير العقد عقدًا به وإذا صار عقدًا فلا يتصوّر (به عقد)[5] إلا بعاقدٍ فإذا لم يُسَمّ فلم يعقد العقد به فانعدم العقد في حق المهر لعدم فعله من التسمية فإذا انعدم العقد في أحد الموضعين انعدم في حق الآخر، ولهذا المعنى لم يكن

(١) سورة الأعراف، آية: ١٨٩.

(٢) سورة الروم، آية: ٢١.

(٣) في (ز): ولا.

(٤) في (ز): إلا بإيجاب.

(٥) في (ز): العقد.

بد من ذكر الزوجين ولهذا لم يكن بد من ذكر الأثمان في البياعات والأُجر في الإجارات لتصح العقود وهذا الذي قلناه في نهاية الاعتماد، فإن قال قائل: فالمهر إذا سُمّي يكون عوضًا عن ماذا؟.

قلنا: قد ثبت معقولًا ومشروعًا على ما بينا[1]، وأما المهر فيجوز أن يقال أنه عوض زائد على معنى أنه عوض من وجهٍ وليس بعوضٍ من وجهٍ، وأما ما ليس بعوض من وجه لما بيَّنا وعوض من وجه على ما سيذكرون ويجوز أن يقال أن المهر مال القوامية مثل النفقة وهو معنى قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾[2] الآية، والمراد بالإجماع هو المهر والنفقة، وهذا لأن النكاح عقد مشترك بين الزوجين بدن ببدن وذات بذات وحِلَّ بِحِلٍّ، واستمتاع باستمتاعٍ، إلا أن الزوج اختص بالقوامية حتى يحبسها في البيت ويمنعها من الأزواج ويكون الطلاق بيده، فالشرع جعل عليه مالًا لها بهذه القوامية [٢٢٣/ب] فأثبت المهر لها لتحصيل طيب قلبها وإرضائها بالمال، ويكون المال بإزاء ما استحق عليها من ولاية القوامية وتتم مصالح النكاح وتتمهد وجوه السكن مثل النفقة سواء إلا أن سبب هذا هو التسمية في أصل عقد النكاح، وأن أُريدَ وجوبه في أصل العقد وسبب النفقة قيامه عليها في[3] دوام النكاح بالتمكن منها، واحتباسها عليه، فهذا تمام ما أوردناه من البيان، وتبين بهذا الوجه الذي قلناه أيضًا أن المهر خالص حقها على نظير النفقة.

---

(١) في (ز): بيناه.
(٢) سورة النساء، آية: ٣٤.
(٣) في (ز): من.

❁ وأمّا حجّتهم:

بعد الحديث الذي رويناه من قبل، قالوا: النكاح عقد بعوض فلم ينعقد من غير عوضٍ كالبيع وهذا لأنه شُرِعَ بعوضٍ وما شُرِعَ بعوضٍ لا يحصل من غير عوض، ثم الدليل على الوصف قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[1] فالله تعالى عدَّ المحرِّمات ثم ذكر تحليلَ ما وراء المحرمات وأخبر أنه أحل بالمال؛ لأنه قال: ﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ فَعُرِفَ أنه هو المشروع وأنه بغير المال غير مشروع.

يبينه: أنه لما كان الأصل في الأبضاع الحرمة فقد شُرِعَ ابتغاؤها بالمال فبقي الابتغاء بغير المال على أصل الحرمة ثم المعتمد لهم من حيث المعنى، و[2] هو: أن النكاح لو شُرِعَ بمالٍ وغير مالٍ لاختلف العقد عند ذكر المال وعند تركه، ألا ترى أن ملك اليمين لما شُرِع بمالٍ وغير مالٍ اختلف العقد عند ذكر العوض وتركه فكان أحدهما بيعًا والآخر هبة، ولاختلفت أحكام العقدين مثل ما يختلف حكم[3] البيع والهبة، وهذا لأن ذكر[4] العوض بالعوض لا يكون هو العطية بلا[5] عوض وحين لم يختلف العقد في مسألتنا بحال وكان النكاح واحدًا في الموضعين عرفنا أنه ما شُرع إلا على وجهٍ واحدٍ وهو أن يكون بعوض.

(١) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): بغير.

واستدلوا على هذا الأصل بفصل الأب إذا زوّج ابنته الصغيرة بدون (مهر المثل يجب المهر)[1] ، ويصح النكاح ، وإذا كان النكاح شُرع بمهرٍ وغير مهرٍ فالشرع ملكه النكاح بالمهر ، فإذا عقد بغير مهر وَجَبَ أن لا ينعقد العقد[2] ؛ لأنه فَعَلَ غير ما ملكه الشرع وحين صح النكاح[3] عرفنا أن المشروع واحد.

(يدل عليه)[4]: أن النكاح عقدٌ قضيته المساواة بين الزوجين ليتم السكن والازدواج بينهما ، وقد اختص الزوج بمالكية لا توجد للمرأة فلابد لها من ملك في مقابلته وليس ذلك إلا ملك الصداق ؛ لأن بُضع الرجل ليس بمحل للملك[5] فجُعل لها ملك الصداق ليكون العقد مِلكًا بملكٍ ، وإذا كان ملكًا بملكٍ صار المهر عوضًا أصليًا مثل الثمن مع المبيع.

قالوا: وبهذا نعترض على قولكم: «أن[6] الازدواج لا يكون لبدنٍ مع مالٍ» لأنه وإن كان كذلك إلا أن الشرع نقل الازدواج بدنًا ببدنٍ إلى المعاوضة مِلكًا بملك ثم السكن والازدواج مندرج في هذه المعاوضة حاصل بها فكان ذلك ثمرة النكاح ، والذي قلناه أصل ما ينعقد عليه العقد وبه يعقد[7] النكاح. وقد تعلقوا في أصل وجوب المال بالفصل الذي قلناه في المسألة الأولى وهو أن المهر وجب لحق الله تعالى وطريقة ما ذكروه في تلك المسألة ، وبعضهم

---

(١) في (ز): المهر يجب مهر المثل.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): يدل على ما قلناه.

(٥) في (ز): الملك.

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): عقد.



قال: وجب العوض (حقًا لله تعالى على صيانة البضع)[١] عن الابتذال بالبذل والإباحة والنكاح بغير عوض محض بذلٍ كالهبة محض بذلٍ والأبضاع مصونة عن الهبات كما هي مصونة عن الإباحات. واستدلوا بفصلين مشكلين: أحدهما وجوب المهر بالدخول بالإجماع فالحرف المتعلق به في هذا الفصل هو: أنه إذا مَلَكَ البضع بغير عوض، فالوطء استيفاء المعقود عليه، وَمَنْ مَلَكَ شيئًا بغير عوض وصحح الشرع ذلك لم يجب عليه عوض باستيفائه.

يبينه: أنه لو وجب بالدخول فكان الأولى أن يجب بالعقد لأن العوض يقابل ابتداء الملك لا بقاء الملك، ألا ترى أن مَنْ اشترى أباه عتق عليه، واستقر عليه الثمن، ولو كان العوض يقابل البقاء لرجع بالثمن على البائع؛ لأن البقاء قد فات بالعتق، قالوا: وأما الأُجرة في الإجارات عندنا تجب[٢] حين يملك المنفعة، إلا أن تلك[٣] المنفعة تكون عند استيفائها أو ينعقد العقد ساعة فساعة، وحين ينعقد وتملك يجب العوض. وأما الفصل الثاني الذي[٤] يتعلقون به هو المطالبة بالمهر وإن كان المهر لم [٢٢٤/أ] يجب فلأي معنى يُطالَب به؟.

يبينه: أن المطالبة ثاني الوجوب فدلّت على الوجوب، قالوا: وأما المطالبة على أصلنا فهي مطالبة بإعلام مهر المثل، وإذا فوِّض فيصير كأنه أعلم المهر الواجب، وإن زاد على مهر المثل فيكون زياد على المهر، والزيادة

---

(١) في (ز): لحق الله تعالى صيانة للبُضع.
(٢) في (ز): فتجب.
(٣) في (ز): تملك.
(٤) زيادة من (ز).

على المهر عندنا جائزة، وإن نقص يكون حَطًّا بالرضا من المرأة، قالوا: وبالوجه الذي قلنا نعترض على قولكم أن العقد يتم بدونه، وكذلك على قولكم إن المهر عوض زائد بل هو أصلي بالوجه الذي قلناه. وعلى أنا لا ننكر أنه ليس في الأصالة مثل العوض في البياعات، والإجارات إلا أنه مال لابد منه كما بيَّنا، وإن كان تبعًا من وجهٍ قالوا: وأما قولكم: إنه[1] إذا لم يُسمّ يجوز العقد، بلى، ولكن أوجب[2] الشرع فلم يخل العقد عنه، وكلامنا في أنه لا يجوز خلو العقد عنه.

يبينه: أن إيجابُ الشرع المهرَ وإن لم يوجبه العاقدان دليل على وِكَادَتِهِ في هذا العقد، وشدة لزومه له حيث لم يخل منه وإن تُرِكَتْ تسميتُه والاكتفاء بإيجاب الشرع عن إيجاب المتعاقدين غير مستبعد، ألا ترى أنه لو سَمّى الخمر أو الخنزير يوجب[3] مهر المثل، وهما وإن سُمِّيا صورة لكن قد تركا التسمية معنىً حيث سَمِّيا ما لا يصلح عوضًا بحالٍ، قالوا: وليس يلزم على (ما قلنا)[4] الذمي إذا زوّج[5] ذمية بغير عوض[6] لأن عندنا إنما لم[7] يجب إذا كانا[8] يتدينان بسقوط المهر[9]، وعندنا إنما وجب المهر لحق الله تعالى

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): حيث أوجبه.
(٣) في (ز): وجب.
(٤) في (ز): كلامنا.
(٥) في (ز): تزوج.
(٦) في (ز): مهر.
(٧) في (ز): لا.
(٨) في (ز): كان الزوجان.
(٩) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٥٨.




والذمي لا يُخاطَب بحق الله تعالى، إذا لم يكن التزمه بعقد الذمة وقد أُمرنا أن لا نتعرض لأنكحتهم وعقودهم، قالوا: وأما إذا زوِّج المولى أمته من عبده بغير مهر يجب ثم يسقط لأنه لا يمكن الحكم ببقائه[1]، قالوا: وأما إذا مات الزوجان فلا نقول بسقط المهر لكن تعذر القضاء به؛ لأن المسألة مصوّرة فيما إذا كان قد طال العهد وتقادم وتعذّر الرجوع إلى مهر نساء العشرة، ألا ترى أن أبا حنيفة قال في هذه المسألة: أرأيت لو اختصم ورثة علي مع ورثة عمر في مهر أم كلثوم أكنت أقضي به؟[2].

❁ **الجواب:**

قولهم[3]: إنه عقد مشروع بعوض.

قلنا: إن عنيتم العوض بالمال مثل العوض في البياعات، فلا نسلم وإن عنيتم أنه شُرع بعوض ليكون معاوضة ببدن المتناكحين فهو مسلم.

أما قوله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾[4].

قلنا: لا يصح لكم[5] التعلق بهذه الآية، ثم نقول: أنه يصح النكاح بغير تسمية عوض؛ لأن الابتغاء بالمال لا يوجد إلا بذكر المال، فأما إذا أوجب[6]

---

(١) الأسرار: كتاب النكاح، ص ٦٥٨.
(٢) بدائع الصنائع: ١٤٢٥/٣.
(٣) في (ز): قولكم.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): أوجبه.

الشرع فلا يكون هذه مبتغىً بالمال، فبطل تعلقهم بالآية بهذا الطريق، وتَبيّن أن المراد بذكر المال في الآية هو إثبات كونه مشروعًا فيه على الجملة، ونحن نقول به على الطريق الذي قلنا[١].

يبينه: وهو أن الآية الأخرى وهي قوله تعالى: ﴿وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾[٢] ثبت أن المال المذكور ليس بأصلٍ بل هو مال القوامية وعلى أن الله تعالى قد أطلق النكاح في آيات كثيرة عريًّا عن المال، وبيّنا أنه بحقيقته مستغنى عن المال.

وأما قولكم[٣]: إنه لو شرع بعوض وغير عوض لكانا عقدين.

قلنا: لم يشرع إلا على وجهٍ واحدٍ وهو أن يكون معاوضة ببدن المتناكحين، فأما بالمال فلا، وكيف عُقِد فإنه لا يقع إلا على هذا الوجه، وأما مسألة الأب إذا زوّج ابنته الصغيرة بغير مهر، قلنا: أما أصل العقد إنما انعقد لما بيّنا أنه يتم بغير المال، فيتم بغير ذكره، وأما[٤] الوجوب فلأنه خالص حقها، وإنما يصح في المحل الذي يسقط برضاها، ولم يوجد منها رضًا، بل ليست من أهل الرضا بخلاف مسألتنا.

وأما قولهم: إن للزوج مالكية لا توجد للمرأة.

---

(١) في (ز): قلناه.
(٢) سورة النساء، آية: ٣٤.
(٣) في (ز): قولهم.
(٤) في (ز): فأما.

قلنا: مالكية النكاح ثابتة في الجانبين وكل واحد منكوح صاحبه وعاقد على صاحبه إلا أن الشرع خص الزوج بولاية القِوامية ومَنَعَ المرأة من الازدواج لمصلحة كلية وهو دفع المفاسد من الأنساب وهذا لا يوجد في جانب الرجال.

فإن قالوا: لاشك أن للزوج زيادة ملك ولا يخلو النكاح منه بحال ولفظ القِوامية عبارة عن هذا الملك، فإن شئتم سموا على هذا اللفظ وإن شئتم سموا بتلك اللفظة، فإذا لم يخل جانبه عن هذه الزيادة، وجب ألا يخلو جانبها عن ملك المال بهذه [٢٢٤/ب] الزيادة.

والجواب أن الزيادة التي في جانب الزوج لحق الشرع لما بيّنا أنه ثبت لدفع المفاسد عن الأنساب فلم يجز خلو النكاح منها، وأما الزيادة التي في جانبها محض حقها، والنكاح مستقل فتحقق بدونها على ما سبق فصح منها الرضا بسقوطها والتزام الزيادة التي للزوج عليها، بِغَير مالٍ، فإن رجعوا إلى قولهم: إن حق الشرع تعلّق بالمهر فقد أجبنا[1] من قبل والطريق الذي قالوه في تعليق حق الشرع بالمهر إنما يصح إذا كان المهر أصلًا، فأما إذا كان من الزوائد فلا.

وأما ما تعلقنا به من النكاح الذي تُرِكَتْ التسمية قصدًا وصحته فهو في غاية القوة ومع التقرير الذي سبق لا يتوجه لهم عليه كلام فإن غاية ما قالوه إنهم قالوا لا يخلو العقد عن العوض حيث أوجبنا مهر المثل، وليس الإلزام

(١) في (ز): أجبنا عنه.




على هذا إنما الإلزام هو أنه إذا كان عوضًا أصليًا (يعقد به)[1] العقد لم يتصوّر العقد به إلا بتسميته؛ لأن العقد على الشيء بالشيء لا يوجد إلا من عاقدِ العقد، وإلا فهو عُدِمَ عقدًا وما عُدِمَ عقدًا لم يتصوّر عقديةً، وأما تعلقهم بفصل وجوب المهر عند الدخول فقد مَنَعَ بعضهم وليس بالمذهب والتخريج بعيد، وأيضًا إنما خرّج إذا رضيت المرأة بالدخول بلا مهرٍ صريحًا فإذا لم تصرح به ووطئها الزوج على العقد السابق فلا يُعرف فيه منعٌ ويمكن أن يقال وجب المهر للتمييز بين السَّفاح والنكاح على ما قال الله تعالى: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[2] فإن لم يجب بالعقد وَجَبَ بالدخول لئلا يخلو العقد عن المهر، فإن قالوا: قد تميَّز عقدًا وحِلًّا فإن في الزنا لا عَقَدَ وَلا حِلّ.

قلنا: (قد نص الشرع على إيجاب للتمييز فلا يترك)[3] هذا النص وكان الشرعُ بالغ في التمييز فميّز النكاح من السَّفاح عَقَدًا وحِلًّا وَمَالًا، وهذا جواب حسن غير أن التخريج على الطريقة التي اخترناها هو أن المال مشروع[4] على الوجه الذي قدمنا[5]، والعقد سبب له، والوطء سبب له على الجملة، وقد سمى الشرع الوطء استحلالًا، ألا ترى إلى قوله ﷺ: **(فلها المهر بما استحل**

---

(١) في (ز): بعقدية.
(٢) سورة النساء، آية: ٢٤.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): شرع.
(٥) في (ز): قدمناه.



من **فرجها)**[1]، فسمى الاستيفاء استحلالًا فيكون الوطء استحلالًا حسّيًا والعقد استحلالًا شرعيًا فصار الوطء شبيهًا بالعقد من هذا الوجه، وإذا ثبت هذا فنقول المهر سبب للحل شرطًا وإيجابًا والوطء سبب له حكمًا ووجوبًا فإن خلا السبب الأول عنه وَجَبَ بالسبب الثاني.

فإن قالوا: الوطء إنما يكون سببًا إذا لم يصادف الملك، فأما إذا صادف الملك فلا يكون سببًا قلنا: أولًا نذكر بطريق المجادلة إن كان وجود الملك مسقطًا للعوض فترك الإيجاب مانع من الوجوب في الإيجابات العقدية وإذا جاز الإيجاب عندكم مع ترك الإيجاب وصح العقد بدونه لِمَ لا يجوز وجوبه مع وجود المُسقِط وهو الملك ثم الوطء في الملك إنما لا يوجب العوض إذا ثبت الملك بلا عوض على الإطلاق، أما إذا ثبت ولم يجب العوض في الحال ليجب[2] في ثاني الحال فلا، ومسألتنا من هذا لأنه خلا العقد عن العوض لا ليخلو عنه أصلًا ولكن خلا في الحال، ليجب في ثاني الحال، وهذا لأنه لا يمكن إيجابه في العقد إلا بالتسمية على ما سبق ولم يُسمّ، فأما بالوطء أمكن إيجابه حكمًا فَوَجَبَ، والرضا بالسقوط عقدًا لا يدل على الرضا بالسقوط حكمًا بالوطء.

فإن قالوا: إنكم سعيتم إلى الآن في أن النكاح يخلو عن المهر ثم الآن اعترفتم أنه لا يخلو عنه.

---

(١) رواه الدارمي في سننه: ٢/١٣٧، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي وأبو دواد في سننه مع المعالم ٢/٥٦٦ رقم ٢٠٨٣. وقال الألباني في الإرواء: صحيح ٦/٢٤٣.

(٢) في (ز): وجب.

قلنا: إنما يخلو عنه في العقد وليس بعوضٍ أصلي عقدًا بالطريق الذي سبق، فأما الخلو أصلًا فلم ندّعه، فأما إذا رضيت المرأة بسقوط المهر عند الوطء فيجوز أن يقال: لا يجب وإن قلنا: يجب وهو الأصح؛ فلأن الرضا بسقوط ما يجب شرعًا قبل وجود سببه باطل، وأما فصل المطالبة فهو مشترك الدلالة؛ لأن عندكم يطالب بابتداء الفرض، ولهذا المعنى لا تجب الشفعة عندكم إذا فَرَضَ شقصًا بعد العقد، ويكون كالمسمى في العقد، وإذا كان المفروض ابتداءً فُرِضَ، دل أنه لم يجب من قبل.

وأما قولهم: إنه أعلام الواجب، قلنا: ينظر إلى لفظه لم يقُل: أعلمتُ إنما قال: سَمّيتُ وفرضتُ ولأن مهر المثل دراهم ودنانير فكيف يعرف[1] بالشقص [٢٢٥/أ] والثوب؟، وأما عندنا فالمطالبة لما بيّنا أن الوطء استحلال حسّي فيطالب بالمهر حتى لا يُقدم على هذا الاستحلال الحسيّ إلا بالمهر، كما أن لها أن تطالب في ابتداء العقد بالمهر، وأيضًا فإن المهر يشبه الصلات من وجهٍ وزمان بقاء النكاح زمان، وجوب الصلات والمطالبة بالصلات يجوز بدليل النفقات، وأما إذا سَمَّى الخمر والخنزير فلأن الرضا بسقوط المهر لم يوجد لأن أصل الطلب للعوض موجود فإذا طلبت ما لا يصلح عوضًا فاعتبر[2] الأصل، ولهذا قلتم في الخلع إذا سُميت الخمرُ والخنزيرُ وَجَبَ رد الصداق ولو لم يُسمّ أصلًا لا يجب شيء، وقد ذكروا في المسألة دلائل على أن الصداق عوض أصلي ذكرناها في التعليق ونحن لم نَدّع أنه ليس بعوض أصلًا، وإنما ادّعينا أنه عوض من وجهٍ، وليس بعوضٍ من وجهٍ، والدليل

(١) في (ز): يُعلم.

(٢) في (ز): اعتبر.

الذي ذكرنا كافٍ في بيان أنه ليس بعوضٍ من وجهٍ، وما ذكروه لا يعارضه بل هو دليل العوضيّة في الجملة، ونحن لا[1] ننكره وفي مثل هذه المسألة يتبين مقادير الرجال ويتميز خواص العلماء من العوام الجهال. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الخلوة الصحيحة لا تؤكد الصداق عندنا[2]، ولا توجب العدة.

وعندهم: تؤكد الصداق وتوجب العدة[3]، وشرطوا في صحة الخلوة شرائط عُرِفَت[4] من مذهبهم.

❖ **لنا:**

قوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[5] والمراد من المسّ هو الوطء بإجماع أهل التفسير، وقد حكى عن ابن عباس **(أن الله تعالى حيي كريم يُكنى بالمسّ عن الوطء فإن**

(١) في (ز): لم.

(٢) النكت: ورقة ٢١٢/أ، المهذب: ٥٨/٢، الروضة: ٢٦٣/٧، المنهاج مع شرحه المغني: ٢٢٥/٣.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٧٣٧، المبسوط: ١٤٩/٥، بدائع الصنائع: ١٤٢٢/٣، أحكام القرآن للجصاص: ٤٣٦/١.

(٤) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٧٥٤ ـ ٧٥٥، المبسوط: ١٥٠/٥.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٧.

الله تعالى يكنى بالحسن عن القبيح)[1] وذكر أنه كنى بالمسّ عن الوطء، وقد وجد فيه طريق الكناية وهو أن المسّ سبب الوطء، وأما[2] ما يتعلقون به من قوله تعالى: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾[3] وقوله[4]: إن الإفضاء هو الخلوة، قلنا: قد فسر الإفضاء بالوطء وهو الأظهر من المعنى.

وقد ذكروا عن الفراء[5] وغيره أن المراد بالإفضاء هو الوطء[6]، وروي مثل مذهبنا عن ابن مسعود[7] وابن عباس[8] رضي الله عنهما، وهم يروون بطريق زرارة[9] بن أوفى أنه قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أن من أغلق بابًا وأرخى سترًا وجب عليه الصداق، سواء دخل بها أو لم يدخل[10]. وَلا يُعرف ثبوت هذه الرواية، وأيضًا زرارة بن أوفى لم يعرف لقب هؤلاء الأربع، فلم يصح

---

(١) رواه ابن جرير في تفسيره. ينظر: جامع البيان: ٢/ ٥٢٨.

(٢) في (ز): و.

(٣) سورة النساء، آية: ٢١.

(٤) في (ز): وقولهم.

(٥) الفراء: أبو زكريا يحي بن زياد الديلمي كان أعلم الكوفيين بعد الكسائي له معاني القرآن. توفي سنه ٢٠٧هـ. ينظر: طبقات النحويين ص١٣١ ـ ١٣٢.

(٦) كذا في النسختين، والصحيح: «الخلوة»، كما أورد ذلك الجصاص في أحكامه: ١/ ٤٣٧.

(٧) ذكر ذلك المزني في مختصره: ٤/ ٣٨ مع الأم.

(٨) ذكر ذلك المزني في مختصره: ٤/ ٣٨ مع الأم.

(٩) زرارة بن أوفى العامري الحرشي أبو حاجب البصري القاضي، ثقة عابد، مات سنة (٩٣هـ)، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التهذيب: ٣/ ٣٢٢.

(١٠) رواه الجصاص في أحكامه: ١/ ٤٣٧، وابن حزم في المحلى: ١١/ ٧٨، وسعيد بن منصور في سننه: ١/ ٧٦٢، وعبد الرزاق في مصنفه: ٦/ ٢٨٨ رقم (١٠٨٧٥)، والبيهقي في سننه: ٧/ ٢٥٥/ ٢٥٦، وقال: هذا مرسل وزرارة لم يدركهم.
قال في الإرواء: ضعيف ولا يصح مرفوعًا إلى النبي ﷺ: ٧/ ١٩٦.

التعلق به لضعفه، وما قلناه معروف عن ابن مسعود وابن عباس مع تأيد قولهما بظاهر القرآن[١]، وروى بعضهم بطريق عبد الرحمن[٢] بن ثوبان أن النبي ﷺ قال: (**مَنْ كشف قناع امرأة ونظر إليها وجب عليه الصداق**)[٣]، وعبد الرحمن بن ثوبان ضعيف[٤]، ثم هو مرسل ومتروك الظاهر، والصورة، وأما الكلام من حيث المعنى نقول: مطلقة قبل المسيس فيجب لها نصف المهر.

دليله: ما قبل الخلوة ويتبرك[٥] بهذا التحرير لموافقة[٦] نص القرآن.

وفقه المسألة هو: أن الوطء إنما يؤكد المهر؛ لأنه استيفاء المعقود عليه، واستيفاء المعقود عليه مخيل مؤثر في تأكيد العوض فيكون ما عليه مقابلًا بماله، ولأنه بالوطء متلف لمنافع البُضع، ومن أتلف شيئًا اُستحق[٧] عليه عوضه الذي يقابله قطعًا ولفظ الاستيفاء أحسن في مواجب (المعقود

---

(١) ينظر: مختصر المزني: ٣٨/٤ مع الأم.

(٢) في النسختين: عبد الرحمن بن ثوبان، وفي الدارقطني وأحكام الجصاص: محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، ومحمد رمز له ابن حجر بأن روى له أصحاب الكتب الستة، كما في التقريب: ص٣٠٧.

(٣) رواه الجصاص في أحكامه: ٤٣٧/١، والدارقطني في سننه: ٣٠٧/٣.
وقال في التلخيص: «وفي إسناده ابن لهيعة مع إرساله لكن أخرجه أبو داود في المراسيل من طريق ابن ثوبان، ورجاله ثقات». ا. هـ. ١٩٣/٣. ورواه البيهقي: ٢٥٦/٧، وقال: «هذا منقطع وبعض رواته غير محتج بهم». ا. هـ.

(٤) لعله اختلط على المؤلف بشخص آخر، أما راوي الحديث المذكور فهو: محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، قال ابن حجر: ثقة من الثالثة. ينظر: التقريب: ص ٣٠٧.

(٥) في (ز): وتبركنا.

(٦) في (ز): لموافقته.

(٧) في (ز): يُستحق.

عليه)[1].

يبينه: أنه لما استوفى المعقود عليه احتبس عنده ما استوفاه، وصار له محسوسًا فلزمه المهر الذي يقابله لتحتبس عندها المهر لزومًا وَوِكَادَةً وتكون وِكَادَة المهر لها بإزاء احتباس المعقود عليه عنده وهذا لأن الوكادة وجوب ثاني حيث حكم بثبوته له في موضع السقوط فيكون الوجوب الأول بإزاء الوجوب له معقودًا، والوجوب الثاني بإزاء الحصول له[2] محسوسًا، وإذا ثبت أن تأكّد المهر بالوطء كان بهذا الطريق فهذا لا يوجد بالخلوة فلم تؤكّده.

يبينه: أن الحال بين جانبي الزوجين بعد الخلوة كالحال بينهما قبل الخلوة، أما جانب الزوج فلعدم الاستيفاء، وأما جانبها فلأنه لم يُستوفَ منها شيء وقد عاد بُضعُها إليها سليمًا مثل ما يعود أن لو طلقها قبل الخلوة، وإذا كان حال الزوجين بعد الخلوة مثل حالهما قبل الخلوة كان حكم العوض بعد الخلوة مثل [٢٢٥/ب] حكمه قبل الخلوة. ويدل عليه: أن نهاية حكم الصداق هو الوِكَادة فإذا قلنا: أنه يحصل بالخلوة لم يبق لحقيقة الوطء أثر وبلوغ النهاية في عوض الشيء بمقابل ببلوغ النهاية في معوّضه فيؤدّي إلى أن يحل الوطء عن عملٍ في إيجاب شيء أو إظهار حكم وهذا لا يجوز.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: أتت بالتسليم الذي عليها فوجب أن يتأكد الواجب لها من العوض.

(١) في (ز): العقود.
(٢) ليست في (ز).

دليله: إذا أجر دارًا[١] وسلّم الدار إلى المستأجر فإنه تتأكد الأجرة، كذلك هاهنا، وإنما قلنا: أتت بالتسليم الواجب عليها لأنا أجمعنا على أن العقد يوجب عليها تسليمًا، ألا ترى أنها تحبس نفسها ليُسلم المهرُ إليها، وإذا تسلمت أُمرت بتسليم نفسها إلى الزوج وإذا أتت بالتسليم الواجب عليها وهو أقصى ما في وسعها فتأكد الواجب لها؛ لأن الواجب لها يقابل بما عليها فإذا أتت بما عليها استحقت مالها، وهذا لأن هذا العقد عقد معاوضة ومقابلة ملك بإزاء ملك وتسليم بإزاء تسليم ومن تحقيق المقابلة الإيجاب بالإيجاب والتسليم بالتسليم على ما ذكرنا.

قالوا: ولا جائز[٢] أن يقال: إن التسليم في منافع البُضع لا تتصوّر؛ لأنه معنى داخل البضع مثل الروح داخل الجسد، فلا يتصوّر فيه التسليم إنما يستوفى بآلةٍ مخصوصةٍ مثل الروح يستوفى بآلةٍ مخصوصةٍ، وفعلٍ مخصوصٍ، قالوا: بلى، الأمر على ما قلتم أن منافع البضع كامنة ولكن قد وجب عليها تسليم بالعقد فنقل التسليم في منافع البُضع إلى التسليم في النفس فإذا سلمت نفسها خرجت عن عهدة الواجب عليها، وَنُزّل ذلك منزلة تسليمها منافع بُضعها، وهذا كمنافع الدار لا يمكن تسليمها أيضًا، ولكن نقل الشرع التسليم إلى تسليم الدار، فإذا وُجد تسليمُ الدار نُزّل منزلة تسليم منافع البُضع، كذلك هاهنا، وأما تسليم النفس في القصاص فلا نقول هناك وجب تسليم النفس لأن القصاص يستوفى من الذي القصاص عليه جبرًا وَكُرهًا من غير أن يكون

(١) في (ز): الدار.
(٢) في (ز): يجوز.

مبنيًا على وجوب تسليم مَنْ عليه، وعلى أنا إنما اعتبرنا هذا التسليم في حكم تقرير العوض الذي يقابله لما ذكرنا أن العوض لها بالعقد فيقابل الذي عليها والذي عليها التسليم، ومثل هذا لا يوجد في القصاص؛ لأن هناك ليس عوض يقابله فاعتبر حقيقة الاستيفاء وذلك لا يوجد إلا بتسليم مَنْ عليه القصاص نفسه.

قالوا: وعلى هذا خرج فصل الرجعة لأن الرجعة حق الزوج فلا يقابل بفعلها ما عليها إنما يقابل باستيفائه مَالَهُ. فقلنا: إنه إذا أمكن الدخول لا تثبت الرجعة وإن كان قد خلا بها، فأما المهر حقها فقابلنا وِكَادَة حقها بفعلها ما عليها قالوا: ولا يجوز أن يقابل وِكَادَة حقها باستيفائه حقه؛ لأن الأصل إن مَنْ أتى بما عليه استحق ما له خصوصًا في عقود المعاوضات لما بيّنا، إن ما عليها كان في مقابلة مَا لَهَا؛ ولأنا إذا أوقفنا تأكّد المهر على حقيقة الاستيفاء من الزوج أدّى إلى ضرر عظيم يتصل بها وهو أنها لا تصل إلى تأكيد حقها بحال؛ لأن الزوج يمتنع من الوطء وبتسليمها نفسها لا يتأكد المهر فيصر العقد في جانبها منعقدًا على محض الضرر حيث عُجّل وجوب التسليم عليها وأُخّر حقها من المهر لا إلى غايةٍ ونهايةٍ، واعترضوا بهذا الطريق على قولنا: إن تأكد المهر متعلق باستيفاء الوطء قالوا: لا، بل هو بالتسليم الموجود منها قالوا: فكذلك إذا وجد حقيقة الوطء إنما تأكد الصداق بوجود التسليم لا لحقيقة[1] الوطء وخرجوا سائر أحكام الوطء على هذا من الإحصان، والتحليل للزوج الأول وما أشبه ذلك، لأن هذه كلها متعلق[2] بحقيقة الوطء، (وأما في

(١) في (ز): بحقيقة.
(٢) في (ز): متعلقة.

مسألتنا فهذا الحكم متعلق بمعنى تضمنه الوطء لا بحقيقة الوطء)[1].

قالوا: ولا يجوز أن يقال إن التسليم الواجب عند نشاط الزوج ورغبته في الوطء ولا يعرف أن هذا الوقت كان وقت (نشاط ورغبة)[2]، قالوا: هذا غير معتبر بل التسليم الواجب عليها هو في زمان عدم الموانع حسًا وشرعًا، أما المانع حسًّا هو الرتق والقرن، والمانع شرعًا هو الصوم والإحرام، وفي مسألتنا قد سلمت عند عدم [٢٢٦/أ] الموانع، أما نشاط الزوج ورغبته أمر باطن لا يمكن إدارة الحكم عليه فأُعرضَت[3] عنه واعتبر[4] ما ذكرناه من الظاهر.

وقال بعضهم: التسليم الصحيح إزالة الموانع من القبض والتمكين من الاستيفاء عند إرادة الاستيفاء.

قالوا: وأما إذا كان الزوج مجبوبًا لا يُنزل[5] لا يتأكد المهر وإن كان يُنْزِلُ فقد أتت بالتسليم الواجب عليها، وهذا المانع من الإيلاج لا يعتبر ونقيم السَّحق المنزل مقام الإيلاج من الفحل لوجود المقصود وهو الولد في الموضعين، وهذا لأن المقصود من الوطء هو الولد فإذا تصوّر وصول الماء بالسَّحق إلى الرحم وخلق الولد لا يُبالى بفوات الإيلاج حقيقة.

قالوا: وأما قولكم: إن البضع عاد إليها سليمًا على ما كان فمثل هذا يوجد في الإجارة ومع ذلك تتأكد الأجرة بتسليم الدار ونظر إلى أصل وجود

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): نشاطه ورغبته.
(٣) في (ز): فاعرضنا.
(٤) في (ز): واعتبرنا.
(٥) زيادة من (ز).

التسليم، كذلك هاهنا.

قالوا: وأما إذا آجر دابة من إنسان وسلّم الدابة إليه في المصر إنما لم تتأكد الأجرة، لأن التسليم المستحق عليه لم يوجد؛ لأن المعقود عليه منافع الدابة في الطريق ومنافع الدابة في الطريق لا توجد إلا في الطريق فبالتسليم في المصر لا يوجد التسليم المستحق بالعقد حتى يقال[1]: لو سَاقَ الدابة معه في الطريق استحق الأجرة وإن لم يركب الدابة.

الجواب:

أن محز الكلام في المسألة أنهم[2] يعتبرون وجود التسليم ونحن نعتبر وجود الاستيفاء، فإن قالوا: إن مَا لَهَا يقابل بما عليها.

نقول: ما عليه يقابل بِمَا لَه، ولئن كان النظر لَهَا يوجب ما قالوا، فالنظر لَهُ يوجب ما قلنا، والأولى على العدل والإنصاف في معاني الفقه أن يعتبر التسليم المتصل بالاستيفاء لتكون المرأة آتية بما عليها والرجل آتٍ بِمَا لَهُ فيتأكد البدل حينئذ فيكون الواجب لها في مقابلة ما عليها والواجب له في مقابلة (ما عليه)[3]، ثم نقول: إن التسليم وإن وُجد فلم يوجَد التَّسلم فلم قلتم: إن التسليم من غير اتصال التّسلم به يوجب تأكد البدل. فإن قالوا: وُجد التّسلم منه فهذه مكابرة العيان ودفع المحسوس وهذا لأن التسليم إن حُكم بوجوده إنما يُحكَم بوجوده بإقامة التمكين من الاستيفاء مقام الاستيفاء

(١) في (ز): يقول.
(٢) في (ز): هو أنهم.
(٣) في (ز): مَا لَهُ.

والشيء إذا فُقِد حقيقة لا يُقام غيرُه مقامه إلا لضرورة ولا ضرورة في إقامة التمكين مقام الاستيفاء؛ لأن وقت الاستيفاء واسع ولا وجوب في هذه الحالة حتى إذا فُقِد يُقام غيرُه مقامه للخروج عن الواجب والطبيعة مستحثة على الاستيفاء ولا ضَرَرَ عليها أيضًا لتوقع الاستيفاء في المستقبل في كل ساعة؛ ولأنه لا يمكن دفع الضرر عنها إلا بالإضرار به، وهو تعيين هذا الوقت للاستيفاء مع توسيع الشرع عليه في الوقت ولا يجوز أن يقال: إن التسليم وُجِد من غير تَسلّم منه؛ لأن التسليم لا يخلو عن[1] التّسلم؛ لأنه لا يتصوّر (تسليم صحيح)[2] شرعًا من غير تسلّم، فإن قالوا في حقها يُعتبر هذا التسليم، قلنا: وَلِمَ يُعتبر في حقها؟.

قالوا: لأن التّسليم عليها واجب، فإذا لم يعتبر وقد وُجد منها الوسعُ أدّى إلى تكليف ما ليس في الوسع.

قلنا: لما وجد التّسليم في حقها لا ينفصل عن التّسلم في حقه، ألا ترى في حقيقة الوطء لا ينفصل التّسليم عن التّسلم، فكذلك في الإجارة لما وُجد التَّسليم من الآجر جُعل المستأجرُ متسلمًا ثم يقال لهم: إنما يُجعل هذا التَّسليم ثابتًا في حقها دون حقه ونفصل بين الجانبين لضرورة[3] ولا ضرورة لأن وقت التَّسليم واسع، فإن كان هذا التَّسليم لم يتصل به التّسلم فيوجد من بعد تسليم يتصل به التَّسلم، وقد بيَّنا أن الطبيعة مستحثة، والظاهرَ وجوده، والشرع

(١) في (ز): من.

(٢) في (ز): تسليمه.

(٣) في (ز): ضرورة.




قد وسّع وقته وإن اخترمته المنية في الوسط فلا ضَرَرَ، ولأن[1] جميع المهر يتأكد وإن عرض الطلاق يعود البُضع إليها سليمًا تحصل على رأس مالها من غير نقصان وتأخذ نصف المهر فأيّ ضرر مع النظر إلى ما ذكرناه[2]؟، وخرج (على هذا)[3] فصل الإجارة على ما قلنا[4]، لأنا نجعل التسليم والتّسلم حاصلًا بالتخلية، وكذلك على مذهبهم، وإنا قلنا ذلك وأقمنا التمكن من المستأجر مقام حقيقة الاستيفاء للضرورة؛ لأنا لو لم نفعل ذلك أدّى إلى ضرر عظيم لا يُتوقع تلافيه في المستقبل، وذلك لأن المعقود عليه مقدر بزمانٍ معلومٍ فإذا مضى كل يوم ولم نجعله مستوفيًا ضاع أصلًا ولم يُتوقع استيفاءه من [٢٢٦/ب] بعد من جهة المستأجر وقد سقط أجرة ذلك القدر أصلًا[5]. لا يعود وجوبه أصلًا[6] بحال. يبينه: أن الآجر إذا خَلّى بينه وبين الدار فإذا لم نجعله متسلمًا انعدم العقد في هذا الزمان والعقد لازم من الجانبين فلا يجوز تسليط أحد العاقدين على العقد اللازم، لتبقيته تارة ولعدمه[7] أخرى، فجعلنا المستأجر متسلمًا حتى لا يؤدّي امتناعه من التَّسلم إلى إعدام العقد، في هذا الزمان وفي مسألتنا إذا لم نجعله متسلمًا لا يؤدّي إلى شيءٍ من هذا وفي جانبها لا ضَرَرَ أيضًا على ما سبق.

---

(١) في (ز): لأن.
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) في (ز): أصلًا بحيث.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): يُعدمه.

يبينه: إن في النكاح يتصور تسليم بعد التَّسليم فإن عند أبي حنيفة وعلى أحد قولي الشافعي ﷺ إذا سَلّمت نفسها وقد بقي لها المهر لها أن تمتنع ثانيًا عن التسليم وتحبس نفسها، فلم يكن الموجود كل التسليم، وفي مسألة الإجارة الموجود كل التسليم فتبين الجواب عن معتمدهم في نهاية الوضوح فإن ألزموا التَّخلية في البيع، لا نسلمهُ وإنما المسلّم فصل الإجارة للمعنى الذي بينا، وأيضًا فإن يد المستأجر ثبتت على المنافع بالتَّخلية فإذا ثبتت يده عليها وتلفت تحت يده جُعِلَت كالتالفة بيده، فلابد من وجوب الأجرة، وفي مسألتنا لا تثبت يد الزوج على منافع بُضعها بالخلوة فصار تلف المنافع(١) بعد الخلوة كتلفها(٢) قبل الخلوة، والأول كافٍ. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلة):

إذا تزوج امرأة على ثوب هروي أو عبد مطلق عندنا: يجب مهر المثل، والتسمية فاسدة(٣).

وعندهم: التسمية صحيحة ويجب الوسط(٤).

❖ لنا:

---

(١) في (ز): منافع بُضعها.

(٢) في (ز): مثل تلفها.

(٣) النكت: ورقة ٢١٠/ب، رؤوس المسائل: ورقة ٤٤/أ، مغني المحتاج: ٢٢١/٣، أسنى المطالب: ٢٠٤/٣.

(٤) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٨٣، تنوير الأبصار مع شرحه الدر المختار: ١٢٧/٣، مختصر القدوري: ٢٣/٢ مع الجوهرة، مجمع الأنهر: ٣٤١/١، البحر الرائق: ١٧٧/٣.

المسمى مجهول فيفسد، ويجب مهر المثل.

دليله: إذا سمى ثوبًا مطلقًا أو دابةً مطلقة[1] أو حيوانًا، وهذا لأن المسمى لا يراد لعينه وإنما يراد الوصول إليه فإذا كان مجهولًا يتعذر[2] الوصول إليه؛ لأن الثوب الهروي يكون على صفات مختلفة، والعبد يكون على أنواع مختلفة، فلا يمكن إيجابه على وصفٍ أو نوعٍ إلا ويعارضه الوصف الآخر، والنوع الآخر في صحة التعيين وتناول مطلق الاسم إياه، فتعذر الوصول إلى المسمى من هذا الوجه فيفوت المقصود فصار كالأصل الذي بيناه، ولهذا المعنى إذا سمّاه سَلَمًا على هذا الوجه لا يجوز للمعنى الذي ذكرنا، كذلك هاهنا، وهذا القياس أحسن قياس؛ لأنه عقد وعقد وتسمية وتسمية.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: تسمية مال لا بإزاء مال فصحت مع جهالة الوصف.

دليله: تسمية الشرع في الزكوات وأسنان الديات، وإنما قلنا ذلك لأن البُضع ليس بمالٍ بالإجماع، وهذا لأنه لما لم يكن بإزاء مال فصار العقد في معاوضة المال بالمال بمنزلة العدم ويصير العقد كأنه ابتداء التزام المال وابتداء التزام المال في المجهول صحيح بدليل الإقرار فإنه لو أقر بثوب هروي أو عبد مطلق يجوز، ولأنه لما لم يكن معاوضة مال بمال صار المقصود ثبوبِ عينٍ المال لا أوصافه ومع جهالة الوصف يجعل عين المال لوجود المقصود

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): تعذر.

بالتسمية (فصحت التسمية)[١].

قالوا: وأما إيجاب الوسط لقطع المنازعة لأن أحدهما إذا طلب الأعلى (والآخر)[٢] بذل[٣] الأدنى فإيجاب الوسط يتضمن إرضاء الجانبين من وجهٍ، ويحصل به قطع المنازعة وهذا مثل إيجاب الوسط في الشاه المذكور في الزكاة، ولهذا المعنى أشار النبي ﷺ في الصلح على الشَّطر في الخبر المعروف فإن أحدهما كان يدّعي الكل[٤] والآخر كان لا يؤدّي شيئًا، فأشار بالصلح على النصف والخبر خبر أبي اليسر[٥] مع خصمه والخبر في الصحيحين[٦].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): بدل.

(٤) في (ز): الملك.

(٥) أبو اليَسَر: الأنصاري اسمه: كعب بن عمرو بن عباد بن عمرو... السَّلمي مشهور باسمه وكنيته، شهد العقبة، وبدرًا وله فيها آثار كثيرة، وهو الذي أسر العباس، مات بالمدينة سنة ٥٥هـ، وكان من آخر من مات من الصحابة ـ يعني أهل بدر ـ.
ينظر: الإصابة: ٤/٢١٧ رقم (١٢٥٤)، شرح النووي على مسلم: ١٨/١٣٣.

(٦) ينظر: صحيح مسلم: ١٨/١٣٥ مع النووي، باب حديث جابر الطويل، وقصة أبي اليسر، ولفظه عند مسلم: إني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من أنظر معسرا أوضع عنه أظله الله في ظله»، ولم أجده عند البخاري في مظانه.
ويلاحظ أنه ليس في حديث أبي اليسر ما يدل على أن النبي ﷺ أمره بوضع النصف من دينه، وإنما حديث وضع شطر الدين عند البخاري ومسلم عن كعب بن مالك، وفيه: «فخرج فنادى: يا كعب بن مالك، يا كعبُ! قال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك، قال كعب: قد فعلتُ يا رسول الله، قال رسول الله ﷺ: (قم فاقضه).
صحيح البخاري: ١/٥٦١، رقم (٤٧١) مع الفتح.
صحيح مسلم: ١٠/٢٢٠ مع النووي، باب استحباب الوضع من الدين.

قالوا: وأما إذا كان المسمى[1] مجهول الجنس فلا يمكن إيجاب الوسط لأن الأجناس المختلفة ليس لها وَسط، وأما الأنواع المختلفة لها وسط لأنها ثلاثة أنواع: جيد، رديّ، ووسط، ولا يوجد مثل هذا في الأجناس المختلفة، ولأن النكاح وإن لم يمكن[2] معاوضة بمالٍ بمالٍ فهو في الجملة معاوضة، فأشبه البيع من وجهٍ، وأشبه التزام المال من وجه، فلشبه[3] الأول قلنا: لا يجوز التسمية في مختلف الجنس، ويجوز في مختلف النوع هذا طريقة أبي زيد[4].

وأما عامة مشايخهم قالوا: إن لم تحتمل هذه الجهالة وقعنا في جهالة أعظَم منها، وهي جهالة مهر المثل فاحتملنا هذه الجهالة احترازًا من الجهالة الفاحشة ودليل أن جهالة مهر المثل أعظم من هذه الجهالة أن تلك الجهالة جهالة القدر، وهذه [٢٢٧/أ] الجهالة جهالة الوصف، وجهالة القدر أعظم من جهالة الوصف.

❁ **الجواب:**

قوله[5]: إن المهر ليس بإزاء المال.

قلنا: وإن لم يكن بإزاء مال لكنه بإزاء متقوّم فلِم كان ما قلتم أولى[6] مما قلناه؟، وعلى أن ما قلناه أولى؛ لأن العوض قيمة شرعية والاعتبار للتقويم

---

(١) في (ز): المسلم فيه.

(٢) في (ز): لم يكن.

(٣) في (ز): وللشبه.

(٤) الأسرار: كتاب النكاح، ص ٦٨٣.

(٥) في (ز): قولهم.

(٦) في (ز): بالاعتبار أولى.

بالقيم[1] الشرعية أولى من اعتبار المال.

وقولهم: يصير كأنه التزم مالًا ابتداءً.

قلنا: هذا طمع بعيد، وتوقع محال؛ لأن مَنْ بذل بُضعًا في مقابلة مال بدلًا له كيف يصير المال كأنه التزم له ابتداء؟، وحرمة البضع أعظم من حرمة المال، فإذا لم يقدّر هذا في البيع فكيف يقدّر في النكاح؟، والتعلق بالإقرار باطل بمختلف الجنس؛ ولأن هناك يجب أدنى ما ينطلق عليه الاسم فأوجبوا في مسألتنا كذلك.

وأما قولهم: إن المقصود عين المال.

قلنا: لا، بل عين المال وصفاته مقصودة لما بينا أنه مبذول لها بإزاء معوّض[2] بقصد[3] عين المال وصفاته لأنه لو كان المقصود ما قلتم لوجب أن يجب ما ينطلق عليه الاسم؛ لأن عين المال قد وُجد، وأما الذي قالوا[4] في إيجاب الوسط أن فيه إرضاء الجانبين[5]. قلنا: لا، بل إسخاط الجانبين، وعلى أنا قد بينا أن كل وصف تعين للإيجاب يعارضه وصف آخر، فيتعذر الإيجاب على ما سبق، واعلم أنه ليس لهم تعلّق في هذه المسألة بمعنى يمكن التعويل عليها[6]، وأما ما استخرجوه كان بجهدٍ جهيدٍ ولم يكن له ثباتٌ

(١) في (ز): القيمة.
(٢) في (ز): متقوم.
(٣) في (ز): فيقصد.
(٤) في (ز): قالوه.
(٥) في (ز): وترك كلا الزعمين.
(٦) في (ز): عليه.

ولا قرارٌ عند التأمل والنظر.

وأما الذي قاله عامة مشايخهم فلا يعرف أن جهالة مهر المثل أفحش من جهالة الوصف في الصورة المختلف فيها، والدعوى تُقابَل بالإنكار إلى أن تقوم الحجة، وعلى أن مهر المثل واجب شرعي فاحتمل فيه الجهالة إذا كان هناك معيار يُصار إليه ليُعرف المجهول مثل القيمة الواجبة باتلاف العبد والثوب، إلا أن المعيار في مسألتنا هو مهر نساء العشيرة والمعيار في المُتلَف هو الرجوع إلى التقويم باعتبار الأوصاف والرجوع إلى أهل الصنعة(١).

وأما في مسألتنا الواجب بالتسمية(٢) في العقد، وما وجب شرطًا وعقدًا لابد فيه من إعلامه ولا يحتمل فيه الجهالة، ألا ترى في البياعات والإجارات وسائر العقود، ولأنه لا معيار يرجع إليه لإعلام المجهول فتمكنت الجهالة فأوجب فساد التسمية، والله أعلم.



※ (مَسْألَة):

المختار في المذهب أن المعقود عليه في النكاح هو المنفعة(٣)، ولا نقول أنها في حكم الأجزاء لكنها منفعة بخلاف سائر المنافع في بعض الأحكام.

وقال بعض أصحابنا: المعقود عليه حِلّ لازم، وقال بعضهم: المعقود عليه عين(٤) المرأة بوصف الحِلّ، والمختارُ على المذهب الأولُ، وعندهم

(١) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٩٦.
(٢) في (ز): التسمية.
(٣) خادم الرافعي والروضة: ١٤/ل ٢٧/ب نقلًا عن السمعاني. القول الأول والثاني والثالث.
(٤) في (ز): هو عين.




وعلى قود[١] مذهبهم المعقود عليه هو منافع جعلت في حكم الأجزاء[٢].

وحرف الخلاف أن منافع البضع عندهم أجزاء حكمًا، وعندنا: هي منافع حسّيًا وحكمًا.

لنا:

أن المستوفى هو المنفعة فيكون المعقود عليه هو المنفعة.

يبينه: هو أن النكاح عقد استحقاق والمستحق هو المنفعة فيكون المعقود عليه هو المنفعة أيضًا لأن قضية عقد الاستحقاق هو أن الاستحقاق لا يعدو المعقود عليه، وأن المعقود عليه يتعرف بالمستحق بالعقد، ولأن عقد النكاح وعقد المتعة كانا حلالين في ابتداء الإسلام، ثم نُسخت المتعة وأقر النكاح، والمعقود عليه كان واحدًا في العقدين، وإنما كان الفُرقانُ بالتأبيد والتأقيت، فلما كان المعقود عليه هو المنفعة في المتعة فيكون المعقود عليه في النكاح كذلك؛ لأن الفسخ في محل العقود لا يعرف، وقد تأيد كل ما قلناه بقوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسۡتَمۡتَعۡتُم بِهِۦ مِنۡهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٣] والاستمتاع والانتفاع واحد، وأيضًا فإن الله تعالى سمى العوض أجرًا، والأجر اسم لعوض المنافع، لا لعوض الأعيان، ونقول أيضًا: إنَّ الوطء ليس إلا غمز

---

(١) هكذا في المخطوط وهو تعبير صحيح، «يقصد به مقتضى مذهبهم»، وقد أورد هذه اللفظة أبو يعلي في الطبقات ٢/١٣٥ ـ ١٣٦ في مناظرة إسحاق بن شاقلا وأبي سليمان الدمشقي فقال «يلزمك على قود مقالتك».

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص٥٠٤، رد المحتار: ٤/٣، كشف الأسرار: ٨٠/٢، بدائع الصنائع: ١٥٤٦/٣.

(٣) سورة النساء، آية: ٢٤.

عضو بعضوٍ، والله تعالى يحدث التذاذ[1] عند هذا الغمز، وغمز العضو بالعضو ليس إلا الانتفاع كغمز الرّجل والظهر بالكف، وهو انتفاع فحسب، والعقد في هذا الموضع يشبه العقد في ذلك الموضع، وإذا ثبت أن المعقود عليه ما ذكرناه يكون العقد قابلًا للفسخ مثل عقد الإجارة يقبل الفسخ ويكون وطء[2] المشتري [٢٢٧/ب] الجارية المشتراة مثل استخدامها في أنه لايمنع الرد بالعيب.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

ذهبوا أولًا: إلى ما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال: **(النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته)**[3]، والعين توصف بالرق دون المنفعة، ولأن الله تعالى قال: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾... إلى أن قال: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[4] فجعل وجود النكاح تابعًا لحليّة المحل وعدمه تابعًا لحرمة المحل والحِلُّ والحُرمةُ وصفان راجعان إلى الأعيان، ألا ترى في الشرع أنما يضافان إلى الأعيان دون المنافع.

قالوا: ولأن منافع البُضع ليست بمالٍ بالإجماع، وقد نص الشافعي على ذلك حيث قال: النكاح ليس بعقد مالٍ.

وعندنا: يثبت الحيوان دينا في الذمة في النكاح، والحيوان لا يثبت في

(١) في (ز): التذاذًا.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) سبق تخريجه ص ٢١.

(٤) سورة النساء، آية: ٢٣، ٢٤.

الذمة إذا قوبل بالمال، إنما يثبت في الذمة إذا قوبل بما ليس بمالٍ، وإنما خَرَجَت منافع البُضع عن كونها مالًا، وفارقت سائر المنافع لأنها أُلحقت بالأجزاء وأجزاء الحرة (لا تكون مالًا)[1]، فكذلك منافع البُضع لما التحقت بالأجزاء حكمًا لم تكن مالًا بخلاف سائر المنافع (التي هي أموال، و)[2] لأن الأموال كلها خُلقت لمصالح بني آدم، وليس بآدمي في نفسه والمنافع كذلك.

واستدلوا أيضًا في أن المعقود عليه ليس هو المنفعة بجواز نكاح الرضيعة مع فقد المنافع بخلاف إجارة الأرض السَّبخة للزراعة، والمُهر الصغير للركوب. ويدل عليه: أنه لا يجوز إلا مؤبدًا ولو كان المعقود عليه هو المنفعة لوجب توقيتها؛ لأن إعلام المعقود عليه واجب، والمنافع لا تصير معلومة إلا بتقديرها بالزمان، وأيضًا فإن المعقود عليه يصير مقبوضًا بوطأة واحدة، ولو كان المعقود عليه المنفعة لم يتصوّر قبضها بمرةٍ[3] واحدةٍ مثل سائر المنافع في الإجارات وهذا لأن قبض المنافع دفعة واحدة مستحيل لأنها تحدث جزءًا فجزءًا، فكيف يقبض دفعة واحدة قبل الحدوث؟، دل أنها جُعلت في حكم الأجزاء فنزل الوطء الواحد منزلة ثوبٍ قَبَضَه أو عبدٍ قَبَضَه.

قالوا: وهذه لحقيقة: وهي أن النكاح عقد معقود لطلب الولد لا لعين المنفعة المستوفاة والالتذاذ بها، وقد سبق بيان هذا[4] وإذا كان النكاح سبب

(١) في (ز): ليست بمال.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): مرة.

(٤) ينظر: ص ١١.




الولد والولد عين فأُلحق السبب بالمسبب، وجعلت المنافع بمنزلة الأعيان بهذا الطريق، والمعنى في ذلك إظهار خطرها وشرفها وارتفاع منزلتها في قانون الشريعة، ولهذا المعنى لم يجز فيها البذل والإباحة ولهذا المعنى لم يحل استفاؤه إلا[1] عن غرامة أو عقوبة. وربما يقولون قد تضمن النكاح استحقاق عين الولد؛ لأن الولد مخلوق من ماء الرجل والمرأة، ثم الولد يكون للرجل نسبًا لا للمرأة (فصار العقد من حيث المعنى واردًا على استحقاق الولد على معنى خلق من مائها ومائه، ثم يكون أنه كله له دونها)[2]، فتبين بمجموع هذه الكلمات حكمًا ومعنىً أن لمنافعِ البُضع حكم الأجزاء وإذا كان لها حكم الأجزاء فصار جواز النكاح ضرورة؛ لأن أجزاء الحرة لا تقبل العقد والضرورة في الحِلّ على الخصوص ففيما[3] وراءه جُعل النكاح كالمعدوم فلم يقبل الفسخ، وأيضًا قالوا: المشتري إذا وطء الجارية المشتراة يصير وطؤه إياها بمنزلة استيفاء جزءٍ منها فيمنع الرد بالعيب.

قالوا: وأما قولكم: إن المستوفى هي المنفعة، بلى، ولكن هي في حكم الأجزاء بدليل ما بيّنا مثل الماء في رحم المرأة هو في حكمٍ شخصٍ[4]، والبيضة في حكمِ (فرخٍ وطيرٍ)[5]، كذلك هاهنا، قالوا: وأما عقد المتعة فهو عقد غير النكاح فيجوز أن يقال أنه كان المعقود عليه هو[6] المنفعة حسًّا

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٣) في (ز): فيما.

(٤) في (ز): الشخص.

(٥) في (ز): الفرخ والطير.

(٦) في (ز): فيه هو.




وحكمًا، وأما[1] النكاح عقد آخر، فيقال أن المعقود عليه فيه يأخذ حكم الأجزاء والعقد إذا اختلف يجوز أن يختلف حكمه.

❁ الجواب:

أنا قد دللنا أن المعقود عليه المنفعة بدلائل قوية معتمدة، وقد سلموا أن المستوفاة هي المنفعة، وأنها المعقود عليه حسًّا. والأصل أن المحكوم وافق المحسوس إلا أن يقوم دليل قطعي يوجب التفريق بينهما ولم يوجد في مسألتنا فكان الثابت محسوسًا هو الثابت محكومًا[2]، فأما دلائلهم: أما الخبر الذي تعلقوا به فنقول: ذكر الرق على طريق التوسع والمجاز، وهذا لأن النكاح لما تضمن حبسًا دائمًا ومنعًا لا إلى غاية سُمّي رقًا توسعًا وقد توسعت العرب في كلامهم بما هو فوق ذلك فَسَمُّوا الطَّمع رقًا، والدَّين أسرًا وما أشبه ذلك، وأما فصل الحِلّ والحرمة فنقول كما [٢٢٨/أ] أن الأعيان توصف بالحِلّ والحرمة فكذلك المنافع، وَوصفُ الكل بالحِلّ والحرمة مجاز من الكلام على اتفاق من الأصوليين إلا مَنْ لا يُعبأ بقوله. وأما الحقيقة فالتحليل والتحريم والمنع والإطلاق كلها تكون في أفعال العباد.

وأما قولهم: إن منافع البضع ليس[3] بمال.

قلنا: ليس كذلك، لأننا بيّنا أنها أُلحقت بالأجزاء لكن لشرفها وخطرها في الشرع، وهذا لأن المال مُهان مبتذل، فالشرع أخرج منافع البضع من كونها

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): حكمًا.

(٣) في (ز): ليست.

مالًا وميّزها من سائر المنافع بهذا صيانة لها عن الابتذال، وإظهار خطرها وشرفها، وأما جواز نكاح الرضيعة فلأن النكاح عقد عُمرٍ، وإن لم توجد المنافع في الحال، فتوجد من بعد فباعتبارها جاز العقد، وهذا هو المعنى عندهم أيضًا لأنهم وإن قالوا: إنها في حكم الأجزاء ولكن سلّموا أنها منافع حسًا فلابد من وجودها حتى تأخذ حكم الأجزاء، وأما شرط التأبيد إنما كان ذلك لأن الإلفة والسكن والوصلة مقصود في النكاح ولن يحصل السكن والموافقة بين الزوجين إلا بالتأبيد، فأما إذا كان مؤقتًا فلا يسكن كل واحد منهما إلى صاحبه.

وأما قولكم: إن قبض المعقود عليه يحصل بوطأة واحدة.

قلنا: ليس هذا لأن المعقود ليه ليس هو المنفعة لكن لأن الوطء لا يمكن على الدوام وإنما يتصوّر في الأوقات وليس له عدد معلوم محصور حتى يتوزع المهر على عدده، فالشرع أعطى (للوطء الواحد)[1] حكم جميع المعقود عليه بهذا[2] العذر فصار كان الوطئات كلها معقودة[3] عليه، إذا نظرنا إلى جملتها وكل وطءٍ على انفراده كل المعقود عليه إذا نظرنا إلى تفصيلها[4].

وأما قولكم[5]: إنه سبب الولد، والولد عين.

قلنا: نحن نعلم قطعًا أن الولد غير معقود عليه إنما غاية ما في الباب

(١) في (ز): للوطئة الواحدة.
(٢) في (ز): هذا.
(٣) في (ز): معقودًا.
(٤) في (ز): تفاصيلها.
(٥) في (ز): قولهم.

أنه ثمرة من ثمرات العقد، وبأن كان[1] الثمرة عينًا لا يدل على أن المعقود عليه عين، ألا ترى أن منافع سائر الأعضاء إنما يقصد منها أيضًا تحصيل العوض[2] عند العقد، أو تحصيل عين عند الاستعمال[3]، ولا يدل ذلك على أنها تُجعل في حكم الأجزاء والأعيان؛ لأن المقصود تحصيل الأعيان.

وقولهم: إن لشرف منافع البُضع أُلحقت بالأجزاء[4].

قلنا: وأيّ مانعٍ من إثبات الشرف بها[5] وهي منافع على حقيقتها.

وقولهم: إن الزوج يستحق الولد عليها بعقد النكاح، هوس؛ لأن الولد ولدهما وليس يستحق عليها شيئًا إلا أن الشرع في بعض الأحكام اعتبر جانب الأب وفي بعض الأحكام اعتبر جانب الأم وفي بعضه[6] جانبهما.

وتفاصيل هذا معلوم[7]، وليس لأن الزوج يستحق عليها ولدًا[8] يكون[9] لها فيصير له وَمَنْ دخل في أمثال هذه الهذيانات فقد كَفَى خصمه شغله[10] والانتساب نوع شرف وذلك يكون بالرجال لا بالنساء، فخُصّ

---

(١) في (ز): كانت.
(٢) في (ز): عوض.
(٣) في (ز): الاستيفاء.
(٤) في (ز): بسائر الأجزاء.
(٥) في (ز): لها.
(٦) في (ز): بعضها.
(٧) في (ز): معلومة.
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): لا يكون.
(١٠) في (ز): سعيه.

جانب الرجال بالنّسبة نظرًا للأولاد، وقد خُصّ جانب النساء بالرق والحرية، فيقال أن المرأة استحقت الرق والحرية على الزوج، فليس ما قالوه بشيء فتثبت القاعدة التي قلناها أن المعقود عليه المنفعة[1] واخترنا[2] عما قاله الأصحاب أن المعقود عليه حِلّ لازم؛ لأن الحِلّ حكم الله تعالى، (وحكم الله تعالى)[3] لا يكون معقودًا عليه إنما المعقود عليه شيء موجود للعاقد يعقد عليه وجعله[4] لغيره بالعوض الذي يأخذه، وأخترنا هذا على قول مَنْ قال: إن المعقود عليه عين المرأة بوصف الحِلّ وإن كنا قد سلكنا ذلك في بعض المسائل، ولكن الأصل ما قلنا[5] لأن الحبس والحكم يؤيدان[6] ذلك ويقوّيانه[7]. وإذا ثبت هذا الأصل فصار النكاح عقدًا صحيحًا في الأصل ولم يكن ثبوته ضرورة فأشبه الإجارة فقبل الفسخ مثل سائر العقود واستيفاء منفعة البُضع صار مثل استيفاء منافع سائر الأعضاء في الجارية المشتراة، وابتنى على هذا الأصل مسألة الخلع أنه فسخ أم طلاق؟ فإن على أحد قولي الشافعي أنه فسخ[8]، ودليلنا في ذلك أن عقد النكاح قابل للفسخ ولم يوجد دليل على أنه طلاق، لا من حيث اللفظ ولا من حيث النية، فصار فسخًا ولا[9] مثل الإقالة في سائر العقود؛ لأنهما قصدا رفع العقد، وإعادة كل واحد منهما إلى

(١) في (ز): هو المنفعة.
(٢) في (ز): واخترنا هذا على ما قاله بعض الأصحاب.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): يجعله.
(٥) في (ز): قلناه.
(٦) في (ز): يؤيد.
(٧) في (ز): ويقوى.
(٨) ينظر: النكت: ورقة ٢١٤/أ.
(٩) في (ز): ولأنه.

رأس مالِهِ، وإلى ما كان عليه قبل العقد، فأشبه الإقالة معنىً، فكان فسخًا، وفي المسألة كلام كثير للمشايخ، إلا أنها تبتني على هذا الأصل فاقتصرنا عليه. وعندهم لما لم يقبل الفسخ لم يكن فسخًا، والمسائل التي يوردنها [٢٢٨/ب] عامتها ممنوعة، قد ذكرنا الكلام على تفاصيلها في التعليق واقتصرنا في هذا المجموع على هذا القدر وهو كافٍ. والله أعلم.



※ (مَسْألَة):

المختلعة لا يلحقها الطلاق وإن كانت في العدة عندنا(١).

وعندهم: يلحقها الطلاق(٢).

❖ **لنا:**

أنه طلاق بلا نكاح فيكون باطلًا كما لو طلقها بعد انقضاء العدة، وهذا لأن الطلاق تصرف مشروع فلابد له من عمل يشرع لأجله وعمله إزالة النكاح، والنكاح في هذه المسألة قد زال بالخلع من جميع الوجوه، وإذا زال النكاح فتحقق(٣) قولُنا: «إنه طلاق بلا نكاح»، فيكون باطلًا قطعًا، ثم الدليل على أن النكاح زال بالخلع جميع ما ذكرناه في مسألة نكاح الأخت في عدة

---

(١) الأم: ٢٩١/٥، النكت: ورقة ٢١٥/أ، روضة الطالبين: ٦٨/٨، الحاوي: ٢٧١/١٢، البيان: ٣٦/١٠.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ١٠٧/٢/أ فيض الله، المبسوط: ١٧٥/٦، رؤوس المسائل: ص٤٠٥، مختصر اختلاف العلماء: ٤٦٧/٢.

(٣) في (ز): تحقق.




الأخت، ونزيد فنقول: النكاح يحتمل الإزالة بالاتفاق وإزالته إلى الزوج؛ لأنه هو الذي بيده عقدة النكاح، وهذا فيه اتفاق أيضًا فإذا خَالَعَ فقد بَلَغَ النهاية في الإزالة؛ لأنه لا يتوقع وراء هذا سبب أبلغ منه في الإزالة.

فإن قالوا: يتوقع بأن يطلّق ثانيًا وثالثًا. قلنا: وعندكم إذا[1] طلّق ثلاثًا فإن النكاح لا يزول من كل وجهٍ، ولهذا قلتم لا يحل نكاح أخت المطلقة ثلاثًا، وإن قلتم يزول من كل وجهٍ بعد الطلاق الثلاث، فكذلك في الخلع يزول من كل وجهٍ، وهذا لأنهما قصدا إزالة النكاح بطريق مشروع وأن يعود كل واحد منهما إلى الحال التي كان عليها قبل النكاح، وهذا[2] قصد معتبر لأنه بسبب معتبر. ويدل عليه: أنهما لو أرادا إعادة النكاح لابد من عقدٍ جديدٍ واحتياجهما إلى عقد جديدٍ، مثل العقد الأول لإعادة النكاح دليل قاطع في أن النكاح الأول ارتفع وزال. وأما الدليل على أن الطلاق مشروع لإزالة النكاح أنه إذا صادف النكاح إما أن يُزيل في الحال إذا كان قبل الدخول أو في ثاني الحال، إذا كان بعد الدخول والسبب المشروع إذا عَمِلَ في حكم يستدل به أنه مشروع، كذلك[3] الحكم، ويستدل بالكنايات، ووجه الدليل أن قوله: «أنت بائن وأنت حرام» كناية عن الطلاق، والأصل أن المكنّى عنه يجعل كالمصرّح به فلو وقع الصريح لوقعت الكناية لأنها هو بعينه.

۞ أمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى أن الطلاق تصرف يصح من غير عمل له في إزالة ملك

---

(١) في (ز): وإن.

(٢) في (ز): وهو.

(٣) في (ز): لذلك.




النكاح، فلا يشترط لصحته وجود ملك النكاح.

دليله: العتق وسائر التصرفات التي لم[1] تشرع لإزالة ملك النكاح، ودليل الوصف مسألتان:

إحداهما: أن الطلاق الثاني في الرجعية يصح ولا عَمَلَ لَه في إزالة ملك النكاح؛ لأن الطلاق الأول علة تامة في الإزالة والعلة إذا تمت في حكمٍ لم يصح وجود علة أخرى لإثباته كالبيع لا ينعقد بعد البيع في محلٍ واحدٍ، وكذلك العتاق بعد العتاق، والإجارة بعد الإجارة، وهذا لأن العلة إذا تمت في إفادة حكم فقد أوجبته، والواجب لا يُوجب ثانيًا.

والمسألة الثانية: إذا طَلّق ثم راجع بطل عَمَلُ الطلاق في الإزالة، والطلاق قائم، وكما أن السبب لا ينعقد إلا بحكمٍ لا يبقى إلا بحكمٍ؛ لأن الباقي هو الثابت ابتداء، ولأنه لا يراد لعينه لا ابتداءً ولا بقاءً، ألا ترى أن البيع إذا أريد بحكم[2] وهو الملك فإذا سقط عملُه سقط في نفسه، مثل مَنْ يبيع بشرط الخيار ثم يقول: رددتُ الملك إلى نفسي، والمسألتان في نهاية الاعتماد.

قالوا: فإن قلتم إيش عمل الطلاق؟، فنقول: عمله إزالة الحِلّ عن المحل، متى تَمّ ثلاثًا[3] والدليل على أن عمله هذا قوله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[4] وهذا نص في أن عمل الطلاق هذا،

---

(١) في (ز): لا.
(٢) في (ز): لحكمٍ.
(٣) ليست في (ز).
(٤) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.

فإن قلتم إن لفظ الطلاق لا يدل على هذا، فنقول: عمله شرعًا لا وضعًا من حيث اللغة.

قالوا: وليس يدخل على هذا طلاق الأجنبيات؛ لأنه وإن كان من أهل التصرفات والمحل محل لحكم الطلاق، إلا أنه لابد من ثبوت ولاية على المحل، واختصاص به من بين سائر الناس، ولم يوجد.

يبينه: إنا إذا قلنا: يجوز طلاق الأجنبيات لإزالة الحِلّ عن المحل صارت أبضاع النساء في ابتذال الأجانب وحرمة البُضع تأبى هذا الابتذال، وأما إذا اعتبرنا نوع ولاية على المرأة واختصاص بالمحل زال الابتذال، هذا أحد طريقتهم، وَسَلّم بعضُهم أن عمل الطلاق إزالة ملك النكاح، إلا أنه ادّعى بقاء النكاح هاهنا من وجهٍ لبقاء ملك اليد، وادّعوا أن [٢٢٩/أ] ملك الحِلّ في النكاح بمنزلة ملك العين في البيع، وملك الحبس بمنزلة ملك اليد، وهذا لأنها[١] بالوطء صارت في يده حسًّا بالتمكن فيها، واستيلائه عليها، وهذه اليد قائمة بعد الخلع، واليد كافية لإفادة التصرف مثل يد المكاتب على الأكساب ويد العبد المأذون، ثم إذا ثبت بقاء ملك اليد وهو دليل على أن النكاح قائم من وجه صح الطلاق، ثم ينضم هذا الطلاق إلى ما سبق من الطلاق الثاني بالخلع فيعملان في إزالة ملك اليد عند انقضاء المدة، مثل الطلاق الثاني، وبعد الطلاق الرجعي ينضم إليه فيعملان في إزالة ملك النكاح عند انقضاء العدة، هذا نهاية الإمكان وأحسن الطريقين. قالوا: وليس كالظهار حيث لا يصح بعد الخلع؛ لأنه للتحريم فحسب وهي محرمة، وهذا لأن الظهار مُنكَرٌ من القول وزورٌ، فيكون في نفسه جناية ومعنى المنكر والزور أنه

(١) في (ز): لأنه.

شبّه المحلّلة بالمحرِّمة وجعلها مثلها، وهو كاذب قطعًا، فالشرع حرّمها عليه إلى أن يكفِّر مع بقاء الملك، وجعل ذلك شبه[1] مؤاخذة بالكذب وارتكابه هذا المنكر وهذا المعنى لا يوجد بعد الخلع؛ لأنه صادق في مقاله[2] لأنها بالخلع قد صارت عليه كظهر أمه في التحريم (في الحال)[3]، وإذا كان صادقًا لم يثبت في حقه حكم الكذبة ومرتكبي الزور.

قالوا[4]: وأما الكنايات من قوله: «أنتِ بائن وأنتِ حرام»، وشبهه فهي تسمِّي كنايات عن الطلاق على سبيل المجاز لا على طريق الحقيقة على ما سنُبين في مسألة الكنايات ونقول: إن هذه الألفاظ عاملة بأنفسها[5] على قضايا معانيها والطلاق يقع بطريق الاقتضاء على ما يأتي من بعد، وإذا ثبت هذا فقوله: «أنتِ بائن» قضية[6] لغة قطع الوُصلة، وقوله: «أنتِ حرام» قضية لغة إثبات الحرمة ولا وُصلة بعد الخلع حتى تقطع ولا حِلّ حتى يحرم فلغا هذا الكلام بهذا الوجه، أما في مسألتنا فعمل الطلاق شرعًا ما بيّنا وقد وجد محل العمل، وربما يقولون: «أنتِ بائن وأنتِ حرام»، إخبار وهي[7] صحيح بعد الخلع؛ لأنها كذلك فلم يغيّر إلى الإيقاع وإذا كان إخبارًا عن شيء موجود صح الكلام ولم يُغيِّر إلى الإيقاع لتصحيحه، وأما في حال قيام النكاح وهو[8]

---

(١) في (ز): شبهه.
(٢) في (ز): مقابلته.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): بنفسها.
(٦) في (ز): قضيته.
(٧) في (ز): وهو.
(٨) في (ز): فهو.




غير صحيح خبرًا فغُيِّر إلى الإيقاع لتصحيحه، وأما لفظ الطلاق فهو مغيِّر شرعًا إلى الإيقاع وإذا كان إيقاعًا نظرنا إلى عمله في الشرع، فوجدنا عمله ما بيّنا ووجدنا بعد الخلع محل عمله (فلهذا يصح)[1] إيقاعه. وقد قال بعض مشايخهم: إنه أحق الناس بنكاحها فيلحقها ما بقي من طلاقها[2].

يبينه: أنه لما كان أحق الناس بها دل ذلك على بقاء النكاح من وجهٍ، لأن الملك ليس هو إلا اختصاص الإنسان من بين سائر الناس مثل ما يختص الإنسان بثوبٍ أو عبدٍ.

۞ الجواب:

أما قولنا: إن الطلاق مشروع لإزالة النكاح وفي مسألتنا لَا نكَاحَ[3] وهو صحيح على ما سبق والعلة التي قالوها ممنوعة، وأما المسائل[4]، قلنا: أما المسألة الأولى: فالطلاق الثاني مزيل وقد وجد محل العمل (قائمًا وهو النكاح)[5].

قولهم[6]: إن الطلاق الأول علة تامة.

قلنا: وإن تمت فالثانية أيضًا صحت لما بيّنا ثم زوال النكاح عند انقضاء

---

(١) في (ز): قائمًا فصح.
(٢) في (ز): طلاقه.
(٣) في (ز): فهو.
(٤) في (ز): المسألتان.
(٥) ما بين القوسين ليست في (ز).
(٦) في (ز): وأما قولهم.

العدة يضاف إليها[١].

قولهم: كيف يوجد علتان كاملتان مترادفتان لشيءٍ واحدٍ؟ قلنا: فلِم[٢] لا يجوز، ويجوز[٣] حصول الشيء بعلةٍ واحدةٍ، وبعللٍ وليس له مانع كما لو ظَاهَرَ ثم ظَاهَرَ، وعلى أنا نقول لما قام الدليل على صحة الطلاقين لحصولهما في نكاح[٤] فجعل في حق كل طلاق كأنّ النكاح زال به وليس طلاق[٥] (وكما لو قَتَلَ جماعةٌ واحدًا)[٦] فجرح كلّ واحدٍ علة تامة فيجعل في حق كل واحد منهم كأن القتل حصل بفعله ليس معه غيره، وكالظهار[٧].

فإن قالوا: على الظهار (يصح الثاني)[٨] لأجل الكفارة.

قلنا: موجب الظهار التحريم[٩] لا الكفارة، وإنما (يؤقتُ بالتكفير)[١٠]، فإن قالوا: يجوز أن يكفّر عن الأول فَظَهَرَ عملُ الثاني، ولا يتصوّر ظهور عمل الطلاق الثاني وارتفاع الأول بحالٍ، فإن قلنا لم يكن ثبوت الحرمة بالظهار الثاني موقوفًا على التكفير عن الأول بل يثبت في الحال بدليل أنه لو كفّر

---

(١) في (ز): إليهما.

(٢) في (ز): وَلِمَ.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): نكاح قائم.

(٥) في (ز): معه طلاق آخر.

(٦) في (ز): مثل الجماعة يقتلون رجلًا.

(٧) في (ز): وكالظهارين.

(٨) في (ز): الظهارين صح.

(٩) في (ز): هو التحريم.

(١٠) في (ز): يتوقف في الثاني على التكفير.

عنهما معًا معًا[١] صح، وأين[٢] ظهور عمل الثاني؟ دل أن المعنى ما بيّنا.

وأما المسألة الثانية، قلنا: قد انعقد الطلاق مزيلًا للإزالة[٣] إلا أنه عَرَضَ عارض الرجعة فيمنع من العمل.

وقولهم: فَلِمَ بقي الطلاق؟.

قلنا: السبب لا ينعقد إلا بحكمه [٢٢٩/ب] (أما بقاؤه)[٤] يكون لعدم القاطع، وعلى أن لبقائه فائدة، وهو[٥] أنه يتوهم أن يطلق ثانيًا فإذا انقضت العدة يكون زوال النكاح بطلاقين، ألا ترى أنه لو طلّق الثلاث[٦] ظَهَرَ عمل الثلاث في التحريم الحاصل بالكل بالإجماع[٧]، وإذا ظَهَرَ الجواب عن هاتين المسألتين سهل الكلام في باقي[٨] المسألة فنقول على قولهم: إن عمله إزالة الحِلّ عن المحل كلام في غاية الضعف؛ لأن الطلاق يعمل في الثابت بالنكاح ولم يكن حل المحل هو الثابت بالنكاح[٩]، بل ثبت بأصل الخِلقة وكونها أنثى من بنات آدم، والثابت بأصل الخِلقة كيف يزول[١٠] بالطلاق؟،

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): وإن منع.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): أما عدمُ انقطاعه.

(٥) في (ز): فإنه.

(٦) في (ز): الثالثة.

(٧) زيادة من (ز).

(٨) ليست في (ز).

(٩) في (ز): بالنكاح فقط.

(١٠) في (ز): يُزال.

وأيضًا ينبغي إذا قال: «أنتِ طالق»، وَنَوَى إزالة الحِلّ عن المحل يثبت ويقع الثلاث اقتضاءً، وعندهم: لا يقع، وينبغي أن يقع الطلاق عند انقضاء العدة؛ لأن حل المحل قائم، وهو أهل للطلاق، وبقي بعض الطلاق في هذه الصورة، ألا ترى أنه لو راجعها كانت بما بقي عنده من الطلاق، والاختصاص الذي بعده[1] في الأجنبيات أيضًا موجود في هذه الصورة بدليل بقاء الطلاق وفصل الابتذال الذي اعتذروا به عن الأجنبيات لا يرد على هذه الصورة.

وأما قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[2].

قلنا: هذا عندنا غير معقول المعنى ولا معقول العلة لما بيّنا أن الطلاق عمله في الثابت بالنكاح، ولأن صيغة الطلاق لا تدل إلا على حَلّ من قيدٍ أو إطلاقٍ من حبس (وليس يدل على زوال الحِلّ عن المحل بحال)[3]، وأما فصل ملك اليد وادّعاء بقاء النكاح من وجه فقد سبق الكلام في مسألة نكاح الأخت في عدة الأخت، والخلع قاطع للنكاح من كل وجهٍ.

وأما الحبس فثبت[4] شرعًا لا لأجل بقاء النكاح وفي حال بقاء النكاح ثبت الحبس لمصلحة الإنسان[5]، والقياس أن لا يثبت، ولا نقول هو ملك يد؛ لأن ملك النكاح لا يعرف إلا في الاستيفاء (فحسب مثل ملك القصاص

(١) في (ز): يقول.
(٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.
(٣) في (ز): فأما زوال الحل عن المحل فليس يدل عليه بحال.
(٤) في (ز): فإنه يثبت.
(٥) في (ز): الأنساب.

لا يُعرف إلا في الاستيفاء)[1] فلا يقال في القصاص ملك يد على مَنْ عليه القصاص، كذلك هاهنا ثم يدخل على ما قالوه المعتدة عن (الوطء بالشبهة أو في النكاح الفاسد)[2]، لا يملك الطلاق عليها وملك اليد الذي زعموه موجود فإن قالوا: هناك لم يسبق نكاح يملك به الطلاق ويبقى ببقاء ملك اليد بخلاف مسألتنا.

قلنا: هذا مجرد تمني فينبغي أن تقولوا وجود[3] ملك اليد يملك الطلاق؛ لأنه إذا كان يبقى به ملك الطلاق وجب أن يقبل[4] ملك الطلاق بنفسه، وهذا فصل معتمد على ملك اليد، وأيضًا فإنا قد بيّنا أن الطلاق يعمل في الثابت بالنكاح فإذا[5] كان لا يتصوّر (أن يثبت)[6] ملك اليد في النكاح مقصودًا لم يتصوّر عمل الطلاق في إزالة ملك اليد مقصودًا لكن إذا ثبت ملك اليد تبعًا يزول (ملك اليد)[7] تبعًا.

وأما فصل الكنايات فسنذكر الكلام على ما قالوه في مسألة الكنايات، وعلى أن لفظ البائن إذا كان لقطع الوصلة فالطلاق للإطلاق وهي مطلقة فلا إطلاق، وأما العذر الثاني الذي قالوه قلنا: إذا ثبت لنا أن هذه الألفاظ كنايات عن الطلاق فكما أن صيغة الإخبار في قوله: «أنتِ طالق» قد صار في الشرع

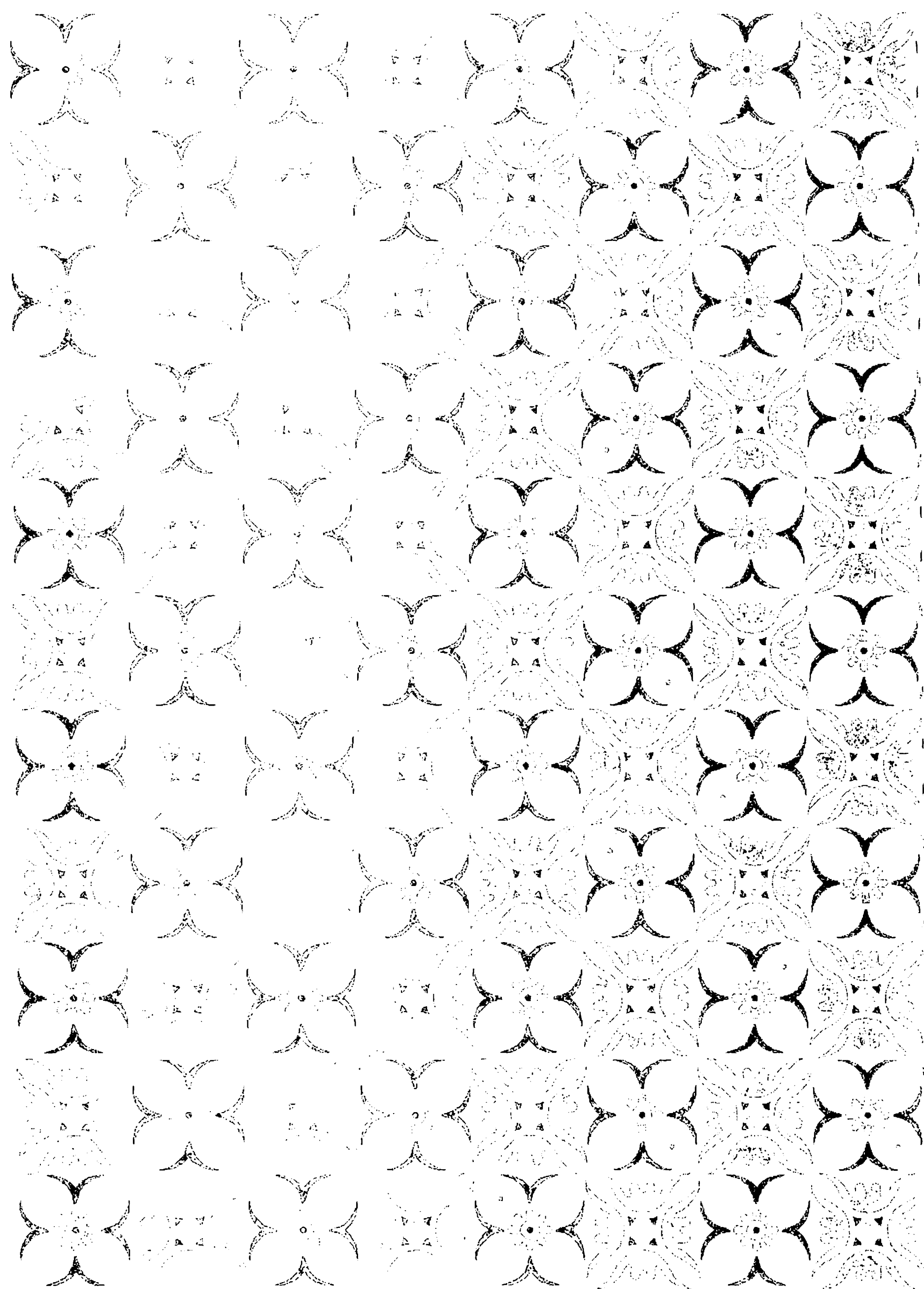
---

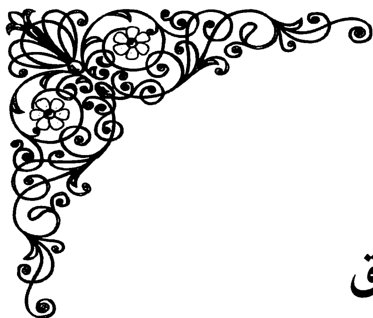
(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): وطء بشبهةٍ أو في نكاح فاسدٍ.
(٣) في (ز): لوجود.
(٤) في (ز): يفيد.
(٥) في (ز): وإذا.
(٦) ليست في (ز).
(٧) ليست في (ز).

للإيقاع فكذلك[١] قوله: «أنتِ بائن، وأنتِ حرام» يكون كذلك، وأما فصل الاختصاص بنكاحها، فليس بشيء، ويدخل عليه الموطوءة بالشبهة ونصوّر فيما لو وطئها الزوج بالشبهة[٢] في حال العدة في خلعٍ وقد مضى قرؤان بقى[٣] قرؤ ثم مضى القرؤ الثاني وجعلت[٤] في القرؤ[٥] عن العدة بالشبهة، وعلى أن المنع من الأزواج ليس لبقاء النكاح من وجهٍ كما سبق لكن لأنها مشغولة بمائه، وإنما يُمنع ماؤه عن ماء غيره لئلا يختلط به، (ويشتبه)[٦] النسب، فإما أن يمنع ماؤه عن الاختلاط بمائه فلا، ألا ترى أن في الموطءة بالشبهة[٧] كان هذا الحكم هكذا وهو أنها تحل للواطئ ولا تحل لغيره للمعنى الذي بيّنا[٨] ولم يدخل هذا الاختصاص على وجود النكاح بوجهٍ ما. والله أعلم.



(١) في (ز): كذلك.
(٢) في (ز): بشبهةٍ.
(٣) في (ز): وبقى.
(٤) في (ز): وحملت.
(٥) في (ز): القرؤين.
(٦) في (ز): فيشتبه.
(٧) في (ز): بشبهةٍ.
(٨) في (ز): بيناه.



كتابُ الطَّلاق

※ (مَسْأَلَة):

تعليق الطلاق[1] بالنكاح عندنا باطل[2]، وكذلك تعليق العتق بالملك[3].

وعندهم: [٢٣٠/أ] جائز[4].

❖ لنا:

حديث معاذ أن النبي ﷺ قال: (لا طلاق قبل النكاح، ولا نذر فيما لا يملكه ابن آدم)[5] وروى الأصحاب أن عبد الله بن عمر أراد أن يتزوّج

---

(١) الطلاق: في اللغة: ازاله القيد. وفي الشرع: ازاله ملك النكاح. ينظر: التعريفات ص١٤١.

(٢) النكت: ورقة ٢١٦/أ، المهذب: ٧٨/٢، معالم السنن للخطابي: ٦٤٠/٢، روضة الطالبين: ٦٨/٨.

(٣) النكت: ورقة ٢١٦/أ، روضة الطالبين: ١١٤/٨.

(٤) الأسرار: ٣٠٢/٢، عارف حكمت، المبسوط: ١٢٧/٦، رؤوس المسائل: ص ٤٠٧.

(٥) رواه أبو داود في سننه: ٦٤٠/٢ مع العالم، رقم ٢١٩٠، ٢١٩٠، ٢١٩٢.
والترمذي في سننه: ١٤٧/٥ مع العارضة، وقال: «حديث حسن هو أحسن شيء».
روى في هذا الباب. ا. هـ عن عمرو بن شعيب بن جده.
وابن ماجه في سننه رقم (٢٠٤٧).
والدارقطني في سننه: ١٤/٤ عن معاذ.
والبيهقي في سننه: ٣٢٠/٧ عن معاذ.

امرأة فزادوه[1] في صداقها فقال: إن تزوّجتها فهي طالق، فرفع إلى النبي ﷺ فقال: (لا طلاق قبل النكاح)[2]، وهذا إن ثبت فهو نص في عين الخلاف.

وأما الكلام من حيث المعنى نقول: اليمين في مسألتنا عقد طلاق فلا يسبق النكاح.

دليله: الإيقاع. ونعني بقولنا «أن اليمين عقد طلاق» هو أن موجبه الطلاق عند وجود الشرط، وهو مثل البيع بشرط الخيار، يوجب التمليك عند سقوط الخيار، وهو في الابتداء عقد تمليك وإن تراخي الملك، فكذلك هاهنا هذا العقد في الابتداء عقد طلاق وإن تراخي الطلاق، وهذا لأن اليمين عقد مشروع فلابد له من حكم مشروع وحكم[3] المشروع هو الطلاق عند وجود الشرط، وهذا مثل (ما قال)[4] أصحابنا: إن اليمين بالله موجبها الكفارة عند الحنث فكما أن اليمين بالله ﷻ سبب الكفارة، فكذلك في مسألتنا هذا اليمين سبب الطلاق، وأعلم بأنهم يمنعون الوصف ويقولون ليس اليمين في الحال لعقد[5] الطلاق ولا هو سبب الطلاق، وكذلك قالوا في اليمين بالله ﷻ ليس بسبب الكفارة وإنما موجب اليمين البرِّ، والبرِّ في مسألتنا هو الامتناع عن دخول الدار إذا حلف (عن دخول)[6] الدار، وجعل الطلاق جزآءً له، والامتناع من النكاح إذا حلف على النكاح وجعل الطلاق جزاءً له، وكذلك

(١) في الأصل: فزاوده.
(٢) كذا أورده المؤلف، ولم أجد مَنْ خرَّجه في مظانه.
(٣) في (ز): حكمه.
(٤) في (ز): مما قاله.
(٥) في (ز): عقد.
(٦) في (ز): على الدخول.

قالوا في اليمين بالله على ما عرف في كتاب الأيمان، ولهذا المعنى قالوا: لا يجوز التكفير قبل الحنث[١].

وقالوا: لا تنعقد يمين[٢] الغموس، قالوا: ليس بيمين أصلًا. ونحن نقول: السببية لا يمكن منعها وذلك لأن صيغة الطلاق قوله: «أنتِ طالق»، وقد وُجد هذا اللفظ بصيغته في اليمين وهو يصير طلاقًا في ثاني الحال غير أنه تراخي كونه طلاقًا عن الحال، بحكم التعلق فتراخي موجبه لا يمنع أن يكون سببًا في الحال، وهذا مثل الجرح فإنه سببٌ للقتل[٣]؛ لأنه يصير قتلًا في ثاني الحال، فحكم بكونه سببًا له في الحال، وكذلك ملك النصاب هو يصير موجبًا للزكاة في ثاني الحال فحكم بكونه سببًا له في الحال حتى جاز إخراج الكفارة بعد الجرح قبل الموت، وجاز إخراج الزكاة بعد ملك النصاب قبل مضي الحول، وكذلك البيع بالخيار، والاعتبار بالجرح وملك النصاب أولى، لأن الملك في البيع بشرط الخيار يستند إلى أول البيع، وفي مسألتنا الطلاق لا يستند إلى أول اليمين إلا أن يمنع الاستناد في البيع فيكون مثل مسألتنا سواء، يزيد ما قلناه إيضاحًا أن الطلاق لابد له من فاعل الطلاق[٤]، مثل القتل لابد له من فاعل القتل[٥]، ولا فعل منه في القتل سوى الجرح كما لا فعل منه له في الطلاق سوى اليمين، فقد تَمّ من قبله ما يصير به مُطلقًا في ثاني الحال، كما أنه قد تَمّ من قبله ما يصير به قتلًا في ثاني الحال، فاستويا

(١) عند الحنفية.

(٢) في (ز): اليمين.

(٣) في (ز): القتل.

(٤) في (ز): للطلاق.

(٥) في (ز): للقتل.

من هذا الوجه. ويمكن أن يقال أن الطلاق على تمامه قد وجد في جانب الرجل بهذا القول؛ لأنه لا يتصوّر منه معنى سوى هذا في هذا العقد الذي يقع به الطلاق في ثاني الحال إلا أنه ليس بطلاق في حق المرأة، وإنما يصير طلاقًا في حق المحل عند وجود الشرط ولهذا المعنى أُعتبرت الأهلية في جانب الرجل من العقل عند اليمين، واعتبرت المحلية عند الشرط فيه، وهذا مثل الرمي فإنه بالإصابة حَلّ الصيد على أصلهم بالرمي قد تَمّ السبب من قبل الرامي حتى أنه لو كان مسلمًا عند الرمي مرتدًا عند الإصابة حل الصيد على أصلهم، وكذلك مَنْ كان مرتدًا عند الرمي مسلمًا عند الإصابة لم يحل، فعلى هذا هو مُطلِّق باليمين فيما رجع[1] إلى جانبه غير مطلّق فيما يرجع إلى جانب المحل والطلاق قبل النكاح باطل لأنه تصرف يستفاد بالنكاح فلا يملك قبل النكاح أو لأنه تصرف في محل لا يملكه أو قَطَعَ نكاحًا غيرَ ثابتٍ له[2]، وهذا كله باطل.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: عقد يمين فلا يشترط في صحته وجوده ملك النكاح.

دليله: اليمين بالله والوصف مسلم، إجماعًا، ولأن اليمين بالله يمينُ قسمٍ وهذا يمينُ شرطٍ وجزاءٍ واليمين على ضربين بالاتفاق، وهذا لحقيقةٍ: وهي أنه باليمين عقد على نفسه في المنع. أما منع نفسه عن النكاح أو الدخول أو [٢٣٠/ب] منع المرأة أن عَقَدَ على دخولها لأن حقيقة اليمين أن يقول: «لا

(١) في (ز): يرجع.
(٢) ليست في (ز).

أتزوجك فإن تزوجتك فأنتِ طالق» ، وقصده منع نفسه من[1] التزويج ، وكذلك في الدخول معنى الكلام «لا أدخل وإن دخلتُ فأنتِ طالق» ، قصده منع نفسه من[2] الدخول ، وإذا ثبت أن اليمين معقودة على المنع فلا يشترط لها محل سوى نفسه ؛ لأنه يعقد على منع نفسه عن الفعل ، وإذا وُجد محل اليمين وهو من أهل اليمين انعقد قطعًا . وربما حرروا وقالوا: تصرف من أهله في محله ، فصح منه كسائر التصرفات ، قالوا: ولا يجوز أن يقال أنه طلاق ؛ (لأنه لما ثبت أنه يمين لا يكون طلاقًا)[3] ؛ لأن محل اليمين غير محل الطلاق ، فإن محل اليمين نفس الحالف ومحل الطلاق نفس المرأة وإذا اختلفا محلًا اختلفا تصرفًا ، ولأن الطلاق كلام من شخص يتصل بالمحل وهو المرأة ويعرف الاتصال بوقوعه فما لم يتصل لا يكون طلاقًا مثل الرمي لا يكون جرحًا ما لم يتصل بالمحل ، فقبل الاتصال لا يكون جرحًا ، كذلك هاهنا قبل الاتصال لا يكون طلاقًا ، ولأن هذا الكلام لو أرسل يكون طلاقًا فإذا لم يُرسل ويُركّب على غيره صار شيئًا آخر (مثل الغزل إذا تركّب صار شيئًا آخر)[4] ، فإن الثوب غير الغزل ، كذلك الطلاق إذا ركّب (على الشرط)[5] كان غير الطلاق فإذا انتقض التركب في الثوب كان غزلًا (ولم يكن قبله غزلًا)[6] فكذلك[7] إذا انتقض التركب في اليمين بوجود الشرط كان طلاقًا ، ولم يكن قبله طلاقًا .

---

(١) في (ز): عن.
(٢) في (ز): عن.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): على غيره وهو الشرط.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): وكذلك.

وربما يقولون: الطلاق معلق فَمَا لم ينزل لا يكون طلاقًا، قالوا: وليس بيمين بالطلاق أيضًا ما بيّنا من قبل إنما هو يمين بكلامٍ ليصير طلاقًا في ثاني الحال، لأنه إذا لم يمكن(١) قوله: أنتِ طالق طلاقًا قبل الوقوع لم يكن اليمين يمينًا بالطلاق.

قالوا: وليس بيمين(٢) بسبب الطلاق أيضًا لأن اليمين لما كانت معقودة على المنع فليس لها موجب سوى البرِّ فصارت اليمين سببًا موجبًا للبرِّ، وليس لها موجب سواه أصلًا مثل اليمين بالله ليس لها موجب سوى البرِّ.

وحرفهم: أنه لما كان محل اليمين هو نفسه لم يجز أن يكون سببًا للطلاق الذي محله المرأة، إلا أنه إذا انتقض اليمين الآن صار سببًا مثل اليمين بالله إذا حنث فيها صارت الآن سببًا للكفارة، وقالوا: نبين ما قلنا: إن كلمة «إن» دخلت على السبب فأخرت السببية مثل قول القائل: «إن زرتني زُرتُك»(٣)، وبيان أنها دخلت على السبب أنه قال: «إن دخلتِ الدار فأنتِ طالق» فتأخر قوله: «أنتِ طالق» (إلا بوجود)(٤) الدخول وليس كالبيع بشرط الخيار، لأن كلمة الشرط ما دخلت على البيع؛ لأنه لم يقل: «إن دخلت الدار فقد(٥) بعتك»، إنما قال: بعتُك على أن لي الخيار، فدخلت كلمة الشرط على الحكم فعملت في تأخيره، وفي مسألتنا دخلت الكلمة على السبب فعملت في تأخيره، والدليل على اختلاف التعليق في الطلاق وشرط الخيار

(١) في (ز): يكن.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): أن تزرني أزرك.
(٤) في (ز): إلى وجود.
(٥) ليست في (ز).

في البيع أن الطلاق يقبل التعليق ولا يقبل الخيار، والبيع يقبل الخيار ولا يقبل التعليق، ولو كان السبب يوجد في الموضعين ويتأخر الحكم لاتفق الموضعان إما في قبول التعليق والخيار، أو عدم القبول.

وقال بعضهم: إن سلمنا أنه يمين بالطلاق أو سبب الطلاق فاليمين بالشيء غيره مثل اليمين بالله غير الله وسبب الطلاق غير الطلاق، فلم قلتم: إذا لم يصح الطلاق في هذه الصورة لم يصح اليمين به (وسببه)[1].

قالوا: وأما وجوب الضمان على شاهدي اليمين لأنه يصير سببًا عند وجود الشرط وشهود اليمين هم الذين[2] شهدوا على ما صار سببًا لا شهود الشرط فلهذا اختصوا بالضمان، وأما اعتبار الأهلية عند اليمين لأن ذلك الكلام المذكور يصير طلاقًا في ثاني الحال، والجنون ينافي أهلية الكلام ولا ينافي أهلية الطلاق، إذا كان من غيرِ كلامٍ منه. ألا ترى أن المجنون إذا كان مجبوبًا يفرق القاضي بينه وبين زوجته، ويكون طلاقًا[3] في المجنون (هذا آخر)[4] طريقتهم[5] المعتمدة في المسألة.

واستدل كثير من مشايخهم بفصل النذر والوصية وصورة النذر، إذا قال: «لله عليّ أن أعتق عبدًا»، وَلَا عَبْدَ لَه، ثم مَلَكَ عبدًا يلزمه، وكذلك إذا قال: «إن ملكتُ هذا العبد فلله عليّ أن أعتقه» فإنه يصح، فإذا مَلَكَهُ يلزمه

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): من.
(٤) في (ز): هذه أحد.
(٥) في (ز): طرقهم.

إعتاقه، وكذلك الوصية تصح في هاتين الصورتين قبل الملك، وذلك بأن [٢٣١/أ] يوصي بثلث ماله وليس له شيء، أو يقول: «إن ملكتُ هذا العبد فهو وصيّة لفلان».

❁ **الجواب:**

أما قولهم: هو يمين.

قلنا: بلى، ولكن يمين هي(١) سبب الطلاق، واعلم أنه لا يجوز أن يُدّعى وجود التطليق لما ذكروا(٢) من الكلمات، فإنها قوية معتمدة، ولكن ندّعي أنها سبب الطلاق فيوجد الطلاق من بعد مثل الجرح سبب القتل فيوجد القتل(٣)، وهذا أصل للشافعي في الأيمان، وإن ادّعى مدّعٍ وجود التطليق في الحال فينبغي أن يُدّعى وجوده في جانب الزوج خاصة على ما سبق وهو كلام معتمد، يمكن تمشيته. وغاية ما يقولون على هذا أنه إذا لم يكن طلاقًا في جانب المرأة لا يكون طلاقًا في جانب الزوج، وفيما قلنا جواب عن هذا، وأما الذي قالوه: إن اليمين موجبة البرِّ وهو منع نفسه عن الفعل المحلوف عليه، فليس كذلك، لأن الفعل المذكور لا يكون ممنوعًا عنه في الشرع، ولئن جاز أن يقال ذلك في اليمين بالله لحفظ حرمة الاسم (فلا يجوز)(٤) أن يقال في مسألتنا لأنه لا اسم إنما هو مجردُ تعليق حكمٍ بشرطٍ.

يدل عليه: أنه لو كان اليمين موجبها المنع لكان ارتكاب الفعل هتكًا

(١) في (ز): هو.
(٢) في (ز): ذكرناه.
(٣) في (ز): القتل من بعد.
(٤) في (ز): لم يجز.

ولو كان هتكًا لقوبل بالمؤاخدة، والطلاق ليس وقوعه على طريق المؤاخذة، وكيف يكون ثبوته بطريق المؤاخذة بالهتك، وإنما هو من نفس اليمين؛ لأن اليمين حقيقته في هذا الموضع شرط وجزاء فيكون الجزاء شطر[1] اليمين، وبعض اليمين كيف يكون مؤاخذه على الهتك الحاصل في اليمين، ألا ترى أن الكفارة لما إن[2] كانت مؤاخذة بالهتك كانت غير اليمين.

يبينه: أن تعليق الطلاق في معنى إضافة الطلاق إلى وقتٍ فإنه لا فرق بين أن يقول: «إن جاء الغد فأنتِ طالق»، وبين أن يقول: «أنتِ طالق غدًا» وهذا لأنه يذكر النكاح والدخول[3] وإن قصد منع نفسه لكن قصده منع نفسه باطل؛ لأنه قصد منع نفسه بتصرف مباح فعله من طلاقٍ أو عتاقٍ، وإنما يصح منع الإنسان نفسه بالتزام محظور مثل هتك حرمة الاسم، فأما التزام مباح فعله كيف يوجب منعه عن شيء؟ وإذا لم يصح أن يكون موجب اليمين المنع صار موجبها ما ذكرناه، أو[4] صار التعليق في معنى الإضافة، وأجمعنا على أن الإضافة سبب في المضاف إليه[5] بدليل أنه لو نَذَرَ أن يتصدق يوم الخميس فيتصدق يوم الأربعاء جاز لوجود السبب، وعلى أنا إن سلمنا أن موجب اليمين المنع فكلامنا قائم؛ لأنا نقول موجبه المنع في الحال، وموجبه الطلاق عند الدخول وهي[6] سبب فيهما، وهذا كالجراحة[7] موجبها[8] الأرش في

(١) في (ز): بعض.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): ويذكر الدخول.
(٤) في (ز): و.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): وهو.
(٧) في (ز): كالجرح.
(٨) في (ز): موجبه.




الحال وهو سبب لوجوب القصاص أو الدية عند الموت، وهذا واضح، وعلى هذا ينقطع كلامهم جملة. وإذا ثبت لنا السببية سقط جميع ما ذكروه[1] لأنا[2] لم ندع أنه طلاق فنقول على الاتصال بالمحل الذي اعتمدوا عليه: أنه لم يتصل بالمحل طلاقًا لكن اتصل به سببًا ونقول على قولهم: إنه تركّب على الشرط، قلنا: إنه تركّب عليه طلاقًا أما سببًا فلا، ونقول على قولهم: إن كلمة «إن» دخلت على السببية.

قلنا: لا، بل دخلت على كونه طلاقًا وقد تأخر كونه طلاقًا، وإنما وجد[3] في الحال سبب الطلاق.

وقولهم: لِمَ قلتم أن سبب الطلاق لا يسبق النكاح.

قلنا: لأن الطلاق تصرف مستفاد بملك النكاح والتسبب إلى الشيء تصرف فيه من حيث التسبب فلا يجوز قبل النكاح الذي يستفاد به.

يبينه: أن التسبيب إلى الشيء ينزل منزلة فعله من وجهٍ مثل التسبيب إلى القتل قتل من وجهٍ فيمنع منه كما يمنع من نفس القتل، وأما الذي تعلق به مشايخهم من فصل النذر والوصية، فلا نسلم صحة النذر في المعتق[4] وكذلك الوصية، وإنما موضع التسليم إذا أطلق إطلاقًا[5]، وفي مسألة النذر هو التزام في الذمة والذمة مملوكة له، وفي مسألة الوصية صحتها بخلاف

(١) في (ز): اعتمدوه.

(٢) في (ز): على أنا.

(٣) في (ز): يوجد.

(٤) في (ز): العين.

(٥) في (ز): ذلك إطلاقًا.

قياس العقود، ألا ترى أنه إذا علّق التمليك بزوال الملك ومثل هذا لا يجوز في موضعٍ مّا ولأنها إثبات الخلافة في الثلث فيكون تصرفًا على نفسه بإثبات الخلافة لنفسه ثم الملك يبتني عليه، وربما تعلق المخالفون بتعليق طلاق السُّنة بالطهر وجوازه، وإن كان[1] لم يجز وكان بدعة، ونحن نقول: الطلاق في الزمانين واحد والمملوك في زمان الطهر هو المملوك في [٢٣١/ب] زمان الحيض حتى لا يؤدّي إلى ملك ست طلقات، وإذا كان مملوكًا فقد تصرف في مملوك له إلا أن الكراهية وعدم الكراهية لمعنى تطويل العدة، وعدم التطويل على ما سبق. وقد تعلق كثير من أصحابنا بمسألة إلزامية على مذهبهم وهي: أنه لو علّق طلاق أجنبية بدخول الدار ثم تزوّجها ودخلت الدار لم يقع شيء فلو صح تعليق الطلاق بالنكاح لوقع في هذه الصورة، و[2] إما لاعتبار عموم الزمان أو بتقدير النكاح تصحيحًا لليمين مثل ما قالوا[3]، فيمن قال لامرأته: «إذا طلقتُكِ فعبدي حر»، وهي أجنبية يقدر النكاح لتصحيح اليمين وهم يقولون: قد قام الدليل لنا[4] على صحة هذه اليمين على ما سبق، وأما في (هذه الصورة إنما لم يملك)[5]، لأن الجزاء غير مملوك له عند الشرط (ولابد من هذا لتصح اليمين، وإنما قلنا: إن الجزاء غير مملوك له عند الشرط)[6]؛ لأنه لم ينص على النكاح، فإذا لم ينص عليه حكّمنا الحال،

---

(١) في (ز): كان لو نجز.

(٢) ليست في (ز) وهو الأنسب.

(٣) في (ز): قالوه.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): مسألة الدخول فإنما لم يصح.

(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).

فإنها أولى الأحوال وإذا حكّمنا الحال ففي الحال لا مُلَكَ فيصير الجزاء مفقودًا باعتباره وبناء اليمين عليه ولئن مُلِكَ إنما يملك بالنكاح، وهو غير منصوص عليه، ولا دلالة عليه.

قالوا: وعلى أنه يجوز أن يفرق النص والإطلاق، ألا ترى أنه لو قال لعبده: «إن دخلت الدار فأنت حر»، فدخل بعد موته لم يعتق عليه[1]، (ولو قال)[2]: «إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر»، فَدَخَلَ عَتُقَ، والجواب على هذا سهل للمتأمل، إلا أن الاعتماد على ما سبق، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إيقاع الطلاق الثلاث جملة غير مكروهة[3] عندنا[4].

وعندهم: مكروه[5].

لنا:

أن الطلاق الثلاث مشروع فلا[6] يكره إيقاعه جملة، دليله: طلاق الأربع من النساء وعتق العبيد، ودليل أنه مشروع قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): ولو قيّد فقال...
(٣) في (ز): مكروه.
(٤) الأم: ٥/١٨٠، النكت: ورقة ٢١٦/ب، المهذب: ٢/٨٠.
(٥) الأسرار: ٢/١٧٠/أ فيض الله، شرح معاني الآثار: ٣/٥٥، المبسوط: ٦/٤، رؤوس المسائل: ص ٤٠٨.
(٦) في (ز): فلم.

لِعِدَّتِهِنَّ﴾[١] وأقل مراتب الأمر الإباحة والمشروعية في[٢] هذه الجهة، ولأن الطلاق الثلاث لإبطال النكاح (في الحال)[٣]، وإبطال النكاح في الحال مشروع في البقاء، ألا ترى أن تركه جائز[٤] في الابتداء فإن التَّعزب مباح، لا كراهية[٥] فيه، كذلك إبطال النكاح واختيار التَّعزب فيكون مشروعًا أيضًا لأنه ذلك بعينه.

والدليل على أن ترك النكاح في الابتداء مشروع بحال[٦] ما ذكرناه في مسألة التَّخلي في ابتداء النكاح[٧]، ولا حاجة بنا إلى الإعادة، ومما يختص بهذه المسألة أيضًا لأنه ذلك لعينه، والمعتمد عليه هو: أن الطلاق ترك النكاح في هذه المرأة المتعينة وترك نكاحها مباح بدليل الابتداء، فإنه لو تَرَكَ نكاحها لم يلحقه كراهية ولا يوصف بترك سنةٍ، وهذا لأن الناس في النكاح على قولين منهم مَنْ قال[٨]: ليس بسنة أصلًا إلّا بعارض، وهو عقد يشبه عقود المعاملات وهو المختار عندنا، ومنهم مَنْ قال: هو سنة إلا أنه يقول هو سنة لا في امرأة بعينه[٩]، ولكن جنسه سنة، ويكره له التخلي على[١٠] الإطلاق،

---

(١) سورة الطلاق، آية: ١.
(٢) في (ز): من.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): مشروع.
(٥) في (ز): كراهة.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): كتاب النكاح. (أول مسألة في كتاب النكاح) ص ٥.
(٨) في (ز): يقول.
(٩) في (ز): متعينة.
(١٠) في (ز): عنه على.




والطلاق الثلاث إنما[1] يعمل في نكاح امرأة متعينة، وليس هو مما يتضمن ترك النكاح أصلًا، لأنه إن طلّق هذه يتزوج بأخرى، فربما لا يصل إلى الأخرى إلا بطلاق هذه.

يبينه: أنه إن تضمن ترك النكاح من وجهٍ فيتضمن فتح النكاح من وجه، وإذا لم يتضمن ترك النكاح أصلًا لم تتعلق به كراهية وهذا طريق معتمد.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: أصل الطلاق محظور بدليل قوله ﷺ: (أبغض المباح إلى الله تعالى الطلاق)[2] وما يبغضه الله تعالى محظور قطعًا؛ لأنه تعالى لا يبغض المباح فعله.

يبينه: أنه أدنى آثار البغض هو الكراهية فلابد من إثبات هذا القدر، وأما لفظ الإباحة فعندنا هو مباح لعارض الحاجة على ما سنبين، قالوا: وقد روي (أحب المباحات إلى الله النكاح)[3] وإذا كان النكاح محبوبًا كان تركه

---

(١) في (ز): في مسألتنا إنما.

(٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق رقم (٢١٧٨) عن ابن عمر، وابن ماجه في سننه رقم ٢٠١٨.

والحاكم في المستدرك: ١٩٦/٢، وابن أبي شيبة في مصنفه: ١٣٨/٦، والبيهقي في سننه: ٣٢٢/٧.

وقال الألباني في الآراء: ضعيف. ١٠٦/٧، وأطال في ذكر طرقه، قال الخطابي: «المشهور في هذا عن محارب بن دثار مرسل عن النبي ﷺ ليس فيه ابن عمر». ا. هـ. معالم السنن: ٦٣١/٢.

(٣) أورده الهندي في كنز العمال، وعزاه إلى مسند الفردوس للديلمي عن ابن عمر: ٦٦٣/٩، رقم (٢٧٨٧٩)، ولفظه: «ما أحل الله ﷻ حلالًا أحب إليه من النكاح».

بالطلاق مكروهًا؛ لأن ترك محبوب الله تعالى مكروه. وربما رووا أن النبي ﷺ قال: (تزوَّجوا ولا تطلقوا فإن (بالطلاق يهتز)[1] عرش الرحمن)[2]، قالوا: ولأن النكاح سنّة والطلاق إبطال النكاح وإبطال السنّة مكروه، بدليل سائر السنن، فإنه يكره إبطالها بالإجماع، ودليل أنه سنّة ما ذكرنا في مسألة ابتداء النكاح. وربما قالوا: إن النكاح جُوّز ضرورة والضرورة في إثبات الحِلّ، وأما اعتبار ملك النكاح فيما وراء الحِلّ فساقط، [٢٣٢/أ] لأن ما ثبت بالضرورة ثبت بقدر الضرورة، قالوا: وأما الطلاق الواحد (إنما أبيح رخصة عند الحاجة، وبيان الحاجة: إن النكاح عقد سكن وإلفة، والإلفة)[3] إنما توجد[4] بموافقة القلوب، والموافقة ربما لا تتفق بين الزوجين بل يكون تنافر وتباغض على ما شوهد في كثير من الأنكحة، فيعجزان عن إقامة حقوق النكاح لوقوع التنافر والتباين، فلو لم يفتح بابًا للخلاص عن النكاح وحقوقه انقلبت المصلحة مفسدة، وازداد التباغض والتنافر فإن القلوب النافرة تغتاض بردّها، وقد قال الله تعالى: ﴿لَوْ أَنفَقْتَ مَا فِي ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا مَّآ أَلَّفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَٰكِنَّ ٱللَّهَ أَلَّفَ بَيْنَهُمْ﴾[5] فجاز الطلاق الواحد[6] رخصة بعلة الحاجة مع بقاء السبب الحاصل[7] مثل عقد المسلم من بين سائر العقود، ومثل حل

(١) في (ز): الطلاق يهتز له.
(٢) رواه ابن عدي في الكامل عن علي بن أبي طالب: ١٧٦٤/٥ في ترجمة عمرو بن جميع قاضي حلوان.
وقال المناوي في فيض القدير: ٢٤٣/٣: قال السخاوي: «وسنده ضعيف».
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): يوجد.
(٥) سورة الأنفال، آية: ٦٣.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): الحاضر.




الميتة للمضطر وهذه الحاجة ارتفعت بالواحد فلم يجز الزيادة عليه، وأما تقييد الإباحة بزمان الطهر إنما كان لأن الحاجة أمر باطن لا يمكن الوقوف عليه فلا يجوز بناء الشرع عليه، فأقيم زمان الطهر مقام الحاجة الباطنة، وإنما أقمناه مقامها؛ لأن زمان الطهر زمان شدة الرغبة إلى[1] النساء، فالإقدام على الطلاق في هذه الحالة دليل وجود[2] الحاجة فصار الطهر كأنه سبب الحاجة حيث كان زمان الحاجة من الوجه الذي بيّنا[3]، فالشرع أقام سبب الحاجة مقام الحاجة الباطنة، وأدار الحكم عليه مثل ما أقام استحداث الملك مقام الماء في وجوب الاستبراء، وكذلك أقام السفر مقام المشقة الباطنة في الترخص برخص المسافرين، وكذلك إذا قال لامرأته: «إن كنت تحبيني فأنتِ طالق، أو تبغضيني»، فقالت: «أنا أحبك أو أبغضك» وقع الطلاق، وقام الإخبار مقام حقيقة المحبة والبغض، قالوا: ولا جائز أن يقال: إن الحاجة غير موجودة[4] في الطلاق الثاني والثالث، ومع ذلك أبيح في الطهر الثاني والثالث، وذلك لأن الحاجة وإن انتفت لكن لما أقمنا الطهر مقام حقيقة الحاجة لم تعتبر الحاجة أصلًا وهذا كما قلنا[5] في الاستبراء فإنه لما أقيم استحداث الملك مقام الماء لم يعتبر الماء أصلا حتى لو اشترى جارية بكرًا من امرأة وجب الاستبراء، ولا ماء حقيقةً، وكذلك إذا قال لامرأته: «إن كنت تحبين نار جهنم فأنتِ طالق»، فقالت: «أُحب» وقع الطلاق، ولا محبة قطعًا،

(١) في (ز): في.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): قلناه.
(٤) في (ز): موجودة قطعًا.
(٥) ليست في (ز).

ولكن لما أقيم الإخبار مقام حقيقة المحبة والبغض، دار الحكم عليه، ولم يعتبر حقيقة الأمر، وأما تفريق الثلاث على الأطهار فإنما كان كذلك؛ لأن في كل قرء تجدد الطهر فصار تجدد الطهر كتجدد الحاجة.

قالوا: وعلى أن الأولى عندنا أن لا يزيد على الطلاق الواحد ويترك حتى تنقضي عدتها، وأما إذا رَجَعَ فنقيم تجدد الرغبة بالرجعة مقام تجدد الطهر، وكذلك النكاح الجديد بين كل طلاقين.

قالوا: وأما إذا طلّقها في حال الحيض كُرِه على الأصل(١)؛ لأن الحاجة لم توجد فإنه زمان قلة الرغبة، فلم يوجد ما يقوم مقام الحاجة وكره(٢) على الأصل وليست الكراهة لتطويل العدة، فإنه لا يباح برضاها ولو كان هذا لأبيح برضاها؛ لأنها صارت راضية بالضرر، فكذلك لا يباح الطلاق الثاني في الحيض ولا تطويل.

قالوا: وأما إذا طلّق في طهر قد جامعها فيه فلأن الإصابة تقلل الرغبة أيضًا فلا يمكن إقامة الطهر هاهنا مقام الحاجة فكره(٣) على الأصل.

❁ **الجواب:**

أما ادّعاء حظرية أصل الطلاق، فبعيد جدًا(٤)، لأنه مملوك بالإجماع والملك يطلق التصرف إلا أن يقوم دليل المنع، وأما الخبر فهو مرسَل هكذا

---

(١) في (ز): الإطلاق.
(٢) في (ز): فيكره.
(٣) في (ز): فيكره.
(٤) ليست في (ز).

ذكره أبو داود[١] وعلى أنه عليه السلام سماه مباحًا، فيكون دليلًا عليهم من هذه الجهة ويجوز أنه عليه السلام أطلق عليه اسم البغض؛ لأن الأولى أن لا يطلّق، ويصبر ليظهر بينهما الإلفة والاتفاق، وهذا مثل ما روى أنه عليه السلام قال: (إن الله تعالى يبغض الصحيح الفارغ)[٢]، وما روي أنه عليه السلام قال: (إن الله تعالى يبغض الحبر السمين)[٣].

وأما قولهم: إن النكاح سنّة.

(قلنا: لا)[٤] نسلم ذلك، وقد بيّنا من قبل، وأجبنا جميع ما أوردوه بأجوبة قوية، وعلى أنا إن سلمنا أنه سنّة فليس بسنّة في امرأة متعينة[٥]، (والطلاق إنما يعمل في امرأة معينة)[٦]، واعتمادي على هذه الطريقة، وهي [٢٣٢/ب] في غاية القوة، وعندي أنه لا يَرِدُ عليها كلام به مبالاة، ثم يلزمهم الطلاق الواحد.

وقولهم: أنه أبيح للحاجة.

قلنا: كان ينبغي أن لا يباح ويؤمر بالصبر ليظهر الموافقة والإلفة أو كان يُباح الواحد[٧] لا الثاني والثالث.

(١) سبق تخريجه: ص٣١٤ حاشية ١.
(٢) ينظر: المغني عن حمل الأسفار للعراقي: رقم ٣٣٧ ولفظه: «إن الله يبغض الشاب الفارغ»، وقال العراقي لم أجده.
(٣) اخرجه ابن جرير في تفسيره عن سعيد بن جبير ٢١٧/٧ مرسلًا (أثر)
(٤) في (ز): لسنا.
(٥) في (ز): معينة.
(٦) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٧) في (ز): الطلاق الواحد.

وقولهم: تجدد الطهر بتجدد الحاجة حكمًا.

قلنا: الحاجة منتفية قطعًا، وعلى هذا لا يمكن إدارة الحكم على الطهر؛ لأنه إنما يقام الطهر مقام الحاجة عند توهم الحاجة، كما يقام استحداث الملك مقام الماء عند توهم الماء، وفي الموضع الذي لا يوجد الماء[1] قطعًا لا يجب الاستبراء عندنا[2]، وإذا اشترى جارية بكرًا أو اشترى من أمّه فقد وجد توهم الماء ثم نقول في الطلاق الثلاث، قد وجد نوع حاجة وهو إسقاط النكاح جملة ليتوصل إلى أختها والخامسة[3] ويريد قطع طمعها عنه؛ لأنه يخاف عليه أن يَرِدَ (عليه أحدًا)[4] بنكاح جديد، ويقضي[5] قاضٍ بجوازه وصحته، ولا[6] يقع الخلاص وربما يريد أخذ المال وهي لا تبذل المال إلا بالطلاق الثلاث ثم نقول الطلاق الثلاث مشروع لقطع النكاح، ألا ترى أنه إذا وَقَعَ قَطَعَ النكاح وعندكم يكره لقطعه النكاح ولا يجوز أن يكره التصرف بحكم[7] المشروع له ولو جاز هذا لجاز في كل تصرف في العالم. وأما الطلاق في حال الحيض إنما كره لتطويل العدة عليها، وأما إذا رضيت فإنما لم يصح؛ لأن حق الشرع[8] يتعلق بهذا المنع فإن في العدة حقوق الله تعالى وإذا طالت يخاف وقوع الخلف في إيقاعها ولا يخاف عند القصر، وأما الطلقة

(١) في (ز): فيه الماء.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) زيادة من (ز).
(٤) في (ز): إليه.
(٥) في (ز): جبرًا أو بقضاء.
(٦) في (ز): فلا.
(٧) في (ز): لحكمه.
(٨) في (ز): الله تعالى.




الثانية فإنها تؤكد التطويل ويظهر ذلك بالوصول إلى الثالث[1]، وأما الكراهية للطلاق في طهر قد جامعها فيه فهو بالنص غير معقول المعنى، وإن طلبوا المعنى فقد ذكرنا في التعليق أنه يؤدّي إلى الضرر، وأما الظواهر فقد ذكرنا[2] في كتاب البرهان. والله أعلم.



❋ (مَسْألة):

الكنايات كلها رواجع عندنا[3].

وعندهم بوائن[4] إلا قوله: «اعتدي» و«استبرئي رحمكِ»، و«أنتِ واحدة»[5].

❋ لنا:

أن الواقع بالكناية طلاق وحكم الطلاق بعد الدخول أعقاب الرجعة، بدليل نص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[6] وبدليل قوله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾[7] إلى

(١) في (ز): الثالثة.
(٢) في (ز): ذكرناه.
(٣) الأم: ٢٥٩/٥، ٢٦٠، المهذب: ٨٢/٢.
(٤) الأسرار: ١٧٨/٢/أ فيض الله، مختصر القدوري: ٤٣/٢ مع الجوهرة، المبسوط: ٧٣/٦، رؤوس المسائل: ص ٤١٠.
(٥) مختصر القدوري: ٤٣/٢ مع الجوهرة، المبسوط: ٧٣/٦، تقع رواجع ولا يقع إلا واحدة.
(٦) سورة البقرة، آية: ٢٢٩.
(٧) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

أن قال: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[1] وبدليل صريح الطلاق، والدليل على أن الواقع بالكناية طلاق أن الجهة المشروعة للأزواج في رفع النكاح هي[2] الطلاق، أما عندنا فلأن الدليل لا يدل على شرع جهة أخرى، وعندهم: رفع النكاح مكروه، وربما يقولون محظور، وإنما أبيح الطلاق للحاجة، والحاجة قد ارتفعت بتمليك جهة الطلاق، فلا معنى لتمليك جهة أخرى.

ويدل عليه: أنه لابد من وقوع الطلاق إذا استعمل الكناية ولو لا أن الواقع طلاق وإلا لكان يستغني عمل الكناية عن وقوعه هذا دليل معتمد، وهذا لحقيقة: وهو أن النكاح عقد محترم، يوجب ملكًا محترمًا، وقد اختص من بين سائر العقود بتعدد الرافع له فإن الله تعالى ملّك الأزواج ثلاث طلقات ولو خُلينا والرأي لم يكن لتعدد الطلاق معنىً لأن الطلاق إذا كان لإسقاط ملك النكاح فالواحد منه كافٍ (للإسقاط)[3] فليس لتعدده معنىً سوى أن النكاح ملك محترم فلحرمته لم يسلط الشرعُ الأزواج على إسقاطه برفعه وَقَرَنَ به خيار الرجعة، وجعل الطلاق المشروع لرفعه ذا عددٍ ليصير اقتران الرجعة به، وتعدده في نفسه دليلًا وعلامةً على حرمته وخطره في الشرع.

يبينه: أنه إذا تعدد رافعه ولم يستوف العدد لم يكمل الرفع[4] وإذا لم يكمل الرفع[5]، لم يرتفع فإنه إذا ارتفع بالواحد مثل[6] ما يرتفع بالثلاث لم

(١) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

(٢) في (ز): هو.

(٣) في (ز): في الإسقاط.

(٤) في (ز): الرافع.

(٥) في (ز): الرافع.

(٦) في (ز): حسب.




يكن لمشروعية العدد في الطلاق معنىً وعندكم: ارتفاع الطلاق بالواحد البائن مثل ارتفاعه بالثلاث فلا يفترقان فيما يرجع إلى ارتفاع النكاح فإنه إذا قال لامرأته: «أنتِ طالق» بائن عندهم يرتفع النكاح في هذه الصورة، مثل ما يرتفع في صورة قوله: «أنتِ طالق ثلاثًا»، لا فرقان ألبتة، إنما يفترقان في معنىً يعود إلى المحل، وإذا كان يرتفع بالواحد في هذه الصورة مثل ما يرتفع بالثلاث فأيّ معنى في تمليك الثلاث.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الزوج مالك للإبانة[1] والمحل محل الإبانة وله ولاية التصرفات بالعقل والبلوغ [٢٣٣/أ] فوجب أن يملك إثباتها وتحصيلها؛ لأن الأصل أن التصرف متى صَدَرَ من أهله في محله لابد من حصوله وثبوته.

دليله: سائر التصرفات، والدليل على أنه مالك للإبانة إن ما قبل الدخول زمان هذا الملك، فكذلك بعد الدخول، وكذلك بعد انقضاء العدة وقت هذا الملك كذا ما قبل انقضاء العدة.

يبينه: أن البينونة محالة في الصورتين على قوله لا على عدم العدة، أو انقضاءها؛ لأن قوله هو المؤثر في ذلك. ويدل عليه: إذا خالع يصح وهو في الحقيقة إبانة بعوضٍ، فإذا مَلَكَها بعوضٍ يملكها[2] بغير عوض، إذ ليس لبذل العوض تأثير في تمليك ما لم يكن مالكًا له.

يبينه: أنه إذا كان الطلاق إسقاطًا فكيف يتصور اختلاف حصوله بالعوض

---

(١) في (ز): الإبانة.

(٢) في (ز): مَلَكَها.




وغير العوض؟، وأما من حيث المعنى فالدليل على أنه مالك للإبانة وجود مالكية النكاح للزوج وقبوله القطع[1] والإسقاط وأهلية الزوج لهذا الإبطال، والإسقاط وثبوت ولايته على هذا المحل ومتى اجتمعت هذه المعاني فلابد من الحكم بوجود ملك الإبانة.

قالوا: ولا يدخل على ما قلنا[2] التمليك بجهة الهبة قبل القبض حيث لا يملك[3] المالك مع ثبوت هذه المعاني لأن عندنا إنما امتنع الملك قبل القبض بإجماع الصحابة رضي الله عنهم فإنهم قالوا لا تصلح الهبة إلا محوزةً مقبوضةً، ولو خُلّينا والقياس تُملك[4] إلا أنه تُرِكَ هذا الأصل في هذه الصورة بإجماع الصحابة رضي الله عنهم. وربما يقولون إنما لم يقع الملك قبل القبض في الهبة لأن إثبات الملك في الهبة قبل القبض يهدم أصلًا آخر من أصوله الشرع وهو إيجاب ضمان التسليم على المتبرع والمتبرع لا يجوز أن نلزمه بشيء لأنه ليس بعقد إلزام فلا يجوز إثبات إلزام فيما ليس بعقد الإلزام. وأما ملك قطع النكاح قد[5] دل عليه المعقول والمشروع ولا يؤدّي إثباته إلى خلاف أصل من أصول الشرع فوجب الحكم به وإذا ثبت أنه مالك للإبانة فإذا قال لها: «أنتِ بائن» فقد أوقع البينونة بلفظها وكذلك في سائر الألفاظ أوقعها بلفظٍ يدل عليها فوقعت وحصلت.

قالوا: وأما صريح الطلاق إنما عُدِلَ عن هذا الأصل فيه بنص الكتاب

---

(١) في (ز): للقطع.
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) في (ز): يملكه.
(٤) في (ز): لملك.
(٥) في (ز): فقد.

والإجماع فتُرِكَ لذلك وبقي حكم هذه الألفاظ الآخر على أصل قضاياها ومواجبها.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن هذه الألفاظ كناية عن الطلاق لأنا لا نسلم ذلك، وإنما سُمّي[١] كناية على طريق المجاز، أو لاستتار معانيها واحتمالها.

قالوا: ولا نقول: إن نية الطلاق شرط بل المعتبر وجود دليل يصرف اللفظ عن سائر وجوه محتملاته إلى هذا الواحد؛ لأن لفظ البائن مشترك المعنى فلابد من دليل يعيّن هذا المعنى[٢] من نيةٍ أو سؤال طلاقٍ أو نية بينونة عن النكاح أو تلفظ به ثم حققوا هذا الكلام.

وقالوا: إذا كانت الإبانة مملوكة له[٣] كما قلنا وهذه الألفاظ دالة عليها لفظ الطلاق وغير لفظ[٤] الطلاق فلماذا يملك البعض دون البعض أو يُعيّن لفظ واحد في الملك ويجعل الأخرى[٥] كناية عنها بل حكمنا بملك الجميع وجعلنا الكل صرائح في مواجبها، ألا ترى أن البيع ينعقد بقوله: «بعتُكَ بالألف[٦]» (فكذلك قوله)[٧] «مَلَكتُكَ بالألف»[٨] أو «جعلتُهُ لك» أو «هُو لَكَ» أو «أخرجتُه عني إليك» وكان الجميع عاملًا بأنفسها ولم يُجعل البعضُ

---

(١) في (ز): سُمّيت.

(٢) في (ز): الواحد.

(٣) ليست في (ز).

(٤) زيادة من (ز).

(٥) في (ز): الألفاظ الآخر.

(٦) في (ز): بألفٍ.

(٧) في (ز): كذلك بقوله.

(٨) في (ز): بألفٍ.

كناية والبعض صريحًا كذلك هذا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أنه يلتحق قوله: «أنتِ بائن» بقوله «أنتِ طالق» في العمل لأنه إنما يلحق به في العمل إذا كان مثله[1]، فأما إذا تضمن هذا اللفظ زيادة معنىً لا يتضمنه لفظ الطلاق فلا يجوز أن يُلحق به ويجعل عملُه عملَه، وقد تضمن زيادة من وجوه: أحدها: أن الطلاق يوصف بالبينونة يقال: «طلاق بائن» وصحة وصفه تدل[2] على وجود زيادة معنى فيه؛ لأنه الطلاق لا يقتضي إلا الإطلاق والتخلية، وأما لفظ «البائن» فيضمن جزاءً وشقاءً يؤثر في المحل بإظهار عمل في عينه، وليس للتخلية والإطلاق عمل في عين المحل بحال؛ ولأن الطلاق لا ينافي النكاح بدليل أنه يطلق ويراجع ويبقى[3] الطلاق والبينونة لا يتصور بقاؤها مع النكاح. ألا ترى أنه إذا انقضت عدة المرأة أو خالع منها ثم تزوجها لم يتصوّر بقاء البينونة، وإذا ثبت وجود زيادة في لفظ البائن لم تُلحق بالطلاق المعدول به عن الأصول، وأجريت هذه الألفاظ على قضاياها ومواجبها.

قالوا: وأما وقوع الطلاق بطريق[4] الاقتضاء والضرورة لأن الواقع [٢٣٣/ب] طلاق.

وبيان أن[5] ثبوته اقتضاءً: أن الطلاق على ضربين: مُبين، وغير مُبين،

---

(١) في (ز): مثلًا له.
(٢) في (ز): بذلك دليل.
(٣) في (ز): فيبقى.
(٤) في (ز): به على طريق.
(٥) ليست في (ز).




فإذا قال: «أنتِ بائن» صارت البينونة مقتضية للطلاق المُبين، (لأنها لاتبين إلا بالسبب المُبين)[1]، فثبت السبب ضرورة والأصل[2] الواقع هو البينونة، وكذلك إذا وصفها بالحرمة فإنها لا تثبت إلا بالسبب المحرم فثبت السبب اقتضاءً، قالوا[3]: وأما إذا قال: «اعتدي» فإنما[4] جعلناه رجعية[5] بالنص، فإن النبي ﷺ قال لسودة بنت زمعة: **(اعتدي، ثم راجعها)**[6]، وقوله: «استبرئي رحمك» في معنى قوله: «اعتدي».

(واعلم)[7] أن الطلاق في هاتين المسألتين بإضمار قوله: «طلقتك»، «اعتدي»[8]، و«استبرئي رحمك»، (فأضمرنا الطلاق)[9]؛ لأنه أدنى من قوله: «أنتِ بائن»، لا[10] يصار إلى إضمار الأعلى، ما أمكن إضمار الأدنى، وكذلك في قوله: «أنتِ واحدة»، معناه «أنتِ طالق واحدة».

قالوا: وأما إذا قال: «أنتِ طالق ولا رجعة لي عليك أو على أن لا

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٢) في (ز): أصل.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): إنما.
(٥) في (ز): رجعيًا.
(٦) أخرجه ابن سعد من حديث عائشة، وفيه: أنه بعث إليها بطلاقها، وفي بعض الطرق: «أنه قال لها: اعتدي»، و«الطريقان مرسلان». الإصابة: ٣٣٠/٤. طبقات ابن سعد: ٥٣/٨، ٥٤، وأخرجه البيهقي في سننه: ٣٤٣/٧، وقال في الإرواء: هو ضعيف. ١٤٦/٧.
(٧) في (ز): على.
(٨) في (ز): فاعتدى.
(٩) في (ز): فأضمر بالطلاق المطلق.
(١٠) في (ز): ولا.

رجعة لي عليك» فإنما[1] تثبت الرجعة في الصورتين إن سلمنا؛ لأنه قصد قطع الرجعة بدون مباشرة (سبب قطع الرجعة)[2] فلم يصح، وأما هاهنا باشر[3] سبب قطع الرجعة وهو بالتنصيص على (القطع و)[4] الإبانة فانقطع.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إنه مالكٌ للإبانة.

قلنا: لا نسلم، أنه مالكٌ للإبانة في مثل هذه الصورة، والمعنيُّ بالصورة هو الإبانة بمجرد اللفظ بعد الدخول من غير قرينة عوضٍ أو استيفاء عددٍ.

والحرف الوجيز في هذا: أنه لا يملك إبانة[5] بقول: «أنت بائن» كما لا يملكها بقوله: «أنتِ طالق»، وعلى هذا سقط تعلقهم بما قبل الدخول وبما بعد[6] انقضاء العدة، ويملك الإبانة بعوضٍ فإن في هذه الصورة مَلَكَ بلفظ الطلاق.

يبينه: أنه إذا لم يُلحق ما بعد الدخول بما قبل الدخول وما قبل انقضاء العدة بما بعد انقضاء العدة، والخالي عن العوض بالمقترن بالعوض في لفظ الطلاق فمن أين يجب أنه إذا مَلَكَ الإبانة في هذه المواضع بلفظ الطلاق وَجَبَ أن يملك في غير هذه الصورة بلفظ الإبانة ولو أراد إثباتها بلفظ الطلاق

---

(١) في (ز): إنما.
(٢) في (ز): مبينة.
(٣) في (ز): فباشر.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): الإبانة.
(٦) في (ز): قبل.




لم يملك مع ملكه إياها في تلك الصور بلفظ الطلاق فاندفعت هذه المسائل جملة (على هذا)[1] الطريق. ويمكن أن يقال في هذه المواضع: قامت دلائل من غير اللفظ أوجبت الإبانة، أما في الطلاق قبل الدخول شبهية[2] الفسخ ولا يتصور رجعة مع شبهية[3] الفسخ، وأما بعد انقضاء العدة لظهور عمل الطلاق ولو لم يُجعل للرجعة مدة لم يظهر عمل الطلاق أصلًا وأما الخلع فلأنه بعوض وملك العوض في الحال دليل على ملكها نفسها في الحال ليتقابل المُلكان في المعاوضة، وهذا لأن الكلام في إبانة يملكها بمحض اللفظ.

وأما قوله[4]: إنه مالك النكاح[5] فيملك إزالته وإسقاطه.

قلنا: قد ملك إزالته وإسقاطه؛ لأنه إذا انقضت العدة فالإزالة محالة عليه.

فإن قالوا: وجب أن يملك إزالته في الحال.

قلنا: يملك باستيفاء الثلاث فإن قالوا: بالطلاق الواحد[6] وَجَبَ (أن يملك قلنا وَلِم قالوا: لأن اللفظ يدل على الإزالة في الحال؛ لأن البينونة واقعة فوجب)[7] أن يعمل في القطع.

قلنا: هذا الدليل عَارَضَه دليل آخر، يوجب تأخير الزوال وهو أن الواقع

(١) في (ز): بهذا.
(٢) في (ز): شبهة.
(٣) في (ز): شبهة.
(٤) في (ز): قولهم.
(٥) في (ز): للنكاح.
(٦) في (ز): الواجب.
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

طلاق وحكم الطلاق ما بينا، ومنعهم هذا في نهاية البعد؛ لأنه لو كان الواقع غير الطلاق وجب أن لا يحكم بحصول شيء منه ويقال بينونة بلا[1] طلاق.

وقولهم: اقتضاء وضرورة.

قلنا: أين دليل الاقتضاء وتتصور بينونة بلا طلاق.

وقولهم: إن الطلاق على ضربين: مُبين وغير مُبين.

قلنا: بل[2] هو ضرب واحد وليس على هذا التنويع دليل أصلًا بل هو ضرب واحد ويزيل في الحال، إن كان قبل الدخول ويزيل في ثاني الحال إن كان بعد الدخول ثم هذا الكلام اعتراف منهم إن[3] الواقع طلاق، وقولهم «مُبين» لابد عليه من دليل قاطع[4]، ولفظ الإبانة غير معتبر بعد أن يكون الواقع طلاقًا وحكم الطلاق ما بينا كما أن الطلاق للتخلية والإطلاق أو[5] لحل القيد وهذا المعنى إذا تحقق لا يبقى النكاح[6] أيضًا، ومع ذلك لم يعتبر معنى اللفظ لما كان حكم الشرع ما بيّنا[7]، كذلك هاهنا، ثم نقول: دليل تعدد الطلاق واحترام الملك قد قام في مقابلة ما قلتم، ودل على أنه لا يملك القطع في الحال بدليل من نفس اللفظ.

---

(١) في (ز): وقعت بغير.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): بأن.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): و.

(٦) في (ز): نكاح.

(٧) في (ز): قلنا.




فإن قالوا: إن استيفاء الثلاث له حكم آخر وهو حرمة المحل.

قلنا: قد بيّنا أن حرمة المحل غير معقول المعنى، ولا يجوز إحالتها على الطلاق؛ لأنه ليس من صيغة اللفظ ما يدل على هذا الحكم، وإنما الكلام في دليل اللفظ فدلنا تعديد الشرع [٢٣٤/أ] إياه على أنه غير مالك للإبانة في الحال بالطلاق الواحد. والحقيقة تدل عليه؛ لأن الرافع إذا لم يتم لم يحصل الرفع على التمام وهذا فصل معنوي في غاية الحسن، ونقول أيضًا التمليك الذي زعموه إما أن يكون بنصٍ أو قياسٍ، وَلَا نَصَّ والقياس على الطلاق يدل على ما قلناه[١]، والمعنى الذي أوجب تمليك الإزالة إلا أنه قام دليل يوجب الإزالة في ثاني الحال على ما سبق، وأما الذي تكلموا به على فصل صريح الطلاق فنقول: عدم الزوال في الحال معقول الدليل على ما سبق بيانه، وإن سلمنا أنه مغيّر عن قضيته فإذا تغيّر موجب الطلاق من دليل الصيغة إلى دليل الشرع كذلك في هذه الألفاظ الأخر لأنها كنايات[٢] عنه، والدليل المعتمد في أنها كناية وقوع الطلاق على[٣] ما سبق بيانه[٤]، والله أعلم.



(١) في (ز): قلنا.

(٢) في (ز): كناية.

(٣) في (ز): به على.

(٤) ليست في (ز).

※ **(مَسْأَلة)**:

إذا قال لامرأته: أنتِ طالق أو طلقتك، ونوى ثلاثًا صح ذلك ووقع الثلاث[1].

وعندهم: النية باطلة (ويقع الواحد)[2][3].

لنا:

إنه نوى بلفظه ما يجوز أن يراد بلفظه فصحت نيته.

دليله: إذا نوى الثلاث في قوله: أنتِ بائن وهذا لأنه إذا جاز أن يراد الثلاث بهذا اللفظ فمتى نواه يصير كالمصرح المذكور حقيقة، ودليل الوصف أن قوله: أنتِ طالق ليس بإيقاع في نفسه، وإنما هو وصف، والوقوع كان لتصحيح الوصف، وتصحيح الوصف قوله[4]: أنتِ طالق في[5] الطلاق الواحد، والطلاق الثلاث على وجه واحد، لأنا[6] إذا حكمنا بوقوع الثلاث (يكون هو طلاقًا)[7] مثل ما لو حكمنا بإيقاع الطلاق[8] الواحد (يكون

---

(١) المهذب: ٢/٨٥، النكت: ورقة ٢١٨/ب.

(٢) في (ز): تقع واحدة.

(٣) الأسرار: ٢/١٨٣/أ فيض الله، مختصر القدوري ٢/٤٢ مع الجوهرة، رؤوس المسائل: ص٤١٣.

(٤) في (ز): بقوله.

(٥) في (ز): وفي.

(٦) في (ز): لأنه.

(٧) في (ز): تكون هي طالق.

(٨) ليست في (ز).

طلاقًا)[١] وكونها طلاقًا في الصورتين على وجهٍ واحدٍ لا يختلف، وإذا صح هذا صح (نية الثلاث)[٢]؛ لأنه يصير كأنه قال: أنتِ طالق بثلاث، ولو صرح بإيقاع الثلاث كانت طالقًا بثلاث[٣]، وثبت لها هذا الوصف، فإذا نوى صح أيضًا.

والحرف: أنه نوى عددًا يجوز أن يوصف بالوصف المذكور بحكم ذلك العقد[٤] فصحت نيته وإرادته ليصح وصفها بالملفوظ بوقوع الطلاق[٥] المنوي.

ونقول من وجه آخر وهو من[٦] قوله: «أنتِ طالق» معناه أنتِ طالق الطلاق ولو لا هذا التقدير لم يقع شيء، والطلاق يحتمل العدد، ألا ترى أنه يقال: طلاق وطلاقان، وثلاث طلقات، فإذا تعدد لغة احتمل العدد وإذا نوى بلفظٍ[٧] ما يحتمله صح وصار هذا كما لو صرّح، وقال: أنتِ طالق الطلاق أو طالق طلاقًا ولو نوى ثلاثًا[٨] في هاتين الصورتين صح ذلك، كذلك في هذه الصورة وكذلك لو قال لامرأته: «طلقي نفسك»، ونوى الثلاث صح؛ لأن معناه طلقي الطلاق، كذلك (هاهنا معناه)[٩]: أنتِ طالق أي طالق

(١) في (ز): ويكون طالقًا.
(٢) في (ز): النية للثلاث.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): العدد.
(٥) في (ز): العدد.
(٦) في (ز): أن.
(٧) في (ز): بلفظه.
(٨) في (ز): الثلاث.
(٩) في (ز): معنى.

الطلاق، فلا فرق بينهما بوجه.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: نوى ما لا يحتمله لفظه فوجب أن تبطل نيته كما لو قال: «اسقني»، ونوى الطلاق، أو قال: أنتِ واحدة، ونوى الثلاث، وهذا لأنه إذا لم يحتمل الثلاث فلو وقع وقع الطلاق الثلاث بمجرد النية، ومجرد النية لا تجوز ليقع[1] بها طلاق.

وإنما قلنا: إن قوله: «أنتِ طالق» لا يحتمل العدد؛ لأنه في نفسه نَعتُ فردٌ ونعتُ الفرد لا يحتمل العدد مثل قائم وقاعد، ومثل اسم الفرد من زيد وعمرو وغيره، وإنما قلنا: إنه نعت فرد؛ لأن قوله[2]: «طالق» نعت[3]، وقوله: «أنتِ» فرد، فدل أنه نعت فرد، ونعت الفرد لا يتصور تعدده؛ لأن الواحد إذا وصف بوصفٍ كيف يتصور أن يتعدد عليه ذلك الوصف؟.

يدل عليه: أنه لو احتمل العدد يصح تعدده، وقوله: «أنتِ طالق» لا يصح تعدده[4] في المرأة الواحدة، ألا ترى أنه إذا قال: «طالقان وطوالق» ينصرف إلى عدد النساء، لا إلى عدد الطلقات، (فإن طالقين)[5] وطوالق اسم (للنسوة الطوالق)[6] فثبت أن اللفظ في نفسه غير محتمل للعدد.

---

(١) في (ز): أن تقع.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فرد.
(٤) في (ز): تعديده.
(٥) في (ز): فإن طالقين اسم لامرأتين طالقين.
(٦) في (ز): لنسوة طوالق.

يبينه: أن اللفظ المحتمل[1] ما وضع للعدد، ونحن نعلم قطعًا أن هذه اللفظة[2] غير موضوعة[3] للعدد فإن ألفاظ العدد معلومة وليس قوله: «أنتِ طالق» من جملة ذلك، قالوا: وأما الذي[4] قلتم فهو بيان الاحتمال معنى والواقع هذا[5] اللفظ فينظر إلى احتمال اللفظ لا إلى غيره، وهذا لأن غاية ما قلتم أن المرأة الواحدة توصفُ بقوله: «أنتِ طالق» في الثلاث مثل ما توصف في الواحد، ومع هذا ليس يدل هذا اللفظ على احتمال العدد من حيث اللفظية، والعبرة باللفظ والاحتمال يُطلب منه فإذا لم يوجد بطل[6].

وأما قولكم: إن قوله: «أنتِ طالق» معناه: أنتِ طالق الطلاق.

قلنا: الطلاق غير مذكور وتصحيح النية في لفظٍ غير مذكور محال[7]، فإن قلتم: لا [٢٣٤/ب] ينفك عنه، نقول: هو مقتضى اللفظ، ومقتضى اللفظ ثابت بالضرورة، والضرورة في (اعتباره للوقوع)، فأما أن يصير كالملفوظ حتى يعتبر احتماله العدد، وتصح[8] نيته فلا، ألا ترى أنه لو قال لامرأته: «حجي» أو «زوري أباك» يجب الخروج على سبيل الاقتضاء، ثم لا يصير كالمذكور حتى لو نوى الطلاق به لا يصح بخلاف ما لو صرَّح بذكر الخروج

(١) في (ز): المحتمل العدد.
(٢) في (ز): اللفظ.
(٣) في (ز): موضوع.
(٤) في (ز): الطريق الذي.
(٥) في (ز): هو.
(٦) في (ز): يبطل.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): اعتبار الوقوع.

فإنه لو نوى الطلاق يصح، وكذلك إذا قال: «اعتق عبدك عني بألفٍ[1]»، فيقال: «بعتُ» لا يصح، وإن ثبتت الاستباعة في ضمن اللفظ ضرورة[2] ومع ذلك لم يصر كالمصرح به؛ لأنه يثبت ضرورة، والضرورةُ في إثباته فإما أن يجعله منزلة[3] المصرح به فلا، وكذلك إذا قال: «والله لا أشرب ولا أكل» فنوى مأكولًا غير[4] مأكول، أو مشروبًا غير[5] مشروب، فإنه لا يصح لما بينا[6]، أن[7] الملفوظ به هو الأكل دون المأكول، والشرب دون المشروب، فلم تصح نية التخصيص في غير المذكور.

قالوا: وأما إذا قال: «طالق طلاقًا» أو «الطلاق» فقد صرّح ما يحتمل العدد فصحت نيته، وكذلك إذا أمر بالتطليق إنما صحت نية العدد؛ لأن فعل التطليق يحتمل العدد ويمكن[8] أن يقال: إنه أمر والأمر يحتمل العدد.

قالوا: وأما إذا قال: «أنتِ بائن» فإنه غير محتمل للعدد، ولو نوى طلقتين به لم يصح، فأما إذا نوى الثلاث إنما[9] صح؛ لأن البينونة على ضربين خفيفة وغليظة، فالخفيفة هي: القاطع[10] فحسب، وأما الغليظة:

---

(١) في (ز): فتصح.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): بمنزلة.
(٤) في (ز): دون.
(٥) في (ز): دون.
(٦) في (ز): بيناه.
(٧) في (ز): من أن.
(٨) في (ز): يحتمل. الأسرار: ٢/٣١١/أ، عارف حكمت.
(٩) في (ز): فإنما صح.
(١٠) في (ز): قاطعة للنكاح.

قاطعة للنكاح عاملة في المحل (بالتحريم)[1]، وإذا تنوعت البينونة صحت نية التغليظ، وإذا صحت النية لم ينفك عن الثلاث؛ (لأنه هو المنوى)[2] فلابد من إثباته، وأما الطلاق نوع[3] واحد فلو وقع الثلاث لوقع من حيث احتمال اللفظ[4] وليس يحتمله كما بينا.

قالوا: وأما إذا قال: «أنتِ طالق للسُنة» ونوى الثلاث، (فعندنا لو نوى الثلاث في الحال لا يصح، وإن نوى الثلاث)[5] مفرّقة على الأطهار يصح؛ لأن اللام للوقت بدليل قوله ﷺ: ﴿أَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِدُلُوكِ ٱلشَّمۡسِ﴾[6] أي لوقت دلوك الشمس ووقت الطلاق متعدد، ولأن فعل المطلِّق من الإيقاع يوصف بالسنّة والبدعة، لا ذات الطلاق، وفعل التطليق يقبل العدد واعترضوا على قول من قال من أصحابنا أن قول القائل: «أنتِ طالق ثلاثًا»، منصوبٌ على التفسير، وقالوا: إنه غير منصوب على التفسير لكن[7] على تقدير مصدر محذوف مثل قول القائل: «ضربتُه وجيعًا» و«كلمتُه بليغًا»، وغير ذلك، ومعناه كلامًا بليغًا وضربًا وجيعًا، وكذلك قوله: «أنتِ طالق ثلاثًا»، وأيضًا فإن العدد إذا قُرِنَ بلفظة الطلاق يكون الواقع هو العدد لا أصل اللفظ ولهذا المعنى لو قال لامرأته: «أنتِ طالق ثلاثًا» (وتقديره: أنت طالق طلاقًا ثلاثًا)[8] فماتت

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): لأنها سببها.
(٣) في (ز): فنوع.
(٤) في (ز): اللفظ للعدد.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) سورة الإسراء، آية: ٧٨.
(٧) في (ز): وإنما هو.
(٨) زيادة من (ز).

بعد قوله «طالق» قبل قوله «ثلاثًا» لم يقع شيء، ولهذا أيضًا لو قال لامرأته قبل الدخول: «أنتِ طالق ثلاثًا» وقع الثلاث، ولو لم يكن الواقع هو العدد المذكور لكان يقع واحدة فحسب لأنه يقع طلاق واحد بقوله: «أنتِ طالق»، (وَتَبين فصادفها)[1] قوله «ثلاثًا»، وقد انقطع النكاح وصارت أجنبية وحين وقع الثلاث في هذه الصورة عرفنا أنه إنما وقع لأنه الواقع[2] وإذا ثبت هذا فيكون قوله: «ثلاثًا» تغييرًا لمعنى اللفظ لا تفسيرًا ثم أُلزموا فصل الاستثناء والتعليق بالشرط، فإن نيتهما لا تصح، والتصريح بضمها[3] إلى اللفظ صحيح.

۞ **الجواب:**

أما قوله[4]: إن اللفظ لا يحتمل العدد فقد بينا وجه الاحتمال فلا نعيد.

وقولهم: نعت فرد.

قلنا: مسلم، ولكن تصير منعوته بهذا النعت عند الطلاق الثلاث، مثل ما تصير منعوته به عند الواحد، ونية ما يصح النعوت في المنعوت صحيحة.

فإن قالوا: لا حاجة إلى هذه النية لتصحيح النعت.

قلنا: لا ندّعي وجود الحاجة لتصحيح النعت، ولكن ندّعى صحة النعت بالثلاث، وهذا مسلم على ما سبق ذكره.

---

(١) في (ز): فتبين في الحال فيصادفها.
(٢) في (ز): هو الواقع.
(٣) في (ز): بضمهما.
(٤) في (ز): قولهم.

وقوله[1]: أنه غير موضوع للعدد.

(قلنا: وَمَنْ ادّعى أنه موضوع للعدد)[2] والاحتمال ليس على الوضع، ألا ترى أن الأسد يحتمل الشجاع، والحمار يحتمل البليد، وليس في الوضع له، وعلى أنا ندعى الاحتمال معنىً فتصح النية بهذه الجهة.

وقولهم: إن النية تتبع اللفظ لا المعنى.

قلنا: المعنى معنى اللفظ فإذا احتمل العدد من جهته اكتفى به في تصحيح النية، (ولئن ادعينا)[3] الاحتمال من هذا اللفظ فهو صحيح؛ لأن قوله: «أنتِ طالق» لفظ وهو وصف[4] فإذا صح الوصف[5] عند وقوع الطلاق فقد احتمل لفظًا، وأما قولنا: إن معنى قوله: «أنتِ طالق»، أي: طالق الطلاق فهو كلام صحيح معتمد والذي قال: إن المقتضى [٢٣٥/أ] لا يصير كالملفوظ به، قلنا: كل ما لا ينفك عنه اللفظ فإنه يصير كالملفوظ به، ألا ترى أنه لو قال لعبده الصغير: «هذا ولدي»، وأمَّها[6] في ملكه، تصير الجارية أمَّ ولد له ويصير الاستيلاد الذي لا تنفك عنه هذه الدعوة بمنزلة المصرح به.

وقوله[7]: إن ما ثبت ضرورة ثبت بقدر الضرورة.

---

(١) في (ز): قولهم.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): وإن ادعينا.
(٤) في (ز): وصفه.
(٥) في (ز): الوصف به.
(٦) في (ز): وأمّه.
(٧) في (ز): وقولهم.

قلنا: صحة قوله: طالق بالطلاق، فإذا كان صحته به كيف يجوز أن يفصل عنه في بعض الأحوال، وَيُقرنُ[1] به في بعض الأحوال؟، يدل عليه: أنكم قلتم أن قوله: «طالق ثلاثًا» منصوب[2] بتقدير مصدر محذوف فلولا أنه في لسان العرب صار بمنزلة المذكورة صريحًا كيف يصح قولهم: أنه نَصَبَ «ثلاثًا» بتقديره، وكما[3] أن النية في الألفاظ، فالإعرابُ قيدُ[4] الألفاظ جاز[5] أنه صار كالمذكور صريحًا ومسألة الأكل والشرب على أصولهم، فأما إذا قال: «اعتق عبدك عني على ألف درهم» فقال: «بعتُ» يصح عندنا إذا اعتق عبده[6] بأن قال: «بعتُ وأعتقتُ»، فأما إذا قال: «بعتُ» ولم يقل «أعتقتُ» (فإنما لا)[7] يصح؛ لأن الجواب لم يوجد على مطابق[8] السؤال، فيلغو الجواب، وأما إذا قال: «حُجي أو زُوري أباك» فليس الخروج من قضية اللفظ إنما هو من قضية الحال، وهو أنها بعيدة عن صوب[9] الحج و[10] عن مكان الأب فاحتاجت إلى الخروج، فأما الطلاق في مسألتنا قضية اللفظ[11] والتطليق متناول إياه، وإنما صح قوله: «أنتِ طالق» به، فنزّل منزلة المصرح

(١) في (ز): يقترن.
(٢) في (ز): مقصود.
(٣) في (ز): فكما.
(٤) في (ز): قبل.
(٥) في (ز): دل.
(٦) في (ز): بعده.
(٧) في (ز): إنما لم.
(٨) في (ز): مطابقة.
(٩) في (ز): مكان.
(١٠) في (ز): أو.
(١١) في (ز): اللفظ لأنه هو الرافع.

به على ما بيّنا، وأما عذرهم عن قوله: «أنتِ بائنٌ» فضعيف؛ لأن البينونة إن[1] كانت على ضربين فالطلاق أيضًا على ضربين غليظ وخفيف فالخفيف منها[2]: يقطع النكاح في الحال، أو في ثاني الحال، والغليظ منه: ما يقطع النكاح في الحال ويعقب زوال الحِلّ عن المحل فاستويا من هذا الوجه، ثم هناك صحت النية بالطريق الذي قدمناه، فلتصح هاهنا، والله أعلم.



※ (مَسْأَلة):

إذا قال لأمته: «أنتِ طالق» ونوى به العتق وقع العتق عندنا[3].

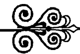
وعندهم: لا يقع[4].

❖ لنا:

أنه نوى ما يحتمله لفظه فصار كما لو نوى الطلاق بلفظ العتاق، وإنما قلنا: إنه نوى ما يحتمله لفظه؛ لأنه نوى العتاق بلفظ الطلاق، (وهو)[5] يحتمل العتاق؛ لأن العتاق إزالة الملك والطلاق إزالة الملك، فإذا اتفقا معنىً يثبت الاحتمال؛ لأن[6] صحة الكناية بلفظ عن لفظ لا يستدعى إلا الاتفاق في المعنى.

---

(١) في (ز): إذا.
(٢) في (ز): منه.
(٣) المهذب ٢/٣.
(٤) الأسرار ٢/٣٥٤ عارف حكمت، المبسوط ٦/٧٥، رؤوس المسائل ص٤١٣، بدائع الصنائع: ٥/٢٢٨٤.
(٥) في (ز): ولفظ الطلاق.
(٦) في (ز): فإن.

يبينه: أن لفظ الطلاق لما كان في الوضع[1] لإزالة الملك من حيث الإسقاط، والعتاق إزالة الملك من حيث الإسقاط فلم يبق إلا الاختلاف في المحل واختلاف المحل ضرورة صحة الكناية؛ لأن الاشتراك في المعنى وإن وجد إلا أنه لابد من اختلاف المحل ليتصور الكناية فإذا اتحد المحل لم يكن كناية بل كان صريحًا فنقول: استعمال الطلاق في العتاق استعمال لفظ في معناه الذي وضع في غير محله الذي وضع له فيكون صحيحًا لاتفاق المعنى، ويكون كنايةً ولا يكون صريحًا لاختلاف المحل، مثل لفظ الأسد في الشجاع، والحمار في البليد، والكلب في الشرير. ونستدل من حيث الحكم بما لو قال: «لا ملك لي[2] عليك»، أو قال: «لا سبيل لي عليك»، فإنه يقع العتق إذا نواه، ونفيُ الملك أبعد في وقوع العتق به من اللفظ الموضوع لإزالة الملك؛ لأن نفي الملك في موضع الملك كذب، وأما إزالة الملك إنشاء[3] تصرف من حيث الإزالة في محله (عن أهله)[4] وكذلك قوله: «خليتُ سبيلك» مع قوله: «لا سبيل لي عليك»، فإذا وقع العتق بقوله: «لا ملك لي عليك»، و«لا سبيل لي عليك»، فلأن يقع بقوله: «طلقتك أو خليتُ سبيلك» أولى وإلى الحق[5] أقرب.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: نوى العتاق بلفظ لا يحتمله فلا يصح، كما لو قال: «اسقني أو

---

(١) في الأصل: موضع والتصويب من (ز).
(٢) زيادة في من (ز).
(٣) في (ز): فإنشاء.
(٤) ليس في (ز).
(٥) في (ز): الجواز.

زوري أباك» وهذا لأنه إذا لم يحتمله فلو وقع العتق لوقع بمجرد النية، ومجرد النية لا يكفي في إيقاع العتق، وإنما قلنا: لا يحتمله لأن الاحتمال إنما يكون بالنظر إلى المعنى الخاص الذي وضع له اللفظ كالشجاعة في الأسد والبلادة في الحمار، فأما الاشتراك في المعنى العام[1] لا يوجب صحة الكناية، لأنا لو جوّزنا الكناية بالاشتراك في المعنى العام لم يبق شيء إلا ويجعل كناية عن شيء آخر لأنه ما من شيئين إلا وهما يتفقان في معانٍ ويفترقان في معانٍ، فثبت أن المعتبر هو الاشتراك في المعنى الخاص الذي وضع له اللفظ، ولفظ العتاق موضوع لإثبات القدرة[2] فإنه في الوضع لغة وشرعًا [٢٣٥/ب] لهذا، ألا ترى أن العتق في اللغة مأخوذ من القوة، ومنه يقال: عَتُقَ الطير إذا قَوِيَ وَطَارَ عن وَكّره، ومنه عِتاق الطيور الأقوياء منها، ولأن الرق ضعف حكمي، ولفظه مأخوذ من الضعف[3]، لذلك[4] يقال: ثوب رقيق إذا كان ضعيف النسج، وفلان رقيق البدن[5]، إذا كان ضعيفًا، وإذا كان الرق ضعفًا كان العتق الذي هو ضده قوة، إلا أنه قوة حكمي[6]، كما أن الرق ضعف حكمي.

يدل عليه: أنا إذا نظرنا إلى حقيقة العتق والرق في الشرع تبين لنا ذلك إن الإنسان بالرق يصير مسلوب الحرية والمالكية فيضعف من هذا الوجه

(١) في (ز): وأما.
(٢) في (ز): القوة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): ذلك.
(٥) في (ز): الدين.
(٦) في (ز): حكمية.

والعتق يحدث له قوة من الحرية والملاكية[١] لم يكن موجودًا[٢] من قبل؛ لأن الحرية قد كانت هلكت وانعدمت بالاسترقاق، والآن حدثت ثانيًا بالعتاق[٣]، وأما الطلاق (فهو مأخوذ)[٤] من حل قيد، وإطلاق مانع وليس يقتضي إحداث شيء لم يكن ثابتًا من قبل، وهذا لأن المرأة حرة مالكة فبعد[٥] النكاح على ما كانت من قبل، وإنما النكاح أوجب قيدًا حكميًا على حُرّيتها فعجزت عن استعمال الحرية فالطلاق يوجب حل هذا المانع، فالأول مثل[٦]: المريض إذا ذهبت قوته بالمرض وحدثت بالبُرء، والثاني مثاله: (القيد على العبد من)[٧] رجله فصار حقيقة العتق أحداث القوة[٨]، وحقيقة الطلاق إزالة مانع عن استعمال قوته[٩]، وهما شيئان مختلفان ليس بينهما مشابهة[١٠] من حيث المعنى، فلا يجوز أن يكون أحدهما كناية عن الآخر، وأما أصل الإزالة فهو في هذا المعنى الذي قلناه في مثال عام في مقابلة خاصٍ، وقد بيّنا أن العبرة بالاشتراك في المعنى الخاص في جواز الكنايات.

قالوا: وأما إذا أعتق ونوى الطلاق فإنما جوّزنا[١١] بطريق آخر لا بهذا

---

(١) في (ز): المالكية.
(٢) في (ز): موجودة.
(٣) في (ز): الإعتاق.
(٤) في (ز): فمأخوذ.
(٥) في (ز): بعد.
(٦) في (ز): مثاله.
(٧) في (ز): المقيد بحل القيد عن.
(٨) في (ز): قوة.
(٩) في (ز): القوة
(١٠) في (ز): موافقة.
(١١) في (ز): جوزناه.

الطريق، وذلك لأن العتق سبب لموجب الطلاق فإن الطلاق يزيل ملك المتعة والعتق[١] سبب له في الأمة، والسبب يُكنى به عن المسّى[٢] بدليل المبين يكنى به عن الوطء؛ لأنه سبب له، والسماء يكنى به عن المطر؛ لأنه سبب له، كذلك هاهنا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه ينبغي أن يكنى بالطلاق عن العتاق؛ لأن موجب الطلاق سبب العتاق فيكنى بالمسبب عن السبب، وبالموجَب عن الموجب؛ لأن الأول وَرَدَ في كلام العرب وهذا لم يرد في كلام العرب، فلم يجز استعماله؛ لأنه الكناية والمجاز عن[٣] كلامهم، فأنا[٤] نجوز إذا كان على موافقة طريقتهم، فأما إذا لم يكن فلا[٥].

قالوا: وأما قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗا﴾[٦] فقد قيل: أن الخمر اسم العنب في كلام بعض العرب، قال الأصمعي[٧]: لقيتُ بعضَ الأعراب ومعه سلة من العنب فقلت: ما معك؟ قال: خمر[٨]، وأراد به العنب، وعلى أن الخمر في هذه الآية ليس بكناية عن العنب، إنما أدرجت الخمر في اللفظ تصحيحًا للكلام، فكأنه قال: أعصر عنبًا يكون منه الخمر.

(١) في (ز): العتاق.
(٢) في (ز): المسيس.
(٣) في (ز): من.
(٤) في (ز): فإنما.
(٥) في (ز): فلا يجوز.
(٦) سورة يوسف، آية: ٣٦.
(٧) الأصمعي: هو عبد الملك بن قريب البصري اللغوي، أحد أئمة اللغة، له قصائد اختارها عرفت بالأصمعيات، توفي سنة ٢١٦هـ. ينظر: بغية الوعاة: ١١٢/٢٥ ـ ١١٣.
(٨) ينظر: جامع البيان: ٢١٥/١٢، الجامع لأحكام القرآن: ١٩٠/٩.

وكذلك قالوا في قول القائل: «اعتدي»، ونوى به الطلاق[1]، أنه يصح الطلاق بإضمار الطلاق، وإدراجه لأنه كناية عنه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال في مسألتنا أنه وجب أن يدرج العتق أيضًا لصحة الكلام، وذلك أن الإضمار والإدراج إنما يصار إليهما[2]، إذا لم ينفك اللفظ عنهما[3] بحال مثل العنب في الخمر، والطلاق في العدة عن النكاح، فأما التحريم والإطلاق[4] في ملك اليمين ينفك عن العتاق بدليل المكاتَب والمأذون له في التجارة، والمزوجة.

قالوا: ولأن الطلاق شرط وجوب[5] العدة بالنكاح والشروط اتباع والعنب محل لحصول الخمر والمحالُّ اتباعٌ، فيجوز أن يقتضي الشيء تبعه فإن[6] العتاق في إزالة ملك المتعة أصل، وزوال الملك تبع له، والشيء لا يجوز أن يقتضي أصلًا[7]، ويجوز أن يقتضي تبعًا[8]؛ لأنه لو ثبت الأصل بطريق الاقتضاء صار[9] التبع متبوعًا والمتبوع تبعًا، فإن المقتضي تبع المقتضى إلى هذا الموضع، انتهى هذا الكلام.

(١) في (ز): اللفظ بطريق.
(٢) في (ز): إليه.
(٣) في (ز): عنه.
(٤) في (ز): الطلاق.
(٥) في (ز): في وجوب.
(٦) في (ز): أبا.
(٧) في (ز): أصله.
(٨) في (ز): تبعه.
(٩) في (ز): فصار.

قالوا[1]: وأما إذا قال: «لا ملك لي عليك، ولا سبيل لي عليك»، فنَفيُ الملكِ والسبيل على الإطلاق لا ينافي ملك اليمين فكان وجود العتق بوجود المنافي للملك، وأما الطلاق وتخلية السبيل لا ينافي ملك اليمين، وهو غير صالح لكونه كناية عن العتق على ما سبق.

قالوا: وأما إذا قال: «لا سلطان لي عليك»، فحقيقة السلطنة ولاية القدرة فعلًا مثل ما للسلطان على الرعية ونفيُ القدرة فعلًا لا ينافي ملك اليمين؛ لأن العبد قد يغيب ويأبق فيفوت سلطان القدرة وأصل الملك قائم. وقد تعلّق كثير من مشايخهم في هذه المسألة باعتبار طرف الانحلال بطرف الانعقاد[2].

قالوا: الملك في العبد[3] لا يثبت [٢٣٦/أ] بلفظ النكاح، فلا يزال بلفظ الطلاق كالملك في الثوب، فإن الإقالة لا تصح بلفظ الطلاق.

يبينه: أنه لو جاز إزالة هذا الملك بلفظ الطلاق لصح اجتلابه بلفظ النكاح كالملك على النساء، وربما يقولون زوال الملك إنما يكون بما وُضع لإزالته، أو[4] بالمنافي له، ولفظ الطلاق والتحريم غير موضوع لإزالة ملك اليمين ولا هو[5] منافٍ له لأن التحريم يوجد في الملك[6] مع بقاء الملك

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): الاعتقاد.
(٣) في (ز): العقد.
(٤) في (ز): و.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): الإماء.

فيهن مثل الإماء المجوسيات، وكذلك إذا كن له أخوات من الرضاعة وأمثال هذا كثير[١]، وكذلك الطلاق لا يقتضي زوال الملك من حيث المنافاة؛ لأنه يقتضي إزالة القيد وتخلية السبيل، وهذا لا ينافي ملك اليمين بدليل المكاتب هذا جملة كلامهم.

❁ **الجواب:**

أنا قد بيّنا وجه الاحتمال.

يبينه: أن الكناية تصح بنوع استعارة، الاستعارة صحيحة[٢] فكما[٣] يجوز أن (يستعير اسم)[٤] الأسد ليعبّر به عن الشجاع لاجتماعهما في الشجاعة، (واسم الحمار يستعير عن)[٥] البليد لاجتماعهما في البلادة، فيجوز أن يستعير اسم الطلاق ليستعمله في العتاق لاجتماعهما في الإزالة وهو بمنزلة استعارة الأعيان ليستعملها مكان الأعيان المملوكة له.

فإن قالوا: إنما يجوز الاستعارة إذا كان المستعار في هذا المحل[٦] أبلغ في إظهار المعنى من المستعار له مثل اسم الأسد في الشجاعة واسم الحمار في البلادة وليس الطلاق[٧] بأبلغ في إظهار المعنى من لفظ العتاق، بل لفظ

---

(١) في (ز): يكثر.

(٢) في (ز): صحيحة الألفاظ.

(٣) في (ز): وكما.

(٤) في (ز): ويستعار لفظ الأسد.

(٥) في (ز): ويستعار لفظ الحمار.

(٦) في (ز): المحال.

(٧) في (ز): لفظ الطلاق.

العتاق أبلغ.

قلنا: ليس ما قلتم بشرط[١] في جواز الاستعارة بل يجوز أن يكون مثله، ويجوز أن يكون أبلغ منه كما في استعارة الثوب، فإن الثوب المستعار بمنزلة الثوب المملوك في المعنى المقصود.

وأما الذي قالوا[٢]: إن لفظ العتاق مأخوذ من كذا وعمله كذا، ولفظ الطلاق مأخوذ من كذا، وعمله كذا.

قلنا: الطلاق للإرسال والعتاق للتخليص، ومنه: البيت العتيق للكعبة، لتخلصه من أيدي الجبابرة فإنه لم يُسلط عليه جبار كذلك، قيل في معنى العتيق، وكذلك التحرير، يقال: أرض حرة، أي لا خَرَاجَ عليها، ويقال: طين حر إذا كان صافيًا خالصًا وإذا كان عبارة عن التخليص والإزالة فالإزالة والتخليص بمعنى واحد، ولهذا يقال: حرِّر العصفور إذا خلَّصه وأرسله.

يدل عليه: أن العتق تصرف من[٣] الإنسان وسببه الملك في المحل والملك إنما يفيد التصرف، إما من حيث النقل أو من حيث الإزالة والإسقاط[٤] وهذا لأنه إنما يملك التصرف فيما هو ثابت له والملك ثابت له فيزيله، وأما الحرية فهو غير مالك[٥]، فكيف يملك إثباتها؟ وأما[٦] ظهورها

(١) في (ز): شرطًا.
(٢) في (ز): قالوه.
(٣) في (ز): في.
(٤) في (ز): في.
(٥) في (ز): مالك لها.
(٦) في (ز): وإنما.

لسقوط الرق بالعتق فإذا ثبت ما ذكرنا فاستوى الطلاق والعتق في العمل الخاص (فاستقام استعمال)[1] الكناية، وأما معنى الرق فليس في هذا الموضع إلا الملك.

وقوله: إنه في اللغة من الضعف. قلنا: لئن كان كذلك فالضعف هو نفس الرق، وعلى أنه يمكن أن يقال: الرق معنى مانع من ظهور الحرية الثابتة بعلة الآدمية فإن علة الآدمية جالبة للكرامات، وتصلح علة لها، وعلى هذا دل قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾[2] إلا أن الرق دفع هذه الكرامات، وثبت الرق عقوبةً، ثم إذا أُزيل الرق بالعتق ظهرت الحرية الثابتة بعلة كونه آدميًا فيكون العتاق على هذا الوجه في معنى الطلاق؛ ولأن الطلاق يزيل المانع من استعمال الحرية، والعتاق يزيل المانع من ظهور الحرية، فالحرية وإن كانت هناك ثابتة وهاهنا كانت منتفية ولكن في مسألتنا حيث يثبت بالإعتاق لم يكن ثابتًا به، إنما عمله إسقاط الرق ثم الحرية ظهرت بعلة أخرى، كما أن الطلاق كان عمله إزالة النكاح ثم استعمال الحرية لم يكن ثابتًا به لكن بأصل الحرية، والجواب الأول كافٍ، وهذا معتمد.

جواب آخر: أن الطلاق والعتاق إذا لم يتفقا في معنى فلم جاز أن يُجعل العتاق كناية عن الطلاق فإن قيل[3] بالسببية، قلنا: فجوِّزوا أن نجعل الطلاق كناية عن العتاق؛ لأن المسبِّب يكنى به عن السبب والموجَب عن الموجب ومعنى الطلاق موجب العتاق على ما ذكروا[4].

---

(١) في (ز): واستقامت.
(٢) سورة الإسراء، آية: ٧٠.
(٣) في (ز): قالوا.
(٤) في (ز): ذكروه.

وقولهم: إن هذا ليس من كلام العرب.

قلنا: بل هو من كلام العرب بدليل قوله تعالى: ﴿إِنِّيٓ أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗاۖ﴾[1] أي عنبًا؛ لأن العنب سبب الخمر بدليل قول الأعرابي: (هلكتُ وأهلكتُ)[2] جعل الهلاك كناية عن المواقعة؛ لأنها سببه، وبدليل أن عندهم تحريم الحلال يكون يمينًا؛ لأنه موجب اليمين فصح جعله كناية عنه والذي ذكروا[3] من الإضمار والإدراج، قلنا: فاجعلوا[4] في مسألتنا [٢٣٦/ب] كذلك، وأدرجوا العتاق لظهور معنى الطلاق.

وقولهم: لا[5] ضرورة فيه.

قلنا: فيه ضرورة؛ لأن زوال ملك المتعة وحصول الحرمة بلفظ موضوع للإسقاط والتحريم لا يتصور في الأمة إلا بعد حصول العتق فيه[6].

قولهم: إن الأصل لا يُدرج في التبع.

قلنا: إزالة ملك الرقبة سبب لإزالة ملك المتعة، وإدراج السبب وإضماره صحيح[7] بدليل ما لو قال: «اعتق عبدك عني (على ألف)[8]»،

(١) سورة يوسف، آية: ٣٦.
(٢) سبق تخريجه ٥٠٣، ٥٠٥.
(٣) في (ز): ذكروه.
(٤) في (ز): فافعلوا.
(٥) في (ز): أنه لا.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): في اللفظ صحيح.
(٨) ليست في (ز).

فاندرج[1] التبع بالاتفاق لإثبات الملك ثم يبنى عليه العتق؛ لأن الملك سبب العتق فصح إضماره، فقولوا في مسألتنا كذلك، وبيّنا[2] الجواب من حيث الإلزام، والجواب فقهًا ما سبق، وأما ما (ذكروا في اللفظ)[3] فليس بشيء لأنا لا نزيل الملك بلفظ الطلاق، إنما نزيل[4] بالعتق إلا أن لفظ الطلاق صار كناية عنه واستعير لاستعماله، وجعل بمنزلة المصرِّح به، وكذلك الكلام على ما ذكروا[5] من المنافاة، فإن عندنا لما كان الواقع هو العتاق بلفظ الطلاق تحققت المنافاة، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا قال لامرأته: (أنا منكِ طالق)، ونوى الطلاق، وقع به الطلاق عندنا[6].

وعندهم: لا يقع[7]، وكذلك الخلاف فيما إذا قال: «طلقي نفسك»، قالت: «طلّقت».

---

(٨) في (ز): فإنا ندرج.

(١) في (ز): فإنا ندرج.

(٢) في (ز): وهذا.

(٣) في (ز): ذكره مشايخهم.

(٤) في (ز): نزيله.

(٥) في (ز): ذكروه.

(٦) النكت: ٢١٧/ب، المهذب: ١٠٣/٢، التهذيب: ٣١/٦، الروضة: ٦٧/٨، المنهاج: ٢٩٢/٣ مع المغني.

(٧) المبسوط: ٧٨/٦، فتح القدير: ٣٩/٤، رؤوس المسائل: ص ٤١٢.

لنا:

إن الرجل محل النكاح فيكون محل الطلاق.

دليله: المرأة. والدليل على أنه محل النكاح النص، والمعنى. أما النص فهو أنَّ الله تعالى: أضاف النكاح إلى المرأة إضافة الفعل إلى الفاعل كما أضافه إلى الرجل من هذا الوجه، بدليل قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[1]، وقوله: ﴿أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[2] وأضافه إلى الرجل[3] على هذا الوجه، فقال: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[4]، وقال تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[5] ويقال: نكح الرجلُ فلانةً، ينكح نكاحًا، وَنَكَحَتْ فلانةُ فلانًا ويسميان[6] متناكحين على هذا المعنى.

ويدل عليه: أن النكاح عقد ازدواج وانضمام فإن التزويج من الازدواج والنكاح من الانضمام (والمعنيان موجودان في حق كل واحدٍ منهما)[7]؛ لأن حظ كل واحد منهما مما يقع به الازدواج مثل حظ صاحبه، وهما كمصرعى الباب وزوجي خفٍ، ولهذا المعنى اشتركا في ثمرات النكاح، حتى إن الحِلّ في جانب الرجل مثل الحِلّ في جانب المرأة، وقد سلموا هذه الأمثلة[8]

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.
(٢) سورة البقرة، آية: ٢٣٢.
(٣) في (ز): الرجال.
(٤) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٥) سورة النساء، آية: ٣.
(٦) في (ز): وسُمّيا.
(٧) ما بين القوسين ليست في (ز).
(٨) في (ز): الأصل.

الذي ادعيناه في ثمرات النكاح، وإذا ثبت أنهما ينزلان من العقد منزلة واحدةً فصار كل واحد منهما محل النكاح، فإذا[1] كان محل النكاح كان محل الطلاق، ومتى أُضيف الطلاق إلى محله لم يجز إلغاؤه ولابد من الوقوع، فنستدل[2] بما لو قال[3]: «أنا منكِ بائن»، ونوى الطلاق، فإنه يصح ويقع[4]، فإذا[5] كان الرجل محل إضافة الكناية إليه كان أيضًا محل إضافة الصريح إليه.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: طلاق مضاف إلى غير محله فوجب أن يلغو[6].

وإنما قلنا: إنه مضاف إلى غير محله؛ لأن الرجل ليس بمحل النكاح بدليل أن النبي ﷺ سمّى النكاح رقا، وإنما سماه رقًا في جانب النساء، ألا ترى أنه قال ﷺ: **(النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته)**[7] ولم يقل (مَنْ تزوّج كريمةً)[8]، ولأن النكاح تصرف في محل يعرف بعمله[9]، وإنما ظهر عمله في جانب النساء، بدليل الحبس وهو[10] المنع من الأزواج، ولا

---

(١) في (ز): وإذا.
(٢) في (ز): ونستدل.
(٣) في (ز): قال لها.
(٤) التهذيب: ٦/٣١.
(٥) في (ز): وإذا.
(٦) في (ز): يكون لغوًا.
(٧) سبق تخريجه ص٢١.
(٨) في (ز): أين يضع كريمه.
(٩) في (ز): عمله.
(١٠) في (ز): ثبوت.

يوجد هذا في جانب الرجال؛ لأنه لا حبس في حقهم ولا منع[(١)] من التزويج[(٢)] بالنساء[(٣)]، ولا يجوز أن يُحال بالمنع[(٤)] من الخامسة، والأخت الثانية على ثبوت العقد عليه للمرأة لأن هذا المنع ليس (لحق المرأة)[(٥)] إنما هو لحق الشرع؛ لأنه لو كان حقها[(٦)] لمنع من النساء على الإطلاق فإن[(٧)] الأخت والأجنبية والخامسة والثانية فيما يُعود إلى نقصان حقها على وجه واحد بدليل القسم.

قالوا: والدليل على ما بيّنا أيضًا أن المهر يجب عليه، ولا يجب عليها، ولو كان لها ملك لقوبل بعوض عليها مثل جانبه، ولا جائز أن يقال: هذا الاختلاف إنما جاء من حيث إن منافع بُضعها متقوّم[(٨)] ومنافع بُضعه غير متقوّم[(٩)]؛ لأن هذا[(١٠)] دعوى، وينبغي أن يحكم بتقويم[(١١)] منافع بُضعه مثل ما حكم بتقويم[(١٢)] منافع بُضعها، إن كان كل واحدٍ منهما محل العقد وبعدم تقوم منافع بُضعه نستدل (بأنها ليست)[(١٣)] محل العقد.

---

(١) في (ز): يمنعون.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): النساء.
(٤) في (ز): المنع.
(٥) في (ز): لحقها.
(٦) في (ز): لحقها.
(٧) في (ز): لأن.
(٨) في (ز): متقومة.
(٩) في (ز): متقومة.
(١٠) في (ز): هذه.
(١١) في (ز): بتقوّم.
(١٢) في (ز): بتقوّم.
(١٣) في (ز): على أنه ليس.

يبينه: أنه لما اختصت بنوع ملك وهو ملك المهر وجب أو يوجد في جانبه ملك يقابل هذا الملك، وليس ذلك إلا الملك في البضع(١).

واستدلوا أيضًا بالطلاق فإن الرجل لما اختص بملكه، أي الطلاق، دل أنه اختص بملك النكاح؛ لأنه يحل (ما كان ثابتًا)(٢) بالنكاح، ويستحيل أن يكون لها ملك، ثم ينفرد(٣) بنقضه وَحَلّه فدل ما قلنا(٤) [٢٣٧/أ] على أن الملك له دونها، وأنها معقود عليها من قبله، وأنه غير معقود عليه من قِبَلها، وهذان الدليلان في نهاية الاعتماد.

قالوا: وأما الإضافة الشرعية الذي يستدلون بها فيجوز أن يكون على طريق المجاز، وعلى أنا نسلم الاشتراك في ثمرات النكاح ليتم في الازدواج الذي ذكرتموه، وهذا لأن الازدواج ثمرة النكاح، فأما المعقود عليه هو الملك، وذلك للرجل على الخصوص.

قالوا: وأما ثبوت المطالبة لها(٥) بالوطء فلأجل الاشتراك في الثمرات، وعلى أن فصل المطالبة دليل عليكم؛ لأن المطالبة بالوطء لا تدوم لها ولو ثبت الملك لدامت المطالبة بدوام الملك، مثل جانبه فإنه ثبت له مطالبتها بالتمكين على الدوام، وإنما تثبت المطالبة بوطءٍ واحدٍ؛ لأن قضاء الشهوة مقصود من(٦) الجانبين فلها أن تطالب لتقضي شهوتها منه، وثبوت المطالبة

(١) في (ز): ملك البُضع.
(٢) في (ز): بالطلاق ما كان ثابتًا.
(٣) في (ز): ينفرد هو.
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): في.

على الرجال[1] لا يدل على محليّة الطلاق؛ لأن محليّة الطلاق تتبع محليّة النكاح[2]، لا محليّة الثمرات.

واستدلوا من حيث الحكم في أن الرجل ليس بمحل الطلاق: باشتراط النية، فإنه لابد من أصل النية[3]، ومع أنه لابد من أصل النية لابد أيضًا من نية وقوع الطلاق عليها، ولو كان الرجل محل الطلاق لوقعت الغُنية عن النية، كما في جانبها.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن النية إنما شُرِطَتْ لأن المحل غير متعارف فصار كلفظٍ غير متعارف فإن هذا يبطل بما لو قال: «يدك طالق أو رجلك طالق»، فإنه يقع ولا يحتاج إلى النية عندكم[4]، وإن كان المحل غير متعارف، وأما احتياج الكناية إلى النية لم يكن لعدم تعارف اللفظ بل لأجل الاحتمال الذي فيه، وإذا قال: «أنا منكِ طالق»، لا احتمال في معنى اللفظ فلا معنى لاعتبار النية.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الرجل يصير كناية عن المرأة؛ لأن الكناية في الألفاظ تعرف[5] في لسان العرب، فأما في المحل[6] فلا تعرف، ولأن قوله (أنا)[7] نص في المُخاطِب، (وقوله: «أنت» نص في المخاطَب)[8]،

(١) في (ز): الرجل.
(٢) في (ز): الملك.
(٣) في (ز): النيتين.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): معروفة.
(٦) في (ز): المحال.
(٧) زيادة من (ز).
(٨) ما بين القوسين زيادة من (ز).

والنص في محل لا يحتمل غيره.

يبينه: أن اللفظ المشروع في محلٍ لا يحتمل غيره مع احتماله في نفسه، مستغنٍ عن النية، فاللفظ المحسوس في محلٍ كيف يحتمل «غير»[1] ذلك المحل؟ ونعني بما قلنا[2] لفظ الطلاق فإن الطلاق يحتمل عن النكاح وعن الوِثَاق ولكن لما شرع لمعنىً واحدٍ وهو الطلاق عن النكاح لم يحتمل بغيره ولأن عندكم الرجل كان محل الطلاق؛ لأنه محل النكاح فلم ينبغي أن يُجعل هو كناية عنها بل ينبغي أن يقع عليه الطلاق ابتداء.

قالوا: وأما إذا قال: «أنا منكِ بائن»، إنما صح؛ لأن هذا اللفظ عندنا ليس بكنايةٍ عن الطلاق على ما سبق بيانه، إنما هو صريح في قطع الوصلة، والصلة مشتركة بين الجانبين واللفظ صادف محله، ثم إذا انقطعت الوصلة كان وقوع الطلاق عليها ضرورة واقتضاء لأنه لا يتصور انفكاكه عن الطلاق.

قالوا: ولو قال: «أنا بائن»، ولم يقل «منكِ» يصح، وفي مسألتنا لو قال: «أنا طالق» ولم يقل «منكِ»، فإنه لا يصح، (وهذه مسألة يستدل)[3] بها أيضًا (أن الرجل)[4] ليس بمحل الطلاق.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إنه طلاق مضاف إلى غير محله.

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) في (ز): قلناه.

(٣) في (ز): قالوا: وبهذه المسألة نستدل.

(٤) في (ز): على أنه.

قلنا: بل مضاف[1] إلى محله، وأما الخبر الذي استدلوا به من قول النبي ﷺ: **(إن النكاح رق)**[2].

وقوله[3]: (إنه يختص بجانبها).

قلنا: هذا مذكور على طريق المجاز لمكان الحبس الذي اختص بها[4]، وسنبين الكلام على الحبس من بعدُ.

وأما[5] قولهم: إن عمل النكاح ظَهَرَ في جانبها لا في جانبه.

قلنا: لا، بل في الجانبين بدليل الحِلّ والنكاح معقود[6] للحل، أو ملك[7] يُعرف بالحل، فإذا كان الحِلّ مشتركًا[8] في الجانبين كان الملك أيضًا ثابتًا من الجانبين، فأما الحبس والمنع ليس[9] من قضية الملك عليها؛ لأن المعقود عليه في النكاح منفعة البُضع، وليس منافع البُضع شيء يُستوفى على الدوام، مثل ما يُستَوفى منفعة[10] دار بالسكنى أو منفعة الثوب[11] باللبس، وإنما يُستوفى في الأحايين والأوقات، فلا يقع مزاحمة على المحل في

(١) في (ز): هو مضاف.
(٢) سبق تخريجه ص ٢١.
(٣) في (ز): قولهم.
(٤) في (ز): بجانبها.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): عقد معقود.
(٧) في (ز): لملك.
(٨) في (ز): ثابتًا.
(٩) في (ز): من الأزواج فليس.
(١٠) ليست في (ز).
(١١) في (ز): ثوب.

العقد، ولا يظهر نقصان في المحل بالعقد استيفاءً، فدل أن الحبس والمنع من الأزواج (ليس من قضية العقد، ولا من قضية)[1] الملك، وإنما كان لمصلحة الأنساب ودفع المفاسد عنها حتى لا يقع فيها اشتباه باختلاط المياه، وهذا المعنى في جانبه لا يوجد وهي جواز نكاحه للنساء، وعدم ثبوت الحبس عليه على قضية الأصل الذي قدمناه.

فأما فصل المهر والطلاق فقد قال بعض أصحابنا: إن المهر عوض زائد وليس بعوضٍ أصلي على ما سبق في مسألة المفوّضة، (فلا يدل)[2] وجوبه عليه باختصاصه بالملك، وهذا الجواب ليس بشيء لأنهم يقولون: ينبغي أن لا يجب عليها [٢٣٧/ب] أيضًا، ويكون عوضًا زايدًا، وعلى أنه عوض في الجملة فاختصاصه بالوجوب عليه دليل أن الملك له خاصة، وأجابوا عن فصل الطلاق، وقالوا: لو جُعِلَ الطلاق إليها أدّى إلى مفسده عظيمة؛ لأنها مجبولة على فرط الغضب مثل ما هي مجبولة على فرط الشهوة، فإذا جعلنا الطلاق إليها والغضب (داعٍ إلى)[3] الطلاق لبادرت إليه في كل غضبةٍ كما أنا لو جعلنا ولاية النكاح إليها بادرت إليه في كل شهوةٍ (فسُلبت ولاية النكاح مصلحة فسُلبت أيضًا ولاية الطلاق مراعاة للمصلحة)[4]، وهم يقولون على هذا لو كان المعنى هذا وجب[5] أن يُعتبر رضاها (في الطلاق)[6] أو يجب

(١) في (ز): لم يكن لقضية.
(٢) في (ز): فلابد من.
(٣) في (ز): داعي.
(٤) في (ز): فكما سلبت ولاية النكاح لمصلحة سُلبت ولاية الطلاق لمصلحةٍ.
(٥) في (ز): لوجب.
(٦) ليست في (ز).

أن تُجعَل ولاية الطلاق من جانبها مفوضة إلى الولي[١]، مثل ما (فُوض ولاية)[٢] النكاح من جانبها إلى وليها، والجواب المعتمد على الفصلين وهو حرف[٣] المسألة ومحز الكلام، وهو أنا نقول: ملك النكاح مشترك بين الزوجين على ما دللنا عليه غير أن الرجل اختص بولاية القوامية عليها بنص الكتاب، وهو قوله: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾[٤] والاختصاص بولاية القوامية لا ينافي الاشتراك في الملك؛ لأنه يجوز أن يشتركا في الملك، ويختص هو بولاية القوامية لنوع معنىً يختص به جانبه، وهذا لأن الرجال أقوم بهذه الولاية والنظر بمصالح[٥] النكاح ومقاصده في التفويض إليهم أكثر، وإذا ثبت هذا فنقول الرجل اختص بوجوب المهر؛ لأنه مال القوامية بدليل قوله تعالى: ﴿وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾ وأجمعَ أهلُ (الفقه و)[٦] التفسير[٧] على أن المراد به المهر والنفقة، وأما التفصيل المذكور فهو بالعقل[٨] وإذا اختص الرجل بالقوامية اختص بوجوب المهر عليه، والنفقة لهذا المعنى وهو نص لا يمكن الاعتراض عليه، وكذلك اختص بالطلاق لأن حقيقة القوامية تظهر

(١) في (ز): وليها.
(٢) في (ز): جُعل.
(٣) في (ز): سُرّ.
(٤) سورة النساء، آية: ٣٤.
(٥) في (ز): لمصالح.
(٦) ليست في (ز).
(٧) ينظر: جامع البيان للطبري ٥/٥٩، الجامع لأحكام القرآن ٥/١٦٨، وأحكام القرآن لابن العربي ١/٤١٦.
(٨) في (ز): العقد.




بملك الطلاق، ليُبْقِي العقدَ إن شاء أبقاه وَيُرفع[1] إن اختار رفعه، وكذلك ثبوت الحبس لولاية القوامية والجواب معتمد، وقد (ارتفعت الشبهة في)[2] المسألة وعُرفت[3] حقيقةُ الكلام فيها.

وأما تعلقهم بفصل النية فاعلم أنا نقول: يحتاج إلى أصل النية ولا يحتاج إلى نية وقوع الطلاق، وإنما احتاج إلى أصل النية لأن لفظ الطلاق لفظ محتمل؛ لأنه يجوز أن يراد به الطلاق عن النكاح، ويجوز أن يراد به الطلاق عن الوِثاق فلابدّ فيه من النية لوجود الاحتمال في اللفظ مثل (قولهم في)[4] قوله: «أنتِ بائن أو أنتِ حرام»، في معنى اللفظ، وأما إذا قال: «أنتِ طالق»، إنما لا يحتاج إلى النية؛ لأن اللفظ وإن كان محتملاً معناه لكن بحكم العرف والاستعمال تعيِّن أحد المحلين[5] فيه، وهو الطلاق عن النكاح، ومثل هذا لا يوجد إذا قال: «نا منكِ طالق» فرجعنا إلى أصل حقيقة المعنى فوجدناه محتملاً فاعتبرنا فيه النية، وأما تعلقنا بقوله: «أنا منكِ بائن» فهو إلزام عظيم عليهم، ويدخل على (ما قالوه)[6].

وأما الذي قالوا: ليس[7] بكناية قد[8] تكلمنا عليه، وعلى أنه إذا كان

---

(١) في (ز): ورفع العقد.
(٢) في (ز): انزاحت شبهة.
(٣) في (ز): عرف.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): المحتملين.
(٦) في (ز): المحل الذي هو في جانب المرأة بغاية الدخول.
(٧) في (ز): من أنه ليس.
(٨) في (ز): فقد.

محل قطع الوُصلة كان محل الطلاق؛ لأن الطلاق وقطع الوُصلة واحدٌ، والقطع هو الطلاق والوُصلة هو النكاح، وعلى أنه كان ينبغي أن يقال: «أنا منكِ طالق»، يصير مجازًا عن قوله: «أنا منكِ بائن»، مثل ما قلتم: إذا قال لامرأته: «أنتِ حرة» يصير[1] مجازًا عن قوله: «أنتِ طالق»، وهذا فصل في الإلزام حسن جدًا، والاعتماد على ما سبق، وأما إذا قال: «أنا طالق» يصح إذا أراد عن النكاح الذي بينه وبين هذه المرأة، بأن لم تكن له امرأة أخرى، أو عيّنها بالنية من بين سائر[2] نسائه، والله أعلم.



❋ (مَسْألة):

إذا قال لامرأته: يدك أو رجلك طالق، وقع الطلاق عندنا[3].

وعندهم: لا يقع[4]، وكذلك الطلاق[5] في كل جزء معين من المرأة إذا أضيف إليه الطلاق.

❋ **لنا:**

أنه محل النكاح فيكون محل الطلاق. دليله: الوجه والرأس وإنما قلنا: إنه محل النكاح؛ لأن المرأة محل النكاح واليد جزء من المرأة والجزء من

(١) في (ز): يصح.
(٢) ليست في (ز).
(٣) الأم: ١٨٦/٥، ١٨٧، المهذب: ١٠٣/٢، التهذيب: ٨٤/٦، الروضة: ٦٤/٨، ٦٥، المنهاج مع المغني: ٢٩١/٣.
(٤) الأسرار: ١٥٨/٢/ب فيض الله، المبسوط: ٨٩/٦، رؤوس المسائل: ص ٤١٦.
(٥) في (ز): الخلاف.

محل[1] الشيء محل له، ألا ترى أن الجزء من الثوب المبيع يكون محل البيع؛ لأنه جزء من الثوب الذي هو محل البيع، فكان محل البيع، فكذلك هاهنا.

يبينه: أن البعض في محل الطلاق كالبعض في الطلاق، ثم بعض الطلاق جعل كُلًا في الوقوع كذلك بعض المحل جُعل كُلًا في الوقوع[2].

ويدل عليه: أنه إذا أضاف الطلاق إلى (جزءٍ مُشاعٍ)[3] وقع الطلاق، وجُعل كإضافته إلى الجملة، كذلك إذا أضافه[4] إلى جزء معين؛ لأن الجملة جملة[5] أجزاء متعيّنة كما أنها جملة[6] أجزاء مُشاع[7]، وَنُزِّلت[8] [٢٣٨/أ] الإضافة إلى أحدهما منزلة الإضافة إلى الآخر، والتحقيق في المسألة هو: أن الطلاق قد وَجَدَ (وجه الوقوع)[9] فلابد وأن يقع لأنه مبني على غلبة الحصول وسرعة الوقوع، فمتى وَجَدَ وجهًا واحدًا في الوقوع يقع وأن بعُد ولم ينظر إلى سائر الوجوه التي تقتضي عدم الوقوع بدليل ما قدّمنا من الجزء الشائع، وأما بيان قولنا: أنه وجد وجهًا في الوقوع هو أنّ قوله: «أنتِ طالق» (يعم ذلك)[10]

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): محلية الوقوع.
(٣) في (ز): الجزء المشاع.
(٤) في (ز): أضاف الطلاق.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): شائعة.
(٨) في (ز): فنزلت.
(٩) في (ز): جهة وقوعٍ.
(١٠) في (ز): تضمن ذكر.

جملة المرأة واليد جزء من الجملة[1] قطعًا، فذِكْرُ الجملة ذكرٌ له قطعًا، كذكر الثوب ذكر لسلوكه وخيوطه فصارت اليد (محل الطلاق)[2] من هذا الوجه، ومتى أضيف لفظ الطلاق إلى محل[3] من وجهٍ مَّا لم يجز أن يلغو كما سبق.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: اليد ليست (بمحل الطلاق)[4] فوجب أن تلغو الإضافة إليه[5] كسائر ما يضاف إلى غير محله.

وإنما قلنا: إنه ليست (بمحل الطلاق)[6]؛ لأن الطلاق تصرف من التصرفات، والجزء المعيّن لا يكون محلًا لتصرفٍ مّا في جميع أصول الشرع، فلا يكون محلًا لهذا التصرف أيضًا، وهذا لأن محال التصرفات الشرعية إنما تثبت بالشرع، وإذا لم تثبت المحلية لليد لا بنص ولا قياس[7] لم يكن محلًا بحالٍ ولا نص هاهنا[8]، ولا قياس، فبطلت المحلية لليد من هذا الطريق؛ لأن محل إضافة الطلاق محل وقوع الطلاق، واليد ليست بمحل وقوع الطلاق فلا يكون محل إضافة الطلاق، والدليل على أنها ليست بمحل[9]

(١) في (ز): المرأة.
(٢) في (ز): محلًا للطلاق.
(٣) في (ز): محله.
(٤) في (ز): محلًا للطلاق.
(٥) في (ز): إليها.
(٦) في (ز): محلًا للطلاق.
(٧) في (ز): بقياس.
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): محل.

وقوع الطلاق أن[١] الطلاق تبع النكاح في المحلية، فما لا يكون محل النكاح لا يكون محل الطلاق، وحرّروا وقالوا[٢]: محل لا ينعقد النكاح بإضافته إليه فلا يقع الطلاق بإضافته إليه.

دليله: الجنين.

ثم المعتمد لهم إن محل الطلاق بدن[٣] المرأة فإن الله تعالى قال: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٤] وقال: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[٥] ولأن الرجُل يقول للمرأة: «أنتِ طالق» يضيف[٦] الطلاق إليها، فدل أن محلّ الطلاق بدنها[٧] واليد تبع[٨] للبدن، لأن حد التبع: ما لا يقوم بنفسه، ويقوم بغيره، واليد تابعة للبدن؛ لأنها لا تقوم (إلا به)[٩]، ولأنه يتصور بدن بلا يد ولا يتصور يد بلا بدن، فثبت أنه[١٠] تابع للبدن، وإذا كانت تابعًا للبدن والبدن محل الطلاق فصارت (محل اليد)[١١] محل الطلاق تبعًا، وإذا كانت تبعًا في إيقاع الطلاق كانت تبعًا في الإضافة.

---

(١) في (ز): أنها ليست محل النكاح و...

(٢) في (ز): فقالوا.

(٣) في (ز): هو بدن.

(٤) سورة الطلاق، آية: ١.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٧.

(٦) في (ز): فيضيف.

(٧) في (ز): هو بدنها.

(٨) في (ز): تابعة.

(٩) في (ز): بنفسها.

(١٠) في (ز): أنها.

(١١) ليست في (ز).

والحرف: أنه أضاف الطلاق أصلًا إلى ما ليس بمحله أصلًا فلغت الإضافة وصارت عدمًا.

يدل عليه: أن ما يدخل[1] في النكاح على جهةٍ يخرج منه بالطلاق على تلك الجهة، وقد دخلت اليد في النكاح على جهة التبعية فتخرج على هذه الجهة أيضًا، ليكون الخروج مطابقًا موافقًا للدخول، ولا يكون مخالفًا له.

قالوا: ويخرج على (ما قلنا)[2] الجزء الشائع لأنه ليس بتبعٍ، ولكنه بعض الأصل، ولهذا كان محلًا لسائر العقود (من البيع)[3]، والإجارة والرهن على أصلكم[4] بخلاف اليد، فإنها تبع، ألا ترى أنها تبع في سائر العقود كذلك في الطلاق.

قالوا: والدليل على أنها تبع في العقد أنها[5] لا يقابلها شيء من الثمن، ولو سقطت يد العبد قبل القبض بآفةٍ سماويةٍ لم يسقط شيء من الثمن لكن يتخيّر المشتري بين[6] الرضا والرد، وهذا[7] لأن الأطراف في باب العقود أوصاف، والأوصاف اتباع قطعًا.

قالوا: وليس يدخل على ما قلناه إذا أضاف[8] إلى الرأس والوجه؛ لأن

---

(١) في (ز): دخل.
(٢) في (ز): هذا.
(٣) في (ز): كالبيع.
(٤) في (ز): أصولكم.
(٥) في (ز): أنه.
(٦) في (ز): من.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): أضاف الطلاق.

عندنا إذا أراد الرأس والوجه الذي هو الجارحة لم يقع شيء وإنما يقع إذا أراد جميع البدن، وتلك الإرادة صحيحة؛ لأنه يُعبّر بالرأس والوجه عن جميع البدن على ما عُرف.

وأما في مسألتنا فعندكم إذا أراد اليد التي هي الجارحة وقع الطلاق ولا يُعتبر أن تكون جارحة يُعبر بها عن جميع البدن، حتى لو أضاف إلى شعرةٍ من شعورها[1] وأنملة من أناملها يقع[2] الطلاق، ومعلوم أن هذا لا يُعبِّر به عن جميع البدن، وموضع[3] الخلاف في مسألتنا أن[4] الجزء المعين هل يكون محل إضافة الطلاق إليه أم لا؟ فعندنا لا يكون، وعندهم[5] يكون، وفي مسألة الرأس والوجه ليس محل إضافة الطلاق هو الجزء المعين من الرأس والوجه، ولو نوى ذلك لم يقع أصلًا وإنما محل الإضافة جملة المرأة والرأس والوجه عبارة عن الجملة فيكون في الحقيقة مضيفًا للطلاق إلى الجملة، لا إلى الجزء المعين.

قالوا: ونقول: في النكاح إذا (أضاف النكاح)[6] إلى الرأس والوجه ينعقد النكاح إذا نوى به جميع البدن، وكذلك نقول في الجزء الشائع إذا أضيف النكاح إليه ينعقد النكاح؛ لأنه إضافة إلى بعض الأصل والنكاح مما[7]

(١) في (ز): شعرها.
(٢) في (ز): وقع.
(٣) في (ز): فموضع.
(٤) في (ز): هو أن.
(٥) في (ز): عندكم.
(٦) في (ز): أضافه.
(٧) ليست في (ز).

لا يتجزّأ في المحل، وذِكرُ بعض ما لا يتجزّأ يكُون كذكر الكل، قالوا: [٢٣٨/ب] وليس يلزم إذا قال: «طلقتُك يومًا أو شهرًا»: حيث يقع الطلاق؛ لأنه أضافه[١] إلى محله فإنه قال: «طلقتُك»، فأما قوله: «إلى يوم أو إلى شهر» فقد أراد قصر الطلاق على هذا القدر من الزمان بعد أن أضافه إلى محله (الذي هو محله)[٢] فيكون قصره على زمان دون زمان باطلًا مردودًا عليه (ويقع لإضافته إلى محله)[٣]، أما في مسألتنا فقد أخطأ التصرف محله على ما بيّنا من قبل فلغى.

قالوا: وأما إذا أضاف النكاح إلى زمان معين فليس هو بنكاحٍ إنما هو عقد متعة، وهذا لأن العقد على البُضع عقدان: متعةٌ ونكاحٌ فالمؤقّت منه متعة والمطلق نكاح، فإذا قال: «تزوجتُك شهرًا» يصير[٤] كأنه كنى بالنكاح عن المتعة، وإذا كنى بعقدٍ عن عقدٍ لم ينعقد العقد الأول، ومثل هذا لا يوجد في الطلاق المؤقت؛ لأنه طلاق بكل حال.

قالوا: وليس يدخل على ما قلنا فروع الإيمان حيث يَكفُرُ إذا أنكر شيئًا منها بقبوله، ولا يصير مؤمنًا بقبوله، لأنا لم نوقع الطلاق في مسألتنا لأن اليد تبع، فأما في فروع الإيمان فالقبول في الكل أصل حتى لو لم يقبل في الابتداء واحدًا منها لم يصر مؤمنًا، وإن قَبِلَ الكل فلا جرم، إذا أنكر في الانتهاء بعضها يصير كافرًا وهذا لأن القبول للشرائع الثبوت[٥] ابتداءً والبقاء انتهاءً،

(١) في (ز): أضاف الطلاق.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): فيصير.
(٥) في (ز): شرط الإيمان للثبوت.

والشرط إذا فات ابتداءً لم يثبت، وإذا فات بقاءً لم يبق الإيمان[١]، (وفي مسألتنا بخلافه على ما سبق)[٢].

قالوا: ولا يجوز أن يقال: ينبغي أن يضمر طلاق الجملة في قوله: «يدكِ طالق» ليصح الطلاق[٣]؛ لأن الجملة لما كانت أصلًا واليد تبعًا فإثبات المتبوع إضمارًا واقتضاءً لا يجوز؛ لأن المقتضَى[٤] تبعٌ المقتضِي فحينئذٍ يصير التبعُ متبوعًا والمتبوعُ تبعًا.

۞ الجواب:

إنا قد[٥] دللنا على ثبوت المحلية وعلى الوجه الذي قدمنا[٦]، وقلنا[٧]: لا يرد عليه شيء من كلامهم الذي قالوا[٨]: لأنا لا نقول: إن اليد محل الطلاق[٩] وقوعًا، وَمَنْ قال من أصحابنا: أن[١٠] يقع الطلاق عليها ثم يسرى إلى جملة[١١] البدن فقد غَلِطَ، ويدخل عليه جميع ما قالوه، وإنما نقول: إن اليد محل إضافة[١٢] الطلاق ليقع الطلاق على الجملة ابتداء، (مثل الجزء

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): وليس هذا من مسألتنا في شيء.
(٣) في (ز): طلاق اليد.
(٤) في (ز): للمقتضى.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): ذكرناه.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): أبدوه.
(٩) في (ز): للطلاق.
(١٠) ليست في (ز).
(١١) في (ز): جميع.
(١٢) في (ز): لإضافة.

الشائع يكون محلًا لإضافة الطلاق، فيقع الطلاق على الجملة ابتداء)[١] وإنما جعلناه كذلك؛ لأن اليد بعض المحل ذِكرًا فإنه إذا قال: «أنتِ طالق» واليد جزء منها فعلى القطع قد ذَكَرَ كلّ[٢] جزءٍ منها، مثل الثوب الذي استشهدنا به، وإذا كان بعض المحل من هذا الوجه صحت الإضافة، ولم يجز إلغاؤها، ثم إذا لم تلغُ وقع الطلاق على الجملة[٣]؛ لأن البعض بمنزلة الكل في محل الطلاق، كما أن البعض بمنزلة الكل في الطلاق[٤] الواقع، وكما نقول في الجزء الشائع.

فأما قولهم: إن اليد تبع.

قلنا: يجوز أن يُنازَعوا فيقال: إذا كان هذا الجزء[٥] تبعًا فكذلك في[٦] كل جزء معين صار[٧] الجميع اتباعًا، فأين المتبوع؟، فإن قالوا: جملة الأجزاء المعيّنة متبوعة، ثم إذا (أضيف شيء)[٨] إلى كل واحد منها يكون تبعًا.

قلنا: فاجعلوا[٩] في الجزء الشائع كذلك كما بيّنا أن الجملة جملة أجزاء

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): جملة المرأة.

(٤) في (ز): ذات.

(٥) في (ز): الجزء المعين.

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): وإذا صار.

(٨) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٩) في (ز): فقولوا.

شائعة، كما أنها جملة أجزاء معيّنة[١] ثم المعتمد من[٢] الجواب: أن اليد تبع قيامًا على معنى أنه لا تقوم إلا بالبدن، لكنها أصلٌ ذِكرًا فإن ذِكْرَ الجملة ذِكْرُ أجزاء الجملة معيّنها وشائعها، فلا يكون تبعًا محضًا، ألا ترى أن حقوق الأراضي[٣] لما كانت أتباعًا كان[٤] ذِكْرُ الأرض ذِكْرًا لها[٥]، وكذلك الجنين في بيع الأم وعتقها لما كان تبعًا لم يكن ذِكْرُ الجملة ذِكْرًا له بل دخل من غير ذِكْرٍ، وإذا ثبت أن اليد أصل من هذا الوجه فقد وَجَدَ الطلاقُ وجه وقوعٍ لإضافته إلى ما هو أصلٌ من وجهٍ وقد سبق تقرير[٦] هذا وقد قال بعض أصحابنا ممن يدعي التحقيق: أن اليد أصل من وجهٍ وذلك في أنها لا تنفصل عن الأصل في الحِلّ والحرمة، فصار من هذا الوجه بمنزلة الأصل إلا أن الأول أولى؛ لأن عدم الانفصال لا يوجب الخروج على[٧] التبعية، فإنه يجوز أن يكون التبع غير مفارقٍ عن متبوعه في حكمه، وعدم المفارقة أولى بالاتباع، فيجوز أن يُستدل بهذا على تحقق التبعية، فالاعتماد على الأول. وبعض أصحابنا قال: وإن كان تبعًا لكن الطلاق لمَّا بُني على الغلبة (والسَّرَاية)[٨] وسرعة الوقوع يجوز إضافته إلى التبع، وجعله[٩] بمنزلة الأصل، وهذا أيضًا

(١) في (ز): متعينة.
(٢) في (ز): في.
(٣) في (ز): الأرضى.
(٤) في (ز): لم يكن.
(٥) في (ز): محضًا لها.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): عن.
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): ويجعل.

ضعيف؛ لأنهم يقولون: وإن بُني الطلاق على الغلبة لكن بعد أن يُصادف محله فبيِّنوا المحل أولًا، وأيضًا هو أن الطلاق وإن بنى على الغلبة فالمتبوع بُني على الغلبة؛ لأنه يغلب على التبع فيعارضون تلك الغلبة التي ندّعيها بهذا [٢٣٩/أ] النوع من الغلبة فالوجه هو الجواب الأول، وقد تبين(١) وَوَضَحَ فلا ينبغي أن يُتَجاوزَ عنه إلى غيره.

وأما استدلالهم بالنكاح قلنا: يدخل عليه(٢) فصل الزمان المعيَّن(٣) فإنه إذا قال: «طلقتك شهرًا» يقع بخلاف ما إذا قال: «تزوّجتك شهورًا(٤)» (فإنه لا)(٥) ينعقد.

وقولهم: إن النكاح المؤقت كناية عن المتعة. كلام باطل؛ لأن زُفَر من أصحابهم قال: في هذه الصورة يصح النكاح، ويبطل شرط التوقيت(٦) ولو قضى قاضٍ من قضاة المسلمين على قول زُفَر فإنه يصح، ولو قضى بالمتعة بطل بالإجماع، ولأنه صرّح بالنكاح فكيف يكون هو متعة؟ ثم الجواب عن أصل النكاح وهو(٧) أن النكاح لم يُبنَ على الغلبة، وسرعة الوقوع فإذا أُضيف إلى بعض المحل لم ينعقد حتى يضاف إلى جميع محله، وأما الطلاق لما

---

(١) تبين جدا.
(٢) في (ز): على التعلق بالنكاح.
(٣) في (ز): المعين المؤقت.
(٤) في (ز): شهرا.
(٥) في (ز): لم.
(٦) الأسرار ـ كتاب النكاح ص٣٩٠ ـ ٣٩١، فتح القدير ٣/٢٤٩.
(٧) في (ز): هو.




بُني على الغلبة (والسَّرَاية) فإنه[1])[2] إذا أُضيف إلى بعض محله وَقَعَ وَجُعِلَ البعض بمنزلة الكل، ولهذا المعنى نقول: لو أضاف النكاح إلى جزء شائع لم ينعقد[3]، وكذلك إذا أضافه إلى الرأس والوجه بخلاف الطلاق، وأما المجادلة التي يقولها الأصحاب من مطالبتهم بإضمار (الطلاق من الجملة)[4]، أو إثباته على طريق الاقتضاء فمطالبة حسنة جدًا، ومجادلتهم[5] قوية وعذرهم ضعيف؛ لأن الشيء قد يقتضي سببه مثل قول القائل[6]: «اعتق عبدك عني على ألف»، ثبت الملك على طريق الإدراج في اللفظ ليصح التماس العتق، فكذلك[7] وجب أن يثبت في مسألتنا طلاق الجملة على طريق الاقتضاء والإضمار ليصح طلاق اليد، وكما أن الجملة أصل واليد تبع كذلك الملك أصل في السببية والتصرف الثابت به تبع، فهذا يقال في المسألة على طريق الجدال، والفقه ما سبق. والله أعلم.



---

(١) في (ز): وسرعة الوقوع.
(٢) في (ز): فإذا.
(٣) في (ز): لم ينعقد النكاح.
(٤) في (ز): طلاق الجملة.
(٥) في (ز): ومجادلة.
(٦) في (ز): الإنسان الغيره.
(٧) في (ز): كذلك.

※ (مَسْأَلَة):

طلاق الْمُكْرَه غير واقع عندنا[١]، وعندهم: واقع[٢]، وكذلك (الخلاف في العتاق)[٣][٤].

❖ لنا:

أن النكاح[٥] حق الزوج فلا يسقط إلا برضاه. دليله: سائر الحقوق، وهذا لأن حقوق الناس محترمة باحترام الشرع محفوظة بحفظه، وحق حفظها واحترامها أن لا تسقط إلا برضا صاحبها[٦]. يدل عليه: أن أمواله معصومة بعصمته فكذلك حقوقه وجب أن تكون معصومة بعصمته، وفي إسقاط النكاح بغير رضا الزوج حكم بضياع حقه من[٧] النكاح، فإنه لا ضَياع أكثر من تسليط الغير على حقوق الغير، وإذا قلنا: إن طلاق المكرَه يقع في هذه الصورة، فلابد أن يتضمن نوع تسليط[٨] وهذا التسليط[٩] يأباه الشرع، ألا ترى أن البيعَ الصادرَ عن المكرَه وإجارتَه ورهنَه وسائرَ عقوده لا تقبل[١٠] مواجبها بنفسها

(١) النكت ورقة ٢٢٠/ب، كشف الأسرار: ٣٧٥/٣، التهذيب ٧٥/٦.
(٢) الأسرار ـ كتاب النكاح ص٣٨٩.
(٣) في (ز): عتاقه عندهم.
(٤) التهذيب ٧٥/٦، الأسرار ـ كتاب النكاح ص٣٨٩.
(٥) في (ز): الطلاق.
(٦) في (ز): أصحابها.
(٧) في (ز): في.
(٨) في (ز): تسلط.
(٩) في (ز): التسلط.
(١٠) في (ز): تفيد.

لعدم الرضا به[١] في هذه العقود، كذلك في الطلاق والعتاق لم يقع من المكرَه لعدم الرضا من المطلِّق، والمعتِق.

وأما سائر أصحابنا تعلقوا[٢] في هذه المسألة بفَصل عدم القصد قالوا: إن المكرَه غير قاصد إلى الطلاق بالطلاق[٣] وإنما هو قاصد إلى دفع شر المكرِه عن نفسه، والطلاق كلام له معنى وإنما وَقَعَ بمعناه لا بصورته، وقد صار معناه في هذا الموضع دفع الشر.

والحرف: أن قوله: «أنتِ طالق» في هذه الصورة كلام لمعنى دفع الشر، لا بمعنى إسقاط ملك النكاح، فتحقق بالمعنى الأول، لا بالمعنى الثاني، فصار في معنى إسقاط ملك النكاح بمنزلة حكاية لفظ الطلاق من حاكي أو لفظ طلاق من مفتًى (دون الإيقاع)[٤]، وبمثل هذا لا يقع الطلاق، كذلك في مسألتنا، والدليل على أن القصد إلى الطلاق شرط لوقوع الطلاق، إنا أجمعنا على (أهلية القصد)[٥] شرط حتى لا يقع طلاق الصبي والمجنون لفقد أهلية القصد.

ويدل عليه: أن الطلاق التزام حكم من أحكام الشرع، والقصد ركن في التزام الأحكام؛ لأنه لا يتصور التزام من غير قصدٍ وهذا دليل معتمد، ويشهد له سائر أصول الشريعة، وعندي أن الطريق[٦] الأُولى أجرى في النظر وأقطع

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): فإنهم تعلقوا.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): الأهلية للقصد.
(٦) في (ز): الطريقة.

للشغب، وقد استدل الأصحاب بفصل الإقرار بالطلاق فإنه[1] لو أُكره عليه لم يثبت، وبفصل الردة فإنه لو أُكره عليها لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته، وسنُبين وجه تخريجهم الفصلين على طريقتهم.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: طلاق صَدَرَ عن أهله مضافًا[2] إلى محله فوجب أن يقع.

دليله: إذا كان هازلًا أو طائعًا، ودليل (أن الأهلية موجودة، وصار أهل الطلاق)[3] بعقله وبلوغه، وهما قائمان بعد الإكراه؛ ولأن المكرَه مكلَّف فيما أُكره عليه بدليل ثبوت[4] أحكام الشرع في حقه حتى إذا أُكره على إتلاف المال[5] يُباح إتلافه وإذا أُكره على أكل الميتة يجب أكله[6]، وإذا أُكره على القتل يحرم القتل، وإذا أُكرَه على الكفر [٢٣٩/ب] يُرَخَّص في إجراء كلمة الكفر على لسانه بشرط أن يكون قلبه مطمئنًا بالإيمان، وإن لم يُجر كلمة الكفر وَصَبَرَ حتى قُتل فهو أولى، وإذا ثَبَتَ أنه مكلف فيما أُكره عليه تثبت الأهلية؛ لأن المكلف أهل الطلاق[7] بلا إشكال، وأما المحلية فلأنها في نكاحه، وإذا كانت في نكاحه كانت محل طلاقه[8]، فإذا ثبت أنه أهل للطلاق

(١) في (ز): وانه.
(٢) في (ز): مضاف.
(٣) في (ز): الأهلية أنه صار أهلًا للطلاق.
(٤) في (ز): بلوغ.
(٥) في (ز): مال الغير.
(٦) في (ز): أكلها.
(٧) في (ز): للطلاق.
(٨) في (ز): الطلاق.

والمرأة[١] محل الطلاق والتصرف (إذا صَدَرَ عن)[٢] أهله وَوَضَعَه في محله فلابد من ثبوته وحصوله بدليل سائر التصرفات، وبدليل الأفعال الحسية فإنه متى وُجد من أهله في محله تحقق مثل الكسر في محل الكسر، والضرب في محل الضرب، والوضع كذلك[٣]، وأمثال هذا تكثر جدًا، وهذا لأن تأثير الإكراه في التصرفات ليس هو إلا أن يصير المكرَه آلة للمكرِه؛ لأن المكرَه فَعَّال حُمِل على الفعل فكان آلة للحامل مثل الرجل يحمل السيف القاطع (ويستعمله)[٤][٥] في القطع، والنارَ المحرق[٦] (ويستعمله)[٧][٨] في الإحراق فيصير[٩] آلة للإحراق[١٠] كذلك في مسألتنا وتمام هذا في مسألة المكرَه على القتل[١١].

وإذا ثبت أن عمل الإكراه هذا فنقول[١٢]: إنما يصير المكرَهُ آلةً للمكرِه إذا تصوّر حسًا[١٣] أن يجعل منه آلة لنفسه في ذلك الشيء الذي أُكره عليه،

(١) في (ز): وأن المرأة.
(٢) في (ز): متى فعله.
(٣) في (ز): في محل الوضع.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): على.
(٦) في (ز): المحرقة.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): على.
(٩) في (ز): يصير.
(١٠) في (ز): للحامل.
(١١) ينظر: ٧٢/٤ من هذا الكتاب.
(١٢) ليست في (ز).
(١٣) في (ز): محسوسًا منه.

وهذا في القتل، وإتلاف المال[١]؛ لأن هذه التصرفات تصرفات فعل[٢]، وآلة الفعل اليد ويتصوّر أن يُتلف أو[٣] يقتل بيده، فأما الطلاق والعتاق فتصرف من حيث القول، ولا يتصور أن يكون آلة للمكرِه فيه؛ لأن (القول هو التكلم باللسان)[٤] والتكلم بلسان الغير محال إلا أنه إذا أكرهه على عتق عبده يرجع بقيمة العبد عليه؛ لأن الإعتاق يتضمّن شيئين: إسقاط الرق وذلك بالقول، وإتلاف المالية وذلك يكون بالفعل، ألا ترى أنه يقتل عبدَ غيره فيتلف المالية فيه ولا يوجد منه إسقاط الرق، وإذا تضمّن الإعتاق شيئين ينفصل أحدهما عن الآخر فيجعل فعله بمنزلة فعلين فيصير في إتلاف المالية آلة للمكرِه فيرجع بقيمته إليه، وفي إتلاف الرق يقتصر فعله عليه؛ لأنه لا يتصوّر أن يكون فيه آلة للمكرِه، وقد ذكرنا مثل هذا في مسألة المكرَه على القتل[٥].

قالوا: وأما قولكم: إن الرضا ما وُجِدَ[٦] من المكرَه، بلى، لم يوجد[٧] ولكن الرضا ليس بشرط في وقوع العتق والطلاق، بدليل الهازل يقع طلاقه وعتاقه والرضا مفقود فيه[٨] في الصورتين وكذلك لو شرط الخيار فيهما لا يصح، وشرط الخيار استثناء الرضا[٩] نصًّا، والإكراه يفقد الرضا استدلالًا

(١) في (ز): المال متصور.
(٢) في (ز): أفعال.
(٣) في (ز): بأن.
(٤) في (ز): آية القول هو اللسان.
(٥) ينظر: ٤/٧٢ من هذا الكتاب.
(٦) في (ز): لم يوجد.
(٧) ليست في (ز).
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): للرضا.

فإذا كان الخيار الذي يفقد الرضا نصًّا لا[1] يعمل فالإكراه الذي يفقده من حيث الاستدلال (لأن لا يعمل)[2] أولى، (وهذا)[3] لأن الفعل من الراضي والساخط على وجهٍ واحدٍ بدليل الأفعال الحسية، فإن الإنسان إذا فعلها صحت منه ساخطًا كان أو راضيًا. وحرفهم في هذا: أن صحة الفعل لا تستدعى إلا صدره من أهله في محله، فمتى وجد هذا فلابد من حصول الفعل وصحته، (وأما)[4] الرضا شرط[5] زائد في البياعات بنص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[6] وليس الطلاق والعتق في معنى البيع حتى يلحقانه[7]؛ لأن العتق والطلاق على سرعة الحصول بخلاف البيع.

قالوا: وأما قولكم: إن القصد لا يوجد من المكرَه.

قالوا: القصد غير معتبر عندنا في وقوع الطلاق حتى لو سبق على لسانه[8] كلمة الطلاق من غير قصدٍ وقع الطلاق، وأيضًا فإن الهازل ليس بقاصدٍ إلى الطلاق من هذه الكلمة بل هو قاصد إلى[9] العبث ومع ذلك يقع طلاقه، وهذا لأن القصد أمر في الباطن لا يمكن الوقوف عليه فلم يجز إدارة

---

(١) في (ز): لم.
(٢) ما بين القوسين ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): فشرط.
(٦) سورة النساء، آية: ٢٩.
(٧) في (ز): يلحقا به.
(٨) في (ز): لسان الإنسان.
(٩) ليست في (ز).

الحكم عليه، وأُديرَ الحكم على أهليّة القصد وخرج عليه الصبي، والمجنون، والنائم.

قالوا: وإن سَلّم مسلّم إن القصد معتبر فقد وُجد في مسألتنا لأن الإكراه ليس بمعنى (ينافي القصد)[1]، إنما المنافي للقصد هو السهو، وأما المنافي للإكراه هو الطَّوع أو[2] الرضا، وإذا كان لا ينافيه فبأيّ طريق ينتفي القصد، وقد أقدم على الطلاق عن عقلٍ وتمييزٍ وعلمٍ بمعناه؟ ومَن كان إقدامه على الشيء بهذا السبيل فلابد أن يكون قاصداً.

يبينه: أنه عَرَفَ القتلَ وما فيه والطلاقَ وما فيه فاختار أهون الشَّرينِ[3] على أعظمها[4]، فنقطع أنه قاصد إليه لدفع[5] القتل عن نفسه، ولأنه[6] حُمل عليه وقد فَعَلَ ما حُمل عليه فمن أين يقول القائل أنه لم يقصده[7]؟.

وقوله[8]: لأنه قَصَدَ دَفَعَ الشر، بلى، ولكن قصد دفع الشر بقصده[9] الطلاق، وهذا لأن إرادته [٢٤٠/أ] شيئًا آخر بالطلاق، لا يسلب قصده إلى الطلاق كَمَنْ طلّق إحدى الأختين فتزوّج بالأخرى أو إحدى الأربع ليتزوج بالخامسة.

(١) في (ز): منافٍ للقصد.
(٢) في (ز): و.
(٣) في (ز): الشئين.
(٤) في (ز): أعظمهما.
(٥) في (ز): ليدفع.
(٦) في (ز): وإنما.
(٧) في (ز): يقصد.
(٨) في (ز): وقولكم.
(٩) في (ز): بقصد.

قالوا: وأمّا إذا أُكره على الإقرار بالطلاق فإنما لم يصح؛ لأنه خبر انعدم فيه المخبرَ به بدليله، فإنه خبر يحتمل الصدق والكذب[1]، وإنما يترجح أحدهما على الثاني بدليل مرجّح والطَّوع دليل رجحان جهة الصدق، والإكراه دليل رجحان جهة الكذب؛ لأن الدين والعقل يحملان على الصدق ويزجران عن الكذب (إذا لم يوجد غرض)[2]، فأما إذا وجد غرضُ دفع القتل (عن نفسه)[3]، ترجّح الداعي إلى الكذب على الداعي إلى الصدق، فأمّا في مسألتنا هذا إنشاء محض فلا يستدعى إلا ما قلنا من قبل.

قالوا: وأما الإكراه على الردة إنما[4] منع وجود الردة بالشرع، ولولا الشرع لحكمنا بالردة، وأيضًا فإن الردة تدور على الاعتقاد وهو غير معتقدٍ للكفر (في حال الردة، وليس كما لو هَزَلَ بكلمة الكفر)[5]؛ لأنا إنما كفرناه للتهاون بالدين، فإن الشرع أوجب تعظيم الدين ومن تعظيم الدين أنه لا يتكلم بكلمة الكفر لا جادًا ولا هازلًا.

وأما في مسألتنا فالطلاق يدور على لفظٍ مخصوصٍ من أهله في محله على ما سبق، (وإن)[6] كان معتقدًا له أو غير معتقد.

قالوا: وأمّا إذا أُكره على الإسلام فإنما صححنا منه الإسلام بالشرع؛

(١) في (ز): ويحتمل الكذب.
(٢) في (ز): إلّا لغرضٍ.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فإنما.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) ليست في (ز).

لأن الشرع لما (وَرَدَنا يحمل)[١] على الإسلام بالسيف بقوله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَ﴾[٢] فكيف يتصور أنه إذا حُمل (على الإسلام بالسيف لا)[٣] يصير مسلمًا؟.

قالوا: وأما إذا أكره على البيع ينعقد إلا أنه يكون فاسدًا لفقد الرضا، (وقد سُلمت أنها شرط في البيع)[٤]، ويصير حكمه حكم البياعات الفاسدة ويوجب الملك عند التسليم بخلاف مسألتنا على ما سبق.

۞ الجواب:

أما قولهم: إنه طلاق من أهله (في محله)[٥].

قلنا: نسلم[٦] هذا، ولكن لِمَ قلتم: إن هذا كافٍ، ويمكن أن ينقض هذا بالنائم[٧] والصبي، فإنهما أهل للطلاق[٨]، بدليل أن مَنْ وكّل إنسانًا بطلاق امرأته ثم نَامَ وطلّق الوكيل صح، وفي الصبي لو كان مجبوبًا يفرق القاضي بينه وبين زوجته[٩]، ويكون طلاقًا عندهم، ثم المعتمد من الجواب أن ما ادّعيتم[١٠]

---

(١) في (ز): وردب الحمل.
(٢) سورة الفتح، آية: ١٦.
(٣) في (ز): عليه بالسيف أن لا.
(٤) في (ز): وقد بينا أن الرضا شرط في البيع ففسد بفوات الشرط.
(٥) في (ز): وجد مضافًا إلى محله.
(٦) في (ز): لا نسلم، وهو خطأ.
(٧) في (ز): أو.
(٨) في (ز): الطلاق.
(٩) في (ز): امرأته.
(١٠) في (ز): ادعيتموه.




وإن وجد ولكن فُقد شرط التصرف وذلك الرضا على ما ذكرنا.

وقولهم: إن الرضا ليس بشرط.

قلنا[١]: قد دللنا أنه شرط وهذا لأن الشرعَ ناظرٌ للعباد في أملاكهم، وحقوقهم، (وليس من النظر أن لا يعتبر)[٢] رضا العبد في سقوط حقه، ومتى أسقطنا الرضا تركنا النظر للعباد، ألا ترى أن الرضا صار شرطًا في البيع نظرًا للعباد في حقوقهم.

وقولهم: إن الرضا شرط زائد في البيع ثبت بالنص.

قلنا: هو ثابت بالنص، (فكذلك هاهنا وجب أن يثبت أيضًا قياسًا عليه للمعنى الذي سبق تقريره)[٣].

وقولهم: إن الطلاق ليس في معنى البيع.

قلنا: الداعي إلى النظر هو حرمة هذه الحقوق شرعًا، وهذه الحرمة ثابتة للجميع على وجه واحد. وأما تعلقهم بفصل الهازل.

قلنا: وجد هناك الرضا باللفظ الموضوع للطلاق شرعًا حيث أقدم عليه طائعًا فصار الرضا بالطلاق، رضًا بمعناه الذي (وُضع له معهودًا ومشروعًا)[٤] ولم ينظر إلى دعوى الهزل (بهذا اللفظ؛ لأنه أقدم عليه طائعًا)[٥] منه وهكذا

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): ومن النظر أن يعتبر.

(٣) في (ز): وجارٍ على وفق قواعد الشرع.

(٤) في (ز): هو له معهودِ أو مشروع.

(٥) ليست في (ز).




نقول في جميع العقود أنها صحيحة من الهازل لهذا المعنى الذي قلناه، وأما في مسألتنا فلم يوجد الرضا بهذا اللفظ؛ لأنه أقدم عليه على سُخطٍ وكراهيةٍ وعلى خوف من السيف.

يبينه: أنا اعتبرنا الرضا نظرًا للعباد، وفي مسألة الهازل قد تَمّ النظر حيث فوّضه إلى اختياره، فإذا أقدم عليه عن اختيارٍ فهو الذي تَرَكَ النظرَ لنفسه، فلا يجب على الشرع أن ينظر له، وأما[1] في مسألتنا فالمكرَه يستحق النظر ومن النظر[2] أن لا يلزمه الطلاق إلا برضاه.

وأما مسألة الخيار قلنا[3]: القياس[4] الكلي أن لا يصح شرط الخيار في عقدٍ مَّا؛ لأن الإقدام على العقد سبب تمام[5] في حقوق الرضا فلا يصح استثناء الرضا مع وجود[6] الرضا، إلا أنه جُوّز شرط الخيار في البيع بالنص (غير معقول المعنى)[7]؛ لأنه عقد مغابنةٍ فبقي ما سواه على أصل القياس.

وأما قولهم: إن عمل الإكراه في جعل المكرَه آلة للمُكرِه، كلام باطل، ولا يتصوّر أن يكون العاقل المختار آلة لرجل[8] في فعله، وعلى أنا قد بيّنا أن الإكراه عمله في سلب الرضا وهو شرط (إيقاع الطلاق)[9]، وأما اعتراضهم

(١) في (ز): فأما.
(٢) في (ز): النظر له.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فالقياس الأصلي.
(٥) في (ز): تام.
(٦) في (ز): وجود سبب.
(٧) في (ز): لدفع الغبن.
(٨) في (ز): لأحدٍ.
(٩) ليست في (ز).

على فصل القصد فالاعتماد وإن كان على فصل الرضا، فيمكن تمشية هذه الطريقة أيضًا [٢٤٠/ب] ووجهُ شرط أصل القصد ذلك الحرف الذي بيّنا وهو التزام الحكم، والالتزام لا يتصوّر من غير قصدٍ.

وقولهم: إن القصد أمر باطن.

قلنا: ولكن يوصل إلى وجوده بدليل ظاهر وكذلك يُعرف فقده بدليل ظاهر من الطَّوع والإكراه، وأما كلامهم[(١)] في أن القصد موجود فقد قرّرنا كلامنا[(٢)] في هذا الفصل على وجهٍ تندفع به تلك الكلمات والحرف في هذا (الفصل هو أن)[(٣)] المطلوب من[(٤)] قوله: «أنتِ طالق» في هذه الصورة، ليس إلا دفع الشر عن نفسه وهو في الحقيقة دافع للشر، وليس بمطلِّقٍ، وصار معنى اللفظ في هذه الصورة، هذا دون إسقاط النكاح، وأما مسألة[(٥)] الأخت والخامسة فقد قصد الطلاق للمعنى الذي وُضِع[(٦)]؛ لأنه لا يصل[(٧)] إلى الأخت الثانية والخامسة إلا باستعماله في المعنى الذي وُضع له.

وأما في مسألتنا يصل إلى دفع الشر بصورة الكلمة عن غير أن تحقق منه القصد إلى المعنى، ونزل منزلة الحاكي، هذا نهاية الكلام في هذا الفصل.

وأما فصل الهازل (فوجه تخريجه)[(٨)] على هذه الطريقة: أن القصد إلى

(١) في (ز): كلماتهم.
(٢) في (ز): كلماتهم.
(٣) في (ز): هو أن المعنى.
(٤) في (ز): في.
(٥) في (ز): في مسألة.
(٦) في (ز): وضع له.
(٧) في (ز): يتوصل.
(٨) في (ز): نخرجه.

اللفظ قد وُجد، وهذا اللفظ له معنى في الشرع، وإنما ينصرف عن هذا المعنى إلى معنى آخر، إذا كان ذلك المعنى معتبرًا والعبث والهزل غير معتبر فلم ينصرف عن المعنى الموضوع له شرعًا وحقق منه قصد ذاك المعنى، وإن لم يقصد.

وأما في مسألتنا وقد[1] قَصَدَ باللفظ معنىً معتبرًا في الشرع وهو دفع شر المكرِه عن نفسه، فانصرف عن المعنى الموضوع إلى هذا المعنى، فصار هو المراد، والمقصود وفات وقوع الطلاق بهذا اللفظ[2] وباقي ما تعلّق به الأصحاب فليس عليه اعتماد فتركناه. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

المبتوتة في مرض الموت لا ترث عندنا بحال[3].

وعندهم: إذا مات الزوج وهي في العدة ترث[4]، وصورة المسألة فيما لو طلّقها ثلاثًا[5].

لنا:

أن الطلاق الثلاث مسقط للإرث بدليل ما لو كان الطلاق في حالة

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): الطريق.

(٣) الأم: ٥/٢٥٤، النكت: ورقة ٢٢٣/أ، المهذب: ٤/٨١، التهذيب: ٦/١٠٢، الروضة: ٨/٧٢، السنن الكبرى للبيهقي: ٧/٣٦٢.

(٤) المبسوط: ٦/١٥٤، فتح القدير: ٤/١٤٥، ١٤٦، رؤوس المسائل: ص٤١٨.

(٥) رؤوس المسائل: ص ٤١٩.




الصحة فإنه يُسقط إرثها بالاتفاق فلو لم يسقط الإرث في مسألتنا (لم يسقط بمانع)[1] شرعي في السبب، وهذا لأن السبب العامل إنما يمتنع عمله لمانع يتصل به كسائر الأسباب، إنما يمتنع عملها لمانع يتصل بها شرعًا، وإذا كان السبب مطلقًا في الشرع لابد (وأن يعمل)[2] عمله وبالمرض لم يحدث مانع في السبب؛ لأن المريض يباح له أن يطلّق كما يباح له إذا كان صحيحًا، وحكم الطلاق في حال المرض مثل حكمه[3] في حال الصحة على المذهبين جميعًا، وإذا لم يحدث بالمرض (مانع في السبب فيعمل)[4] عمله على ما كان من قبل وصار الطلاق الثلاث في الزمانين على وجهٍ واحدٍ شرعًا وعملًا.

وقد تعلق الأصحاب في هذه المسألة بزوال النكاح جملة[5] في مرض الموت، واستدلوا عليه (بدلائل معهودة)[6]، وقد ذكرناها[7] في مسألة نكاح الأخت في عدة الأخت وهو كلام حسن، إلا أن الذي يختص بهذه المسألة هو الكلام الذي بيّناه.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بإجماع الصحابة وبأثر عبد الرحمن بن عوف وتوريث عثمان

---

(١) في (ز): لكان لا تسقط إلا لمانع.
(٢) في (ز): أن يكون عاملًا.
(٣) في (ز): حكم الطلاق.
(٤) في (ز): منع في السبب بقي السبب في...
(٥) في (ز): جملة بالإطلاق.
(٦) في (ز): بالدلائل المعهودة.
(٧) في (ز): ذكرناه.

امرأته، وهو مشهور معروف[١].

وأما الكلام من جهة المعنى قالوا: النكاح قائم في حق الإرث كما[٢] قبل الطلاق (فوجب أن ترث)[٣]، ودليل قيام النكاح في حق الإرث هو: أن الشرع أوجب تعليق[٤] حق الوارث بمال المريض في (موت المرض)[٥] ولهذا مُنع من التبرع بما زاد على الثلث، فإنما[٦] منع لحق الورثة بدليل أنهم لو أجازوا جاز؛ لأن حق الورثة يتعلق بالتركة بعد الموت، والمرض سبب الموت فليستند هذا الحق إلى سببه على ما عُرف في المسائل، وإذا عُرف هذا الأصل فالمرأة وارثة والمرض مرض الموت؛ لأنه تبين (عند اتصال)[٧] الموت به، وقد[٨] تعلق حقها بماله وسبب هذا الحق هو النكاح فيتعلق حقها بالنكاح كما يتعلق بالمال الذي هو المحل، وهذا لأن السبب موصل إلى الحق فما يوصلها إلى حقها يتعلق به حقها[٩]، ولهذا قلنا: لو ادعى عبدًا في يد إنسان أنه عبده اشتراه من إنسان وهو غائب، وأقام البينة على شرائه منه صح، وصار سبب حقه حقًا له حتى أطلق الشرع له إثباته، كما أطلق إثبات أصل الحق؛ لأنه لا يتصوّر إقامة البينة إلا على ما هو حقه، والدليل عليه

(١) ينظر: المبسوط: ٦/١٥٥، فتح القدير: ٤/١٤٥، ١٤٦.
(٢) في (ز): فصار كما.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): تعلق.
(٥) في (ز): مرض الموت.
(٦) في (ز): وإنما.
(٧) في (ز): باتصال.
(٨) في (ز): فقد.
(٩) في (ز): تبعًا لحقها.

أيضًا أن التبرع في المال إنما منع المريض عنه[1] بهذا الطريق، إلا أن المحل[2] حقه من حيث المحلية، والنكاح حقه [٢٤١/أ] من حيث السببيّة، فإذا مُنع من أحدهما مُنع عن الآخر، وتبين بهذا الكلام أنه اتصل مانع[3] بالطلاق لحق المرأة إلا أن رد الطلاق من أصله لا يمكن ويمكن منع عمله في بعض الأحكام بحسب قيام الدليل، وقد بيّنا في مسألة نكاح الأخت أنه يجوز أن يرتفع النكاح من وجهٍ دون وجهٍ، وعندكم في الطلاق الرجعي قد ارتفع في حل الوطء، وبقي في سائر الوجوه وبعد الموت بقي النكاح في حق الغسل، وارتفع من سائر الوجوه، كذلك هاهنا قلنا: يرتفع النكاح في سائر الوجوه، ويبقى في حق الإرث، وقد أمكن هذا فعملنا به.

قالوا: وقد ظهر بهذا الاعتراض على كلامكم الأول والثاني، (وقد قالوا)[4]: ليس يلزم على ما قلنا بعد[5] انقضاء العدة؛ لأن هناك لم يمكن الحكم ببقاء النكاح بوجهٍ مَّا، لأنها حلَّت للأزواج، وإذا حلّت للأزواج فلو بقي النكاح من وجه صارت منكوحة لزوجين، وهذا لا يجوز، وأيضًا فإنه لما أطلق الشرع لها النكاح مع غيره ونكاحها مع غيره مُوجب لهذا الحق، وهو الإرث فلم يكن الطلاق الثلاث في المعنى إسقاطًا للنكاح[6]، بل كان نقلًا للحق من سببٍ إلى سببٍ، وفي مسألتنا تمحض إسقاطًا فافترقا لهذا المعنى.

(١) في (ز): منه.
(٢) في (ز): المال.
(٣) في (ز): منع.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): ما بعد.
(٦) في (ز): للحق.

قالوا: وأما إذا طلّقها بسؤالها فإنما لم ترث؛ لأن المنع إنما يتصل بالطلاق لحقها، وقد رضيت بإسقاطها، ألا ترى أن الورثة لو أجازوا التبرع بعد الموت صح؛ لأن المنع كان لحقهم وقد رضوا بسقوط حقهم.

قالوا: وليس كما لو (قالت المرأة، أو)[1] قال بعض الورثة: «أسقطتُ حقي عن[2] الإرث» حيث لا يسقط؛ لأن الإسقاط إنما يصح إذا اتصل بسببٍ مشروع للإسقاط فإما إذا كان بسببٍ غير مشروعٍ فيلغو.

قالوا: وليس يلزم إذا قَذَفَ زوجته ولَاعَنَ في المرض (حيث لا ترث)[3]؛ لأن النسب في هذه المسألة إنما يظهر بطريق التَّبيّن؛ لأنه تبيَّن باللعان أنه لم يكن ثابتًا، وأما في مسألتنا فالطلاق إسقاط محض للسبب، ومتى تعلق حق المرأة بالسبب لم يصح الإسقاط في حقها على ما سبق.

۞ الجواب:

أما تعلقهم بإجماع الصحابة فالأَولَى المعارضة بقول عبد الرحمن بن عوف وفعلِه، أما فعلُه: طلاقه[4].

وأما قوله: فلأنه قال: «ما طلقتُها فرارًا من كتاب الله»[5]، وروى أنه قال لها: «والله لا أُورثكِ»[6]، ثم طلقها، دل أنه اعتقد أنها لا ترث، وعن ابن

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): من.
(٣) في (ز): ونفي القاضي نسب الولد وقطعه حيث لا يرث الولد منه...
(٤) في (ز): فطلاقه.
(٥) لم أجدها في مظانها.
(٦) لم أجدها في مظانها.

الزبير أنه قال: «لو كنتُ أنا ما ورّثتها»[١]، وأما المعنى الذي قالوه فاعلم أنا لا نسلم أن حق الورثة يتعلق بماله في مرض الموت، وهذا لأن الإرث حق الورثة والإرث لا يسبق الموت، فكذلك حق الإرث لا يجوز أن يسبق الموت، وأما المنع من التبرعات لم يكن لحق الورثة، وإنما كان بنص الشرع، وقد نص على السبب، وهو قوله ﷺ: **(أن تدع ورثَتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون وجوه الناس)**[٢].

فإن قالوا: الخبر[٣] في الوصية، ونحن نلزمكم فيما[٤] إذا وَهَبَ في مرض الموت.

قلنا: إذا جوّزنا هبته في المرض بقيت ورثته عالة فيوجد من المعنى ما يوجد إذا أوصى.

فإن قالوا: فامنعوا في مسألتنا لهذا المعنى[٥].

قلنا: إنما نمنع في حق الورثة وهم الذين يبقى أسباب إرثهم عند الموت، فأما مَنْ يرتفع[٦] سبب إرثه ويكون[٧] بمنزلة سائر الأجانب الأباعد فلا يكون من الورثة.

---

(١) رواه البيهقي في سننه: ٣٦٢/٧، وقال: هذا إسناد متصل.

(٢) رواه البخاري في صحيحه: ٣٦٣/٥ مع الفتح، كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس.

(٣) في (ز): الخبر ورد.

(٤) في (ز): ما.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): ينقطع.

(٧) في (ز): يصير.

وقولهم: إنا نجعل السبب[١] قائمًا في حق الإرث.

قلنا: وَلِمَ وقد وُجد القاطع.

فإن قالوا: يتعلق حقها بماله.

قلنا: وَلِم يتعلق قد سقط سبب إرثها عند الموت.

فإن قالوا: لا يسقط في حق الإرث.

قلنا: ولِم لا يسقط وقد وُجد القاطع فيعود إلى ما سبق ويدور الكلام عليهم (دون علينا)[٢]، ويظهر التناقض منهم؛ لأنهم جعلوا تعلق الحق بالمال سبب المنع من إسقاط الحق، وجعلوا المنع من إسقاط الحق سببًا لتعلق الحق، والشيء الواحد لا يجوز أن يكون علة ومعلولًا ومانعًا وممنوعًا، وإن سلَّمنا إن حق الورثة يتعلق بماله في مرض الموت، وحقها تعلّق أيضًا، ولكن الزوج في مسألتنا لم يتصرف في حقها، وإنما يتصرف في حق نفسه من النكاح، هذا إن قلنا: إنه حقه على الخلوص، وإن قلنا: إنه مشترك بين الزوجين فالشرع جعل إليه الإسقاط أيضًا، وإذا[٣] أسقط حقه أو أَسْقَطَ ما جعل الشرع[٤] له إسقاطه فلم[٥] يُمَسّ تصرفُه حقَّها، وإنما سقط حقها حكمًا لا بإسقاطه، فلا يُحال عليه، ولم يجز أن يتصل به منعٌ بوجهٍ مَّا، وإذا لم يتصل به منع صار الطلاق في المرض مثل الطلاق في حال[٦] الصحة.

---

(١) في (ز): النسب.
(٢) في (ز): دورانًا.
(٣) في (ز): فإذا.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): لم.
(٦) في (ز): حالة.

قال أبو زيد[1] [٢٤١/ب] معترضًا على قول مَنْ قال: إن حق الإرث تعلق بالنكاح، فلا يصح القطع في حق الإرث، قال: الخلاف فيما إذا طلّقها في مرض الموت، أو ارتدت المرأة وهي مريضة، ثم ماتت في المرض خلاف واحد، قال: في الصورة الثانية يرثها الزوج عندنا[2]، (وعند الشافعي: لا يرث)[3]، قال: وانقطاع النكاح بالردة لا يمتنع لحق الغير، ألا ترى أن بالردة ينقطع النكاح، والنكاح حق الرجل والمرأة لا تملك أن تُسقط قصدًا فإذا قدرت على إبطال النكاح مع قوته وهو حق الزوج فلأن تقدر على إسقاط حق الإرث وهو حق ضعيف أولى، وكذلك إذا دعت ابن زوجها إلى نفسها حتى وَاقَعَها وهي مريضة ورثها الزوج عندكم استحسانًا، (والجماع يوجب حرمة المصاهرة وينافي النكاح حكمًا لا يجتمعان بحال ولا تمتنع المنافاة لحق الغير؛ لأن النكاح نفسه هو حق الغير، وقد انتفى به)[4]، واعتراضه في غاية الحسن، وهذا إلزام على أصولهم، وما قلناه حقيقة الكلام، وأما الإلزام بما بعد انقضاء العدة فصحيح.

وقولهم: إنه لا يمكن الحكم ببقاء النكاح.

قلنا: ولِمَ قولوا[5]: إن النكاح قائم في حق الإرث، وفي حق الحِلّ للأزواج ليرث[6]، فإذا جاز هذا التقسيم بالتفصيل في سائر الأحكام فلِم لا

---

(١) الأسرار: ٢/١٩٤/أ فيض الله.
(٢) في (ز): عندهم.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٥) في (ز): هلا قلتم.
(٦) في (ز): منقطع.




يجوز في هذا الحكم، وفصل الخلفية التي يقولونها وهو: أن النكاح الثاني خَلَفٌ عن الأول، هذيان، لا يقول (مثل ذلك)[1] فقيهٌ، وجوابه حكايته وصورته.



※ (مَسْأَلَة):

إذا طلّق الرجلُ امرأته طلقةً أو طلقتين فتركها حتى انقضت عدتها، ثم عادت (بعد أن تزوّج بزوج آخر)[2] تعود بما بقي من الطلاق عندنا[3].

وعندهم: تعود بالثلاث[4]، والمسألة مسألة الهدم، فعندنا الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث[5]، وعندهم: يهدم، ومعنى الهدم ما بيّنا.

لنا:

أن الزوج الثاني في هذه الصورة لم يجد محل العمل فوجب أن لا يكون له عمل ويصير النكاح بعد الزوج[6] الثاني مثل النكاح قبل الزوج الثاني، فتكون المرأة عنده بما بقي من الطلاق، وإنما قلنا: إنه لا[7] يجد محل العمل؛ لأن عمله إنهاء الحرمة بدليل نص الكتاب، وهو قوله تعالى:

---

(١) في (ز): مثله.
(٢) في (ز): إليه بعد زوج.
(٣) الأم ٥/٢٥٠، الروضة: ٨/٧١.
(٤) الأسرار: ٢/١٦٠/ب فيض الله، المبسوط: ٦/٩٥ ـ ٩٦، رؤوس المسائل: ص ٤٢٠.
(٥) التهذيب ٦/١٢٦، المهذب ٤/٣٨٤.
(٦) في (ز): وجود الزوج.
(٧) في (ز): لم.

﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا﴾[1] و«حتى» كلمة غاية مثل «إلى» كلمة غاية، ولا يتصور وجود غاية إلا بعد وجود ما جُعِلَ الشيء غاية له، وقد جُعِلَ الزوج الثاني غاية للحرمة، وفي مسألتنا لا حرمة فلا غاية فثبت أن محل العمل مفقود، نبين ما قلنا[2] ونوضحه: أن القياس لا يهتدي إلى هذا الحكم وهو انتهاء الحرمة بالزوج الثاني، وغاية ما يعقل من معناه مسيس الحاجة إلى التحليل؛ لأن حرمة المحل متى وُجدت فربما تمَسُّ الحاجة إلى كشف هذه الحرمة لرغبتها[3] إلى إعادة النكاح، وقد تتفق بينهما معانٍ تكون المصلحة في إعادة[4] النكاح فجعل الشرع الزوج الثاني كاشفًا لهذه الحرمة (منهى له لدفع الحاجة)[5] الماسّة والضرورة الواقعة، وهذه الحاجة توجد بعد الطلاق الثلاث، وأما قبل الطلاق الثلاث فلا تُوجد؛ لأن إباحة النكاح موجودة وإنما غاية ما في الباب (أنه يعود)[6] إليه بطلقة أو طلقتين، وبهذا لا تُوجد حاجة؛ لأن الطلاق إلى اختيار الزوج فهي وإن كانت عنده بواحدة فإذا لم يطلِّق بقيت عنده في نكاحه وابتنى عليه مقاصد النكاح، وأغراضه من غير خلل ولا نقصان، فنقول: ما شُرع بسبب الحاجة لم يشرَع عند عدم الحاجة، دليله: سائر المشروعات بأسباب الحاجات.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الزوج الثاني عمله في إثبات الحِلّ بدليل قوله ﷺ: **(لعن الله**

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.
(٢) في (ز): قلناه.
(٣) في (ز): لرغبتهما.
(٤) في (ز): عودهما إلى.
(٥) في (ز): بإنهائها دفعًا للحاجة.
(٦) في (ز): أنها تعود.

المحلل والمحلل له)[1] والخبر نص في أن عمله إثبات الحِلّ، وهو خبر ثابت، قالوا: وأما اللعن كان لشرط التحليل، وعندنا: يستحق اللعن إذا شَرَطَ؛ لأن النكاح معقود للسكن ولبقاء النسل في العالم إلا أنه يثبت الحِلّ تبعًا فإذا جعله مقصودًا استحق اللعن بالاعتراض على الشرع فيما يعقد النكاح لأجله، قالوا: وأما الآية فهي مذكورة بكلمة «حتى» ويجوز أن تستعمَل هذه الكلمة في موضع الإثبات مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّىٰ تَغْتَسِلُوا﴾[2] والاغتسال علة في إثبات الطهارة لا في إنهاء الجنابة، وأما فعل التحليل لا يحتمل إلا إثباته كما أن فعل التبيض والتسويد لا يحتمل إلا إثبات صفة البياض والسواد، وعلى أنا نجمع بين الخبر والآية فنقول: الزوج الثاني يثبت الحِلّ بإنهاء الحرمة، والشيء قد ينتهي بما لا عمل له في إثبات ضده. وقد ينتهي بالعامل في إثبات ضده.

قالوا: وهذا أولى مما قلتم؛ لأن النكاح يثبت حِلًّا يرتفع بمثبت الحرمة، وهو الطلاق[3] كذلك الطلاق يثبت حرمة يرتفع بمثبت الحِلّ، وهو الزوج الثاني، وأيضًا فإن السبب وهو الطلاق الثلاث مطلَقٌ فوجب أن يثبت حكمه [٢٤٢/أ] على الإطلاق من غير توقيتٍ ولا تحديدٍ (على وفق السبب كما يثبت حرمة الوطء وإزالة الملك على الإطلاق من غير توقيت، وتحديد)[4] ليكون

(١) رواه أبو داود في سننه رقم ٢٠٧٦، ٢٠٧٧ مع المعالم، والترمذي في سننه: ٥/٤٤ مع العارضة، وقال: حديث حسن صحيح عن ابن مسعود، وأحمد في مسنده: ١/٨٣، ٨٧، ٨٨، ٤٤٨.

(٢) سورة النساء، آية: ٤٣.

(٣) في (ز): الطلاق الثلاث.

(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).

العمل موافقًا للسبب، ثم حينئذ يجوز أن يوجد سبب يرفع الثابت؛ لأنه معنى شرعي يحتمل الارتفاع بشرع مثله، وإذا ثبت أن عمله في إثبات الحِلّ فقد وُجد محل العمل لأن الثابت حِلّ يرتفع بطلاقٍ أو طلاقين، والثابت بالزوج الثاني حِلّ لا يرتفع إلا بالطلاق الثلاث، والمثبت للشيء إذا وُجد وَوُجِدَ لإثبات ذلك الشيء فائدة يحكم بثبوته بدليل الظهار بعد الظهار، والإيلاء بعد الإيلاء، والفائدة في مسألتنا أن لا يرتفع النكاح أو الحِلّ إلا بالثلاث.

وقال بعضهم: قد ارتفع بالطلاق الواحد ثُلث الحِلّ (وبالطلاقين ثُلثان)[1]، وبالثلاث يرتفع كل الحِلّ، وبعضهم عبَّر عن هذا بالعقد، وقال: قد مَلَكَ الزوجُ عليها[2] ثلاث عقد، وبكل طلاق يُفسِد على نفسه عُقدَة وبالزوج الثاني ينفتح ما أنسد فوجد الزوج الثاني محل العمل، وهو فتح باب[3] منسد[4] (مثل ما يكون في الثلاث؛ لأنه وجد محل العمل، وهو فتح الأبواب)[5]، وكما[6] تفتح الأبواب الكثيرة يُفتَح (باب واحد)[7]، والأول أحسن وقالوا: على قولنا: أنه لا حاجة إلى الزوج الثاني أنه قد وُجد[8] نوع حاجة حتى لا يزول الحِلّ عن المحل بطلاق (واحد أو اثنين)[9]، وبمثل

---

(١) في (ز): وبالطلاق الثاني ثُلَثا الحل.
(٢) في (ز): على امرأته.
(٣) في (ز): أبواب.
(٤) في (ز): منسدة.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) في (ز): كما أنه.
(٧) في (ز): الباب الواحد.
(٨) في (ز): يوجد.
(٩) في (ز): يندر منه من واحدٍ أو اثنين.

هذه الحاجة تعدد الطلاق الثلاث في الابتداء فيجوز أن يُعتبر في الانتهاء، وعلى أنه إن لم يكن إليه حاجة فقد بيّنا وجود فائدة له، ووجود الفائدة بمنزلة وجود الحاجة.

قالوا[١]: وإذا ثبت هذا الحِلّ وهو الذي لا يترفع إلا بالثلاث زال ما كان ثابتًا ضرورة فلا يملك إلا ثلاث طلقات لهذا المعنى، وهذا لأن ملك خمس طلقات غير منقول[٢] (ولا معقول)[٣]؛ لأن الثلاث كافٍ في إثبات الحرمة في المحل، ولابد من إلغاء الزيادة.

قالوا: وأما إذا علّق الطلاق الثلاث في امرأته بالدخول ثم طلّقها واحدًا[٤] وثنتين وعادت إليه بعد زوج آخر إنما يثبت اليمين لأن محل اليمين هو الحِلّ، ولم يوجد ارتفاعه ألبتة؛ لأن الحِلّ الثاني يثبت وأن ارتفع الأول ضرورة فلم يوجد زمان يخلو عن الحِلّ فلا يبطل اليمين فوُجد[٥] الحِلّ الأول بمنزلة المستمر بخلاف ما لو علّق الطلاق الثلاث بالدخول وطلّقها[٦] ثلاثًا ثم عادت إليه بعد (الزوج الثاني)[٧]؛ لأن الذي تعلَّق به الطلاق الثلاث قد زال بالكلية فلم يبق لليمين محل تتعلق به، فلو بقيت لبقيت[٨] متعلقة بحل[٩]

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): متصور.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): أو.
(٥) في (ز): فوجود.
(٦) في (ز): طلق.
(٧) في (ز): زوج.
(٨) في (ز): بقيت.
(٩) في (ز): بمحل.

مستحدث ولا يجوز ذلك إلا بالنص عليه.

قالوا: وليس كوطء الزوج بنفسه في صورة الخلاف؛ لأن الشرع نص على زوج غيره، ووطئه في المعنى لا يكون كوطء غيره لدخول الغيظ عليه من وطء غيره، وعدم ذلك من وطء نفسه، والمغايظة معنى مخيل (في الجملة)[1] في الاعتبار؛ لأنه يُقْدِمُ حين يُقْدِمُ على محظورٍ أو على ما يكون الأولى تركه فإذا تتبعته نفسُه فتبين أنه أقدم على قطع النكاح من غير رويةٍ، وفكرٍ وَقَطَعَ هذا العقد من غير حاجة، فيجوز أن يكون الشرع شَرَعَ الزوجَ الثاني، ليكون رادعًا له عن الإقدام على الطلاق، إذا لم يأمن تتبُعَ نفسه إياها ولم يعرف أن حقيقة المصلحة في قطع النكاح، وكذلك قالوا في وطء السيد إنما لم يبح الزُوج الأول؛ لأن وطئه لا يكون في معنى وطء الزوج الثاني[2]، وهذا ظاهر؛ لأن[3] ملك اليمين غير مشروع للوطء بخلاف ملك النكاح (وذلك لأنه شرع للوطء والسكن والازدواج، ولهم طريقة أخرى في المسألة.

قالوا: وهي)[4] طريقة[5] القاضي الزوزني وهو أن الزوج الثاني مسقط (للحرمة الثانية، فيكون)[6] مسقطًا[7] فيما دون الثلاث عرضية الحرمة حتى لا يثبت بتمام الثلاث، (بل هذا أولى وأحرى، لأن ما يكون رافعًا للكامل

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فإن.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): وذكر.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): فيسقط.

يكون رافعًا للناقص، بل بطريق الأولى) وهذا كالحدث لما كان مسقطًا للطهارة، إذا وُجد بعد تمامها أبطل الطهارة[1] إذا وجد الحدث في أثنائها واعتمادهم على الأول.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إن عمل الزوج الثاني في إثبات الحِلّ قد بيّنا أن عمله في إنهاء الحرمة وهو حكم مأخوذ من نص الكتاب فلا يعدل عنه، وأما الخبر فهو دليل عليكم لأنه عليه السلام قال: **(لعن الله المحلل)**[2] يعني شارط التحليل، وإنما استحق اللعن بشرط التحليل؛ لأنه خلاف الشرع، ولو كان الأمر على ما قلتم[3] لكان هذا الشرط موافقًا للمشروع فلا ينبغي أن يستحق اللعن.

وقولهم: إنه[4] إذا شَرَطَ فيكون عقدًا لأجله.

قلنا: ليس في الشرط على ما زعمتم أكثر من النص على ما هو تبع وهذا لا يستحق اللعن كما لو اشترى [٢٤٢/ب] جارية حبلى ليملك حملها، أو اشترى دارًا ليستحق حقوقها وهذا جواب معتمد كافٍ، ثم يجوز أن يقال: إنه سماه ﷺ محللًا على طريق المجاز؛ لأنه ثبت عنده، والشيء قد يضاف إلى الشرط على طريق المجاز، ألا ترى أن الصلوات والعبادات مضافة إلى أوقاتها في الشرع، وأوقات العبادات محالّ، والمحالّ شروط، ثم نذكر الكلام على وجه يزيل الإشكال، ويظهر به الجواب عن معناه فنقول الزوج الثاني: لم

---

(١) في (ز): عرضية الطهارة.

(٢) سبق تخريجه ص ٢١.

(٣) في (ز): قالوه.

(٤) ليست في (ز).




يثبت الحِلّ في هذه الصورة، فإن تمسكوا بالنص فقد تكلمنا عليه وإن عَدَلُوا إلى المعنى فلا يتصوّر لهم إبراز معنى يؤثر في إثبات الحِلّ وخرج عليه[1] فصل النكاح؛ لأنه مؤثر في إثبات الحِلّ في موضع الحرمة وكذلك الطلاق مؤثر في موضع الحِلّ، وكذلك في تحريم الوطء وإزالة الملك فيجوز أن يقال: إن النكاح يُثبت حِلًا مطلقًا[2]، وكذلك الطلاق يزيل الملك ويحرم الوطء مطلقًا ثم يعترض سببًا آخر فيؤثر في إثبات ضده، وخلاف عمله إما إثبات الحِلّ بالزوج الثاني بعد ثبوت الحرمة المطلقة في المحل فلا إخالة له أصلًا.

فإن قالوا: يلزمكم كما يلزمنا في إظهار التأثير في إنهاء الحرمة. قلنا: لا يلزمنا؛ لأن الغايات لا يطلب لها التأثير كما لا يطلب لوجود رأس الشهر في الإجارة إخالة، وتأثير الانتهاء في عقد الإجارة، بل يقال كذلك يثبت فكذلك هاهنا لا يطلب تأثير الغاية، بل يقال: إن الحرمة كذلك تثبت. جواب آخر: إن سلمنا أن عمله في إثبات الحِلّ فنقول: إثبات الحِلّ إنما يكون في محل الحرمة، وليس في (هذه الصورة)[3] حرمة، (أو يقال)[4]: حِلّ ثابت وإثبات الحِلّ في محل الحِلّ مُحالٌ.

وقولهم: زال ثلث الحِلّ، فهوسٌ[5]؛ لأن الحِلّ لا يتبعض ولا يتجزأ ولا يكون له ثلث ولا ربع، وهذا لأن الحرمة حرمة المحل حتى لا يجوز

---

(١) في (ز): على هذا.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): هذا المحل.
(٤) في (ز): بل.
(٥) في (ز): هوس.

عقد نكاحٍ[1] في هذا المحل، وكيف يتصور ثبوت بعضه؟، نعم، للطلاق عملان: لأصله في إزالة الملك، أما في الحال أو في ثاني الحال ولاستيفائه في تحريم المحل والزوج الثاني يعمل في الحكم الثاني من تحريم المحل فيزيله ولا عَمَلَ له في الحكم الأول، والطلقة الواحدة والطلقتان تعمل في الحكم الأول، فحسب، ولا أثر له بنفسه في الحكم الثاني، وهذا لأن الثلاث علة واحدة بحكمٍ واحدٍ وبعض العلة لا تكون علة، وما لم توجد العلة لا يوجد الحكم ولا شيء من الحكم فظهر بهذا فقدان محل[2] عمل الزوج الثاني فيما دون الثلاث أصلًا ورأسًا[3]؛ لأنه لم توجد الحرمة التي رفعها[4] لا بعضُها ولا كلُّها.

وأما قولهم: إن الحِلّ الذي يزول بالثلاث غير موجود.

قلنا: كما أن هذا الحِلّ لا يتجزأ فإنه لا يتعدد بل هو شيء واحد أبدًا لا يحتمل التبعيض والتعديد.

وقولهم: إن ذلك الحِلّ يزول بما دون الثلاث، وهذا لا يزول إلا بالثلاث.

قلنا: لا يزول الحِلّ عن المحل في موضعٍ مَّا دون الثلاث، إلا أن هناك استوفى بعضه ويكمل بالباقي، وإذا طَلّق ثلاثًا جملة استوفت العلة جملةً.

وقولهم: إن الحِلّ الأول يزول بثبوت الحِلّ الثاني.

---

(١) في (ز): نكاحه.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): يرفعها.

قلنا: إذا كان ما ثبت هو الذي يزول والذي يزول هو الذي يثبت لم يجز فيه إثبات ولا إزالة. وأما فصل العرضية: فكلام باطل؛ لأنا بيّنا أن الزوج الثاني منهي للحرمة وليس برافع، وإن سَلَّمنا (أنه رافع)[1] فإنما يرفع[2] لوجود الحاجة ولا حاجة في مسألتنا (إلى رفع)[3] ما هو بعرضية[4] الثبوت لما بيَّنا أنه ثبت باختياره ثم يبطل بفصل اليمين فإن الحرمة بعرض الثبوت بدخول المرأة، ومع ذلك لا يرفعها الزوج الثاني بل العرضية في هذا الموضع أظهر ثبوتًا للمرأة[5]؛ لأن المرأة إذا دخلت الدار وقع الطلاق من غير اختيار الزوج، وفي مسألتنا لابد من اختيار الزوج ليقع الطلاق، ويمكنه أن لا يطلّق أصلًا فلا حاجة، وأما الذي قالوه من أن الزوج يملك على امرأته ثلاث عقد، فقد ذكرنا الجواب عن هذا فيما سبق، فلا نعيده، ومع التقرير الذي قلناه لا يأتي شيء من هذا. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

عدد الطلاق معتبر بالرجال عندنا[6].

وعندهم: معتبر بالنساء[7].

---

(١) في (ز): الرفع.
(٢) في (ز): رفع.
(٣) في (ز): لرفع.
(٤) في (ز): بعرض.
(٥) ليست في (ز).
(٦) النكت: ورقة ٢٢٢/أن المهذب: ٢/٧٩، الروضة: ٨/٧١.
(٧) الأسرار: ٢/٣٠٦/ب، أحكام الجصاص: ١/٣٨٥، بدائع الصنائع: ٤/١٧٨٥، رؤوس=




والفائدة[1]: أن عندنا رق الرجل وحريّته عاملان في تكميل الطلاق[2] وتنقيصه، وعندهم: العامل رقها وحريّتها.

لنا:

حديث ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبي ﷺ قال: **(الطلاق بالرجال والعدة بالنساء)**[3]، وعنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أنه قال: **(يطلق العبد بطلقتين وتعتد الأمة بقرءين)**[4]، والخبران ذكرهما الأصحاب في التعليق، ومثل قولنا عن عثمان[5] وزيد[6] وابن عمر[7] رضي الله عنهم أجمعين، وهم يروون بطريق [٢٤٣/أ] مظاهر[8] بن أسلم عن القاسم عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن النبي ﷺ قال: **(طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان)**[9]، وادّعوا أن هذا نص فإن الحمل على ما إذا كان الزوج عبدًا باطل؛ لأن قوله: «طلاق الأمة» يقتضي أن طلاق الأمة طلقتان لكونه

= المسائل: ص٤١٧، مختلف الرواية: ورقة ١٠١/أ، كشف الأسرار: ٣/١٤، ١٩، ٢٩١.

(١) في (ز): والجملة.

(٢) في (ز): عدد الطلاق.

(٣) رواه الدارقطني في سننه: ٤/٣٧، ٣٩ عن ابن عباس موقوفًا، والبيهقي: ٧/٣٧٠.

(٤) رواه أبو دواد في سننه ٣/٦٣٩ رقم ٢١٨٩ باب في سنه طلاق العبد، وابن ماجه في باب من طلق أمة تتطلقتين رقم ٢٠٨٢، قال الزيلعي في نصب الراية: «غريب مرفوعًا»: ٣/٢٢٥.

(٥) ينظر: قوله في: مصنف عبدالرزاق: ٧/٢٣٤، رقم (١٢٩٤٤ ـ ١٢٩٤٥).

(٦) ينظر: قوله في: مصنف عبدالرزاق: ٧/٢٣٤، رقم (١٢٩٤٦، ١٢٩٤٧، ١٢٩٤٨).

(٧) ينظر: قوله في: مصنف عبدالرزاق: ٧/٢٣٨، رقم (١٢٩٥٧ ـ ١٢٩٥٩).

(٨) مظاهر بن أسلم المخزومي المدوني، ضعيف، من السادسة، روى له الترمذي وأبو داود، وابن ماجه. ينظر: التقريب: ص٣٣٩.

(٩) رواه أبو داود في سننه رقم ٢١٨٩، وقال: حديث مجهول، والدارقني في سننه: ٤/٣٨، ٣٩، والبيهقي في سننه: ٧/٣٦٩، ٣٧٠، وقال ابن حجر في التلخيص: «وصحح الدارقطني والبيهقي الموقوف» ٣/٢١٣.

طلاق الأمة وعندهم طلاقها طلقتان لكونه طلاق العبد لا لكونه طلاق الأمة، ونحن نقول: أن الخبر ضعيف في الإسناد[1]؛ لأن مداره على مظاهر بن أسلم، قال البخاري: مظاهر بن أسلم لم يرو غير هذا الحديث، ولا رَوَى هذا الحديث سواه[2]، وهو في نفسه ضعيف، وقال غيره[3]: هو منكر الحديث، وإذا انضم ضعفه في نفسه إلى تفرده برواية هذا الحديث من بين أصحاب القاسم ورواته[4]، دل أنه غير ثابت، ولم يجز أن يقوم[5] حجة. وأما المعنى نقول: ملك الطلاق نوع ملك يكمل بالحرية، وينقص بالرق فيكمل بحرية المالك وينتقص برقه، ألا ترى أن ملك اليمين لما وجد بالحرية وانعدم بالرق وجد بحرية المالك وانعدم برقه، كذلك هاهنا.

يدل عليه: أن المالكية للطلاق صفة فيه فلا يتصور كمالها ولا نقصانها إلا لمعنى فيه، كالمالية في اليمين لم يتصوّر وجودها وعدمها إلا لمعنى فيه، وهذه طريقة شملت صورتي الحال، وقضيتها أن الزوج إذا كان حرًا تكامل ملكه في الطلاق لشرف حريته، وإذا كان عبدًا تقاصر ملكه لنقصان رقه، ثم تدل على أن الحِلّ في الأمة مثل الحِلّ في الحرة فنقول: الحِلّ معنى لا يتجزأ ولا يتبعض ولا ينافيه الرق فيستوى فيه المملوك[6]، والحرة كما نقول في

---

(١) قال الخطابي في المعالم: «... ولكن أهل الحديث ضعفوه»: ٦٣٩/٢٠.
وقال في الآراء: ضعيف وذكر طرقه: ١٤٨/٧.

(٢) كذا في المخطوط «البخاري»، وإنما هذا الكلام مروي عن الترمذي كما في سننه بعد روايته للحديث فقال: «حديث غريب...». ينظر: السنن: ١٥٣/٥ مع العارضة.

(٣) قاله أبو حاتم. ينظر: تهذيب التهذيب: ١٨٣/١٠.

(٤) قاله الساجي كما في: تهذيب التهذيب: ١٨٣/١٠.

(٥) في (ز): تقوم به.

(٦) في (ز): المملوكة.

العبادات التي يستوى فيها الأحرار والمماليك والعقوبات التي يستوي فيها الأحرار والعبيد مثل القطع في السرقة والقصاص، ولأن الحِلّ في جانب المرأة حِلّ المملوكية والرق[١] يزيد في المملوكية، ولهذا المعنى سماه الشرع رقًا لقوله ﷺ: (النكاح رق)[٢] وأيضًا فإن حالها من حيث الحس والعيان إذا قوبلت[٣] بحال الرجال[٤] يدل أن جانبها يشبه جانب المماليك وجانبه يُشبه جانب الملاك، وقد بيّنا فيما سبق أن النكاح في جانب النساء من المضارّ وفي جانب الرجال من المبارّ، وقد سبق شرح هذا الأصل[٥]، وثبت[٦] أن الحِلّ في جانبها حل المملوكية والرق وإن لم يوجب زيادة في المملوكية لا يوجب نقصانًا فيها، وأيضًا فإن شرف المحل يشعر بالمنع من التصرف، وخِسّة المحل يشعر بزيادة ملك التصرف بدليل البهائم والآدميين فإن البهائم أقبل للتصرفات من الآدميين لخِسَّة المحل في البهائم، وشرف المحل في الآدميين، وهذا لأن التصرف ابتذال ومهما[٧] شَرُفَ المحل يُصان عن الابتذال وإذا خَسَّ المحل فلا يُبالي[٨] بالابتذال.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الطلاق تصرف مملوك، والأصل أن الملك يكثر بكثرة المحل،

---

(١) في (ز): والردة والنكاح.
(٢) سبق تخريجه في ص٢٦.
(٣) في (ز): قوبل.
(٤) في (ز): الرجل.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): فثبت.
(٧) في (ز): ومتى.
(٨) في (ز): يُبالي فيه.

وينتقص بنقصان المحل، ألا ترى أن مَنْ مَلَكَ عبدًا أو حرًا يملك عتقًا واحدًا، وَمَنْ مَلَكَ عبدين يملك عتقين، وكذلك في المرأة الواحدة والنساء، وإذا ضاق ضاقت الولاية، وهذا أمر محسوس معلوم لا يشتبه على عاقلٍ. وفي مسألتنا إذا كانت المرأة حرة اتسع محل الطلاق وإذا كانت أمةً ضاق محل الطلاق فيكثر التصرف في الصورة الأولى، ويقل في الصورة[1] الثانية، وإنما قلنا ذلك لأن الحِلّ في الأمة على النصف من الحِلّ في الحرة، والطلاق مشروع لإسقاط الحِلّ فيدور (مع الحِلّ كمالًا ونقصانًا)[2]، وإنما قلنا: إن الحِلّ في حق[3] الأمة على النصف من الحِلّ في حق[4] الحرة؛ لأن الحِلّ معنى مشترك بين الرجل والمرأة والثابت في جانبها هو الثابت في جانبه، ثم هو في نفسه نعمة وكرامة؛ لأنه للسكن والازدواج، ولإقامة مصالح النفسية[5] من الجانبين فيكون ثبوته على طريق النعمة والكرامة من الجانبين جميعًا، والرق معنى يُشعر[6] بتنقيص الكرامات والنعمةِ، والحرية معنى يُشعر[7] بزيادتها؛ لأنها شرفٌ والشرف داعي الكرامات، والرق خِسّة وهو داعي الإهانة، ولأن الحِلّ في جانبها لما كان هو الحِلّ في جانبه لم يجز أن يؤثر الرق في أحدهما، ولا يؤثر في الآخر؛ لأن التنصيف في جانبه عددًا ممكن؛ لأنه يجمع أعدادًا من المنكوحات والتنصيف في جانبها عددًا غير

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): كماله ونقصانه على كماله ونقصانه.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): المعيشة.
(٦) في (ز): مشعر.
(٧) في (ز): مشعر.




ممكن؛ لأنها لا تكون إلّا تحت زوجٍ واحدٍ، والواحد لا ينتصف بحال فأثر بالتنصيف فيما يمكن إظهار التنصيف (فيه)[1] وذلك في الأحكام من العدة، والقَسم، سوالطلاق، على [٢٤٣/ب] اعتبار الأحوال كما بيّنا في مسألة طول الحرة.

وتعلقوا بالعدة والقسم.

قالوا[2]: العدة لقضاء حق الحِلّ، والقسمة[3] قسمة الحِلّ فلما لم تستو الحرة والأمة في قضاء حق الحِلّ وفي قسمة الحِلّ بل كانت الأمة على النصف من الحرة، كذلك في الطلاق الذي هو إسقاط الحل؛ لأن الإسقاط يكون بقدر الثابت فإذا كثر الثابت من المحل كثر (الإسقاط وهو)[4] الطلاق وإذا قَلّ الحِلّ قَلّ الطلاق على ما سبق، والحرف الوجيز لهم: أن الرق مؤثر في كل ما يمكن إظهار أثره فيه إلا أنه لا يمكن في حِلّ الوطء، وأمكن في الأحكام التي قلناها[5] (فأظهرنا أثره)[6] فيها، قالوا: ولا يجوز أن يقال أنها مملوكة والرجل مالك والرق يزيد في حِلّ المملوكية، قالوا: هذا أولًا على أصلكم لا يستقم؛ لأن عندكم كل واحد مالك، وأما على أصلنا فالمرأة وإن كانت مملوكة والرجل منفرد[7] بالمالكية إلا أن الحِلّ مشترك والطلاق لإسقاط

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): فقالوا.
(٣) في (ز): والقسم.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): بينّاها.
(٦) في (ز): فأظهرناه.
(٧) في (ز): منفردًا.

الحِلّ وعلى أنها وإن كانت مملوكة والرجل مالك إلا أن هذه المملوكية كرامة ونعمة؛ لأنه لا تتم مصالح النكاح من الجانبين إلا بإثبات ملك عليها، وفي ذلك بقاؤها على الصلاح والتستر ونفي التهمة عنها ودفع نسبتها إلى الفاحشة وهذه الأشياء نعمة[1] عليها، وليس[2] بضررٍ وإن كان نوع[3] ضرر فقد انجبر بالمهر، وخلصت النعمة خلوصًا كُليًّا عن الضرر وبمثل هذا المعني يفارق حِلُّ النكاح في جانبها حِلّ ملك اليمين في جانب الأمة؛ لأنه حِلُّ إهانةٍ واستذلالٍ وليس بحِلّ نعمةٍ وكرامةٍ.

والدليل عليه: أن ملك[4] الحِلّ جاء من الرق الذي هو عقوبة، وهذا[5] الحِلّ جاء من النكاح الذي هو ازدواج وكرامة وتشريف وإتمام النعمة هذا[6] كله في جانب الأمة تحت الحر.

فأما الحرة تحت العبد قالوا: مالكية النكاح في المرأتين للعبد مثل مالكية النكاح للحر في الأربع وهذا لأن الرق غير سالب لهذا الملك بالإجماع، فأما التنصيف بالرق إنما[7] كان لأنه ملك كرامة وتشريف، والرق ينقص منه ثم إذا نقص وَرُدّ من[8] المرأتين إلى[9] الأربع كان العبد في

---

(١) في (ز): نعم.
(٢) في (ز): وليست.
(٣) في (ز): فيها نوع.
(٤) في (ز): ذلك.
(٥) في (ز): وأما هذا.
(٦) في (ز): وهذا.
(٧) في (ز): فإنما.
(٨) في (ز): إلى.
(٩) في (ز): من.




المرأتين مثل الحر في امرأتين من الأربع[1]، ألا ترى أن العبد لما رُدّ حَدّه من المائة إلى الخمسين كان حكمه في الخمسين مثل حكم الحر في المائة بدليل الهبات، وكذلك السفر لما أوجب تشطير الصلاة كان المسافر في الركعتين مثل المقيم في الركعتين من الأربع بدليل الأحكام، كذلك هاهنا، وإذا كان ملكه في المرأتين مثل ملك الحر مَلَكَ ما يملك[2] الحر من الطلاق المسقط له، قالوا: ولا يجوز أن يقال: أن الرق منصِّفٌ للملك فوجب ن ينصّف ملك الطلاق؛ لأن التنصيف للطلاق[3] قد اشتمل عليه التنصيف في أصل عدد النكاح وإذا نصفناه ثانيًا يكون تنصيفًا داخلًا على تنصيفٍ فيصير أثر الرق في التربيع لا في التنصيف، وربما يقولون غاية ما يملكه الحر من الطلاق اثنا عشر طلقة على أربع من الحرائر فوجب أن يكون غاية ما يملكه العبد على التنصيف من هذا العدد وهو ست طلقات، وذلك على مذهبنا إذا كان عنده حرتان[4]، وأما عندكم يملك أربع طلقات[5]، وهذا مخالف لوضع عمل الطلاق[6] في الشرع.

❁ **الجواب:**

أن كلامهم في الفصل الأول مبني على أن الحِلّ في الأمة على النصف

---

(١) في (ز): أربع.

(٢) في (ز): يملكه.

(٣) في (ز): في الطلاق.

(٤) عند الحنفية.

(٤) عند الشافعية.

(٥) عند الشافعية.

(٦) في (ز): الرق.

من الحِلّ في حق الحرة ولا نسلم بل الحِلّ كامل بدليل حِلّ الوطء ولو انتقص الحِلّ بوجهٍ مَّا لكان يحرم الوطء فإن قالوا: هو كامل في نفسه لكن إذا قوبل بحِلّ الحرة يظهر النقصان.

قلنا: إذا كان كاملًا في نفسه فلا ينتقص عند مقابلته بغيره، ثم يقال: هذا في الحسيات ربما يتصور، وأما في الحكميات فلا يتصوّر، وهذا لأن كَمَال الحِلّ بوجود الاستحلال التام وسواء قوبل بغيره أو لم يُقابَل بغيره، فالاستحلال التام (قد وُجد)[1].

فإن قالوا: لو تَمّ الاستحلال في حق الأمة لوجب أن يتمكن[2] من الاستمتاع منها مثل ما يتمكن من الحرة وبالإجماع لا يتمكن منها التمكن[3] التام حتى لا تُسلّم إليه الأمة.

قلنا: الاستحلال التام قد وُجِدَ (ليلًا ونهارًا)[4] لا أنه لا يسقط حق السيد من سائر منافعها، وإذا اختلف محل الحق لم يكن بقاء حق السيد في سائر منافعها دليلًا على نقصان حقه في منافع بضعها.

فإن زعموا أن الحِلّ في حق الوطء تام إلّا أنه ناقص في سائر الأحكام.

قلنا: إذا كَمُلَ في حق الوطء وهو المقصود الأصلي فلابد في الحكم بكماله في سائر الأحكام، وهذا لأن الرق إذا أثر يؤثر في التنصيف ثم إنما

(١) في (ز): موجود.
(٢) في (ز): يمكن.
(٣) في (ز): التمكين.
(٤) ليست في (ز).




يؤثر في تنصيف ما يقبل التنصيف، فأما ما لا يقبل التنصيف ولم يُعدَمْ بالرق (فوجود الرق والحرية بالإضافة إليه سواء)[١] بدليل الإيمان وفروعه[٢] وبدليل [٢٤٤/أ] القطع في السرقة والقصاص وغير[٣] ذلك.

وأما قوله[٤]: إن الحِلّ حِلٌّ شرف وكرامة فينتقص بالرق، يقال لهم: هذا الكلام بناء على أن الطلاق لإسقاط الحِلّ، وليس كذلك بل هو لإسقاط الملك الذي يبتني عليه الحِلّ، والملك للرجل على المرأة عندكم، وليس للمرأة ملك أصلًا ومن المحال أن يقال: أن ثبوت الملك على الغير يكون كرامة ثم نقول: قد ذكرنا في أول النكاح[٥] أن النكاح في جانب النساء من المضارّ وقد سمّاه الرسول ﷺ رقًّا، ولهذا المعنى وقعت الحاجة إلى إرضائها بالمال، ولئن كان فيه نوع كرامة باعتبار الثمرات وهو[٦] على طريق التبع، وأما الوضع الأصلي فهو في جانب النساء على الإضرار، وفي جانب الرجال على الإنعام والإكرام[٧]، وعلى أنه (أن سلّم)[٨] لهم كون الحِلّ شرفًا وكرامةً في جانب النساء، وإنما[٩] ينتصف ما يقبل التنصيف وليس هذه الكرامة أكثر

(١) في (ز): فيستوي فيه محل الرق ومحل الحرية.
(٢) في (ز) ك وفروعه من الصلوات.
(٣) في (ز): ونحو.
(٤) في (ز): قولهم.
(٥) في (ز): الكتاب.
(٦) في (ز): فهو.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): يُسلّم.
(٩) في (ز): غير أن الذي.

من كرامة الدِّين، وهو[١] في جانب العبيد مثلها في جانب الأحرار. وأما فصل العدة والقسم، فليس نقصان ذلك في حق النساء، لنقصان الحِلّ، وإنما هو لأن العدة لقضاء حق الماء، والماء في رحم الحرة حُرّ وفي رحم الأمة رقيق، فإذا شرف بالحرية ازداد قضاء حقه شرعًا، وإذا انتقص بالرق انتقص قضاء حقه، والحرف أنه ليس لقضاء[٢] حق الحِلّ حتى يكون دليلًا على ما ادّعيتموه.

فإن قيل[٣]: إن استقام لكم في[٤] عدة الطلاق فلم[٥] يستقم في عدة الوفاة، ولا شك أنها لقضاء حق الحِلّ.

قلنا: ليس لقضاء حق الحِلّ ولا يعقل معنى قضاء حق الحِلّ في العدة، إنما هي واجب شرعي تعبُّدًا، لا يُعقل له معنىً أو تفجع على مصابٍ، وأما القَسْم فليس بقسمة الحِلّ[٦]، وقسمة الحِلّ لا تتصوّر وإنما هو استحقاق أثبته الشرع في جانب النساء، عُرف بالنص والرقُّ مخيل في نقصان الاستحقاق. ويقال لهم: إن أظهرنا معكم مساعدة في تنصيف الحِلّ في جانبها لا عن عقيدةٍ، لكن عن محاباةٍ معكم فقد ظهر التنصيف على اعتبار الأحوال حتى جاز نكاح الحرة في حالتين، وجاز نكاح الأمة في حالة واحدة، ففي هذه الحالة التي جاز فيها نكاح الأمة وجب أن يساوي الحِلّ في حق الحرة؛ لأن

---

(١) في (ز): وهي.
(٢) في (ز): بقضاء.
(٣) في (ز): قالوا.
(٤) في (ز): ذلك في.
(٥) في (ز): فلا.
(٦) في (ز): للحل.




النقصان قد أخذ حظه وظهر عمله، فلا يجب إظهاره ثانيًا، وهذا فصل معتمد من حيث المجادلة والمذهب هو الأول، وأما الكلام في جانب العبد فنقول: ملك الطلاق بعد النكاح مثل ملك النكاح ابتداءً، فإذا أثّر الرق في ملك النكاح فليؤثر في ملك الطلاق.

وقوله[1]: «يؤثر[2] مرة، فلا يؤثر ثانيًا»، فكلام جاء من غير روّيةٍ؛ لأن قبل النكاح لم يوجد ملك الطلاق[3] حتى يؤثر فيه وقد أثّر فيما يوجد[4] من أصل ملك العقد، وإنما وُجد[5] ملك الطلاق بعد النكاح وإنما يؤثر فيه بعد الوجود، وأما قبل وجود الملك فالتأثير محال، ونقول أيضًا الرق إنما يوجب تنصيف ما يوجب تنصيفه بعد الاستواء في السبب مثل التنصيف في الحدود، فالاستواء إنما يوجد في امرأتين تحت حر وامرأتين تحت عبد، وإذا[6] استويا من هذا الوجه فحينئذ يجوز أن يظهر عمل الرق في التنصيف، وذلك لا يكون إلا على مذهبنا فيملك العبد في هذه الصورة على المرأتين أربعًا والحُر ستًا، ومع هذا التقدير لا يبقى لهم كلام[7] في هذا الفصل، والله أعلم.



(١) في (ز): وقولهم.
(٢) في (ز): أنه قد أثر.
(٣) في (ز): طلاق.
(٤) في (ز): وجد.
(٥) في (ز): يوجد.
(٦) في (ز): فإذا.
(٧) في (ز): كلام البتة.

※ (مَسْألة):

طلاق الرجعي عندنا يحرم الوطء[(١)][(٢)]، ولا يحرم عندهم[(٣)]، ولا تصح الرجعة بالفعل (عندنا)[(٤)][(٥)]، وعندهم: تصح[(٦)]، والإشهاد عندنا واجب في أحد القولين[(٧)].

وعندهم: مستحب وليس بواجب[(٨)]، وإنما جمعنا بين هذه المسائل؛ لأن الجميع يرجع إلى أصل واحد (على المذهبين)[(٩)] على ما سنُبينه[(١٠)].

❁ لنا:

أن المزيل للنكاح قد تحقق فلابد من زوال وأقرب ما يمكن إثباته من الزوال في هذا المحل هو زواله في حق الحِلّ، وإذا زال في حق الحِلّ حرم الوطء بلا إشكال، وإنما قلنا: إن المزيل للنكاح قد تحقق؛ لأن الطلاق (مزيل للنكاح، فإنه)[(١١)] للإطلاق وإذا وُجد الإطلاق فلابد من حصوله

(١) في (ز): محرم للوطء.
(٢) الأم: ٥/٢٤٤، المهذب: ٤/٣٧٤، النكت: ٢٢٥/أ، التهذيب: ٦/١١٤.
(٣) ينظر: مختصر اختلاف العلماء: ٢/٣٨٨، أحكام القرآن للجصاص: ١/٣٥٥، المبسوط: ٦/١٩، رؤوس المسائل: ص ٤٢١.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) الأم: ٥/٢٤٤، المهذب: ٤/٣٧٦، التهذيب: ٦/١١٤، الروضة: ٨/٢١٧.
(٦) ينظر: أحكام القرآن للجصاص: ١/٣٥٥، المبسوط: ٦/١٩، رؤوس المسائل: ص ٤٢٢.
(٧) المهذب: ٤/٣٧٧، النكت: ٢٢٥/أ، التهذيب: ٦/١١٤.
(٨) أحكام القرآن للجصاص: ١/٣٥٥.
(٩) زيادة من (ز).
(١٠) في (ز): سنبين.
(١١) في (ز): يزيل النكاح لأنه، وهو القول الثاني للشافعية وهو الأظهر، المنهاج مع المغني:=

كإطلاق القيد عن رجل المقيّد فإنه إذا وُجد لابد من حصوله.

وإنما قلنا: إن أقرب ما يمكن إثباته من الزوال هو إزالته في حق الحِلّ؛ لأن الحِلّ معنىً يجوز أن يرتفع في النكاح ويعود، ألا ترى أنه في الوطء بالشبهة يرتفع في المنكوحة، وكذلك (في إسلام)[1] المرأة تحت اليهودي والنصراني، أو بإسلام أحد الزوجين المشركين، وكذلك بالصوم والإحرام والحيض[2] والنفاس، ثم يعود بزوال هذه المعاني فإذا جاز أن يزول الحِلّ ويعود جاز أن يزول النكاح في حق [٢٤٤/ب] الحِلّ ويعود.

وتحقيق المسألة: أنه قام في هذه المسألة دليلان متعارضان في زوال النكاح، وقيامه.

أما دليل[3] زوال النكاح وقوع[4] الطلاق على ما سبق فإذا وقع فلابد من وقوعه بمعناه، ومعناه إزالة النكاح.

وأما دليل قيام النكاح هو ما يذكرونه في كلامهم فنقول: زال من وجهٍ ولم يزَل من وجهٍ، فجعلنا ذلك الوجه الذي يزول في حقه هو الحِلّ لما ذكرنا[5]، وبقي في سائر الأحكام، والعمل بالدليلين واجب ما أمكن، فلا يصار إلى ترجيح أحد الدليلين على صاحبه إلا عند تعذر العلم بهما.

= ٣/٣٣٦، الروضة: ٨/٢١٦، المهذب: ٤/٣٧٨.

(١) في (ز): بإسلام.

(٢) في (ز): بالحيض.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): فوقوع.

(٥) في (ز): ذكرناه.

واستدل الأصحاب بفصل العدة: فإن وجوبه دليل زوال النكاح من وجه، ويقال لهم: لا يخلو إما أن يقولوا: إن النكاح بقي بعد الطلاق كما كان من قبل، وعلى هذا القول لا يجوز إيجاب العدة، كما قبل الطلاق، وكما لو علّق بالشرط وإن قلتم زال من وجه فوجبت العدة لذلك الوجه فهو قولنا، ونستدل بالعدة أيضًا في إثبات حرمة الوطء.

ووجه الاستدلال: إن العدة لاستبراء الرحم والوطء لشغل الرحم واستبراء الرحم طلب فراغ الرحم، ولا يجوز طلب فراغه مع التمكين من شغله فيسقط الحِلّ بهذا الدليل، والاعتماد على الأول وسنبين وجه كلامهم على هذا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: النكاح[١] قائم بعد الطلاق الرجعي فيكون الحِلّ قائمًا وتحريرهم طلاق لا يزيل ملك النكاح، فلا يزيل الحِلّ، دليله: الطلاق المعلق.

ودليله: الطلاق الثاني، والطلاق بعد الرجعة، وهذا لأن ملك النكاح ملك الحِلّ، وإذا بقي (ملك الحِلّ)[٢] بقي الحِلّ.

قالوا: وأما الدليل على بقاء النكاح أنه لو زال النكاح[٣] لم يعد إلا بعقدٍ جديدٍ، والرجعة ليس بعقدٍ جديدٍ بدليل استغنائها في ثبوتها عن رضا المرأة، وعن المهر وعن الولي، ولأن الخلع صحيح بعد الطلاق الرجعي، ولولا بقاء

---

(١) في (ز): إن النكاح.

(٢) في (ز): هو ملك الحل إذا بقي فلابد من بقاء ملك الحل.

(٣) ليست في (ز).

النكاح لم يتصوّر صحة الخلع ؛ لأنا إن جعلناه إسقاطًا للنكاح أو جعلناه فسخًا فمن ضرورته قيام النكاح.

قالوا: ولهذا عندكم وقع الطلاق الثاني ؛ لأن النكاح قائم. والمعتمد لهم من الدليل ثبوت الرجعة، ووجه الاعتماد عليه ؛ لأن الطلاق إزالة النكاح من حيث الإسقاط، والساقط يتلاشى فلا يمكن إعادته إلا باستئنافِ سببٍ جديدٍ، نعم، يجوز أن يتراخي السقوط عن المسقط لمانع من ثبوته في الحال، ويجوز أن يسقِط إلى مدة، فإما أن يسقط مطلقًا ويتلاشى، ثم يُعاد من غير استئنافِ سببٍ جديدٍ مثل السبب الأول محال[1].

قالوا: وقولكم: إن الطلاق قد وقع، بلى، ولكن اقترن به مانع من[2] العمل، وهو خيار الرجعة فتراخي العمل إلى أن يسقِط الخيار وهو مثل البيع بشرط الخيار فإنه لا يوجب الملك وإن تحقق البيع ؛ لأنه اقترن به مانع من العمل، وهو شرط الخيار.

قالوا: وليس (فيما أنه وقع)[3] الطلاق ما يدل على أنه يقتضي زوال الملك، كما نقول في الطلاق الثاني فإنه وقع أيضًا ومع ذلك لا يزيل سببًا[4]، كذلك الطلاق بعد الرجعة قائم وَلَا عَمَلَ له وكما أن السبب لا ينعقد إلا لعمل يُوجد منه، فكذلك لا يبقى إلا لعملٍ يُوجد منه، فلما جاز أن يبقى في هذه الصورة وَلَا عَمَلَ له جاز أن ينعقد السبب ابتداءً وَلَا عَمَلَ له في الحال.

---

(١) في (ز): فمحال.

(٢) في (ز): يمنعه من.

(٣) في (ز): في وقوع.

(٤) في (ز): شيئًا.




قالوا: وأمّا قولكم: إن العمل بالدليلين واجب، بلى، إذا أمكن، وهاهنا لا يمكن؛ لأن النكاح ليس إلا ملك الحِلّ، فإذا زال في ملك الحِلّ لا يجوز أن يبقى من وجهٍ آخر، وبالإجماع قد بقي أصل النكاح، دل[1] أن ملك الحِلّ قائم.

قالوا: وأما قولكم: إن الحِلّ يجوز أن يرتفع ثم يعود فليس بصحيح؛ لأن الكلام في ملك الحِلّ وفي المسائل التي أوردتم ملك الحِلّ قائم، وإنما امتنع الاستيفاء لعوارض في حقوق وحرمات يؤدّي استيفاء الوطء إلى الإعراض عن تلك الحقوق، أو يؤدّي إلى هتك الحرمات مِنْ سقى زرع غيره بمائه في الموطؤة بالشبهة[2] واستفراش كافر بمسلمةٍ[3] فيؤدي إلى هتك حرمة الإسلام أو وطء خبيثة تُشرك أو تمجس فيُمنَع المسلِم من التلوث بها أو مباشرة أذىً بالوطء الحائض[4] والنفساء أو هتك عبادة في وطء الصائمة والمحرمة، وأما في مسألتنا فلم يوجد هتك حرمة ولا يوجد مانع منه، إلا أن الطلاق إنما يمنع من الوطء بواسطة إسقاط الملك، فإذا لم يسقط الملك فلا معنى أن يقال: إن عين وقوعه مانع.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الملك أشرف على الزوال بالطلاق، فلهذا امتنع لأن الإشراف على الزوال هو وقوع الفرقة بعد انقضاء العدة، وهذا لا يوجب حرمة [٢٤٥/أ] الوطء كما لو علّق الطلاق بمجيء رأس الشهر

---

(١) في (ز): فدل.
(٢) في (ز): بشبهة.
(٣) في (ز): لمسلمة.
(٤) في (ز): كالحائض.

(أو بقدوم)[1] زيد، وأما تنجيز وقوعه في الحال، لا يوجب حصول الحرمة على ما سبق بيانه.

قالوا: وأما فصل العدة، فإذا لم يدل وجوبها على زوال أصل النكاح فلم يدل على زوال النكاح في حق الحِلّ، وكذلك لا يدل وجوبها على وقوع الحرمة، ألا ترى أنه إذا أراد بيع الأمة التي كان يطأها أو أراد تزويجها يؤمر باستبراء الرحم، والحِلّ قائم فليس في وجوب[2] صورة العدة دليل على زوال الحِلّ.

وقولهم[3]: إنها وجبت لاستبراء الرحم فكيف يتمكن[4] الزوج من شغل الرحم؟.

قالوا: هذا تناقض على أصولكم من أن الوطء ليس برجعةٍ، فأما عندنا فالوطء رجعة، وإذا صارت راجعًا[5] بالوطء لم يجتمع استبراء الرحم بالعدة مع شغل الرحم بالوطء. وهذا لحقيقةٍ: وهو أن العدة تجب بسببين[6] عندنا: (أحد السببين)[7]: انقطاع النكاح فيكون وجوب العدة لقضاء حقه، والآخر انعقاد سبب القطع فتكون العدة أجلًا للقطع، فينقطع النكاح عند انقضاء (العدة التي هي)[8] الأجل، ويتضمن انقضاؤها قضاء حق النكاح تبعًا ويكتفي

---

(١) في (ز): وقدوم.
(٢) في (ز): وجود.
(٣) في (ز): وقولكم.
(٤) في (ز): يمكّن.
(٥) في (ز): مراجعًا.
(٦) في (ز): لشيئين.
(٧) في (ز): أحدهما.
(٨) ليس في (ز).

بهذه العدة عن العدة التي تجب بعد انقطاع النكاح دفعًا للأضرار[١] عن المرأة فإنه لا معنىً لتطويل الأمر عليها وإيجاب عدةٍ بعد عدةٍ بعد أن حصل المقصود من العدة.

قالوا: وليس هذا كامرأة الحربي إذا أسلمت في دار الحرب حيث تؤمر بالاعتداد بالأقراء لتقع الفرقة أو[٢] يسلم الزوج ثم تؤمر بعدة ثانيًا[٣] لأني لا أقول: إن الأقراء ثَمّ عدة والتربص اعتداد فإن العدة لا تتصور إلا بعد انعقاد سبب الفرقة، وهناك إنما وجد اختلاف الدين واختلاف الدين ليس بسبب للفرقة عندنا[٤]، إنما السبب مضي الأقراء بدليل قام عندنا على ذلك فلابد من وجوب العدة بعد مضي هذه الأقراء.

وأما في مسألتنا فقد انعَقد سبب الفرقة بوقوع الطلاق إلا أنه تراخي عمله فوجب[٥] زمان وجوب العدة فإذا وجبت مرة لم يجب ثانيًا، هذا كلامهم على العدة.

قالوا: وأما الخلوة والمسافرة فعندي[٦] إنما يكره الخلوة إذا لم يمكن له رغبة في مراجعتها[٧]؛ لأنه لا يؤمن أن يواقعها فيصير راجعًا[٨] من غير

(١) في (ز): للضرار.
(٢) في (ز): إن لم.
(٣) في (ز): ثانية.
(٤) ينظر: الأسرار: كتاب النكاح: ص ٣٠٤، المبسوط: ٥/٥٦.
(٥) في (ز): فوجد.
(٦) في (ز): عندنا أي عند الحنفية.
(٧) في (ز): رجعتها.
(٨) في (ز): مراجعًا.

رغبة، فيطلقها ثانيًا فيطول عليها العدة فكره ذلك احترازًا عن[1] الإضرار حتى إذا[2] كان راغبًا مراجعتها لم تكره الخلوة.

قالوا: وأما المسافرة (إنما منع من ذلك لأن خروجها)[3] من البيت في حال العدة ممنوع منه لحق الشرع بنص الكتاب فكان لأجل[4] هذا[5] لا لأجل زوال النكاح بوجهٍ مَّا.

قالوا: وإذا ثبت بقاء النكاح من كل وجهٍ فصار[6] الرجعة مجرد اختيار بقاء النكاح، ولم يكن نكاحًا بوجهٍ مَّا، فاستغنى عن الإشهاد وصح بالفعل الذي هو يدل على اختيار بقاء النكاح كما لو باع بشرط الخيار يجوز الفسخ بالفعل؛ لأنه ليس إلا اختيار بقاء الملك، كذلك هاهنا.

❁ **الجواب:**

إنا ادّعينا زوال النكاح في حق الحِلّ، وقد دللنا عليه، وأما الدلائل التي ذكروها فهي تدل على أن النكاح لم يزل أصله، أو[7] بقي من سائر الوجوه، وقولهم: إنه إذا بقي أصل النكاح وجب أن يبقى في حق[8] الحِلّ ضرورة، ولئن زال في حق الحِلّ وجب أن يزول أصلًا لأن النكاح ليس إلا

---

(١) في (ز): من.
(٢) في (ز): لو.
(٣) في (ز): بها فإنما كره ذلك؛ لأن الخروج بها.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): لهذا.
(٦) في (ز): صارت.
(٧) في (ز): و.
(٨) ليست في (ز).




ملك الحِلّ، وهذا محزّ الكلام ومفصل الخصام وهو شبهة القوم ونحن نقول: القياس الكلي أنه إذا وقع الطلاق زال ملك[١] النكاح كما إذا وقع العتاق زال (الملك في)[٢] اليمين، إلا أن الشرع أثبت الرجعة نظرًا للعباد على خلاف القياس، وكذلك إثبات العدد في الطلاق على خلاف القياس وهو أيضًا نوع نظر، فنقول: إنما يمنع من عمل الطلاق بقدر ما يتحقق منه النظر، فإذا قلنا: لا يزول من كل وجهٍ تحقق النظر بثبوت الرجعة، فلا يمتنع من عمله في الأمر الذي تستغني عنه الرجعة، ولا حاجة في ثبوت الرجعة إلى بقاء الحِلّ، فيجوز أن يزول ملك الحِلّ ثم يعود بالرجعة (والطلاق)[٣] في هذا الحكم، ويقال لهم أيضًا: الافتقار إلى الرجعة دليل على زوال النكاح من وجهٍ؛ لأن الرجعة عقد جديد من وجهٍ ولهذا المعنى لا يصح عندنا[٤] إلا بالقول، ويجب الإشهاد على أحد القولين[٥]، وعندهم[٦]: يُستَحب الإشهاد[٧] لهذا، فالملك قد زال من وجهٍ وبالرجعة تجدد من وجهٍ.

وقولهم: إن النكاح إذا بقي فلابد من أن يبقى ملك الحِلّ.

قلنا: ولِمَ لا يجوز أن يبقى عقد النكاح ويزول ملك الحِلّ.

قالوا: (ليس عقد النكاح)[٨] إلا ملك [٢٤٥/ب] الحِلّ ولا يعرف إلا به.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): ملك.
(٣) في (ز): فلم يمنع عمل الطلاق.
(٤) أي عند الشافعية.
(٥) ينظر: الأم: ٥/٢٤٤، المهذب: ٤/٣٧٦.
(٦) أي عند الحنفية.
(٧) ينظر: مختصر القدوري مع الجوهرة ٢/٦٥.
(٨) في (ز): لأن عقد النكاح ليس.

الجواب وهو سر المسألة: أنه لا يجوز أن يبقى ملك النكاح ويزول ملك الحِلّ إذا زال على وجه لا يعود إلا بنكاحٍ جديدٍ، فيقال: لا يتصور الاحتياج بعقدٍ[1] جديدٍ إلا بعد زوال العقد الأول، فأما إذا قلنا إنه زال ملك الحِلّ ولا يحتاج إعادته إلى عقدٍ جديدٍ جاز أن يقال: بقي عقد النكاح مع زوال ملك الحِلّ، وفائدة بقائه إعادة الحِلّ لا بعقدٍ جديدٍ.

والحرف: أن أصل العقد بقي ليفيد ملك الحِلّ عند وجود الرجعة والنكاح لا ينعقد إلا (ويفيد ملك)[2] الحِلّ، فلا يبقى إلا مفيدًا لملك الحِلّ، إلا أنه إذا اتصل به فائدة ملك الحِلّ، إما في الحال أو في ثاني الحال أمكن الحكم[3] ببقائه، وأما زوال ملك الحِلّ ثبت بالدليل الذي يدل[4] عليه، وأما تعلقهم بالطلاق الثاني فعندنا ينضم إلى الأول ويُحالُ زوال الحِلّ عليهما، (مثل ما)[5] لو ظَاهَرَ ثم ظَاهَرَ، ولا يجوز أن يقال: إن الظهار الثاني (إنما يصح لوجوب الكفارة؛ لأنه لا يُوجَبُ)[6] للظهار سوى التحريم، وإنما الكفارة كاشفة لموجبه أو نهاية لموجبه.

فإن قالوا: لِم تقولون أنه لا يقع الثاني أصلًا لأنه لم يجد محل عمله وهو الوقوع.

---

(١) في (ز): إلى عقد.

(٢) في (ز): مفيدًا لملك.

(٣) في (ز): القول.

(٤) في (ز): دل.

(٥) في (ز): كما لو.

(٦) في (ز): صح لفائدة وجوب الكفارة فإنه لا موجب.

قلنا: كَمَا لم تقولوا لا يصح ظهار الثاني أصلًا لأنه لم يجد محل التحريم، فإن قالوا: لو كفّر عن الظهار الأول يبقى التحريم بالثاني[1].

قلنا: ليس صحته لهذه الفائدة بدليل أنه لو كفّر عنهما معًا معًا[2] يجوز ولم يظهر للثاني فائدة فدل أن سبيل تصحيحه هو ما بيّنا أنه ينضم إلى الأول فيُحالُ بالحكم من الآن عليهما وإن كان من قبل مُحالًا على الأول خاصة والسبب أنه لا يمكن رد الطلاق الثاني مع بقاء النكاح ولأنه مُنع من التفريق المشروع[3] على الأظهار[4] بالاتفاق، وإذا لم يمكن رده كان السبب[5] ما بيّنا.

وأما بقاء الطلاق بعد الرجعة قد[6] سبق الجواب عنه.

وأما فصل العدة فقد بيّنا أن حرف الإشكال عليهم فيها أن العدة لاستبراء الرحم والوطء شاغل[7] الرحم.

وقولهم: عندنا يصير مراجعًا.

قلنا: الإلزام هو التمكن[8] في الابتداء من الشَّغل مع وجوب الاستبراء،

---

(١) في (ز): الثاني.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): الموزع.
(٤) في (ز): الأقراء.
(٥) في (ز): السبيل.
(٦) في (ز): فقد.
(٧) في (ز): شَغَلَ.
(٨) في (ز): التمكين.

وأيضًا فإن الحِلّ ينافي العدة بدليل أن مَنْ اشترى زوجته الأمة لما حلّت له لم تجب العدة، وإذا ثبت أن حرف المسألة هو أن الطلاق مزيل للنكاح، في حق الحِلّ، فصارت الرجعة من هذه الجهة ابتداء عقد فلا تجوز إلا بالقول، ولابد من الإشهاد ولم يفتقر إلى رضا المرأة ليتحقق الوطء[1] للأزواج بإثباتها، فأما إذا باع بشرط الخيار فالأصح أنه لا يجوز للبائع وطء الجارية المبيعة، وأما الفسخ بالفعل فلأنه محض فسخ ولا يشبه ابتداء العقد بوجهٍ ما، ولهذا المعنى لو قال: «فسختُ» صح، وفي مسألتنا قد بيّنا أن الرجعة تشبه ابتداء عقد جديد من وجهٍ، ولهذا لو قال: «فسختُ العدة أو نقضتُها أو رفعتُ موجَب الطلاق» لم يصح، فهذا وجه الكلام في هذه المسائل. والله أعلم.



※ (مَسْألَة):

الإيلاء لا يوجب تنجيز الطلاق بعد مضي المدة، لكن (يوقف، أما أن يَفيء أو يطلّق)[2][3].

وعندهم: مضي المدة يوجب تنجيز الفرقة[4] وَلَا فَيْءَ[5] عندهم بعد مضي المدة أصلًا[6].

---

(١) في (ز): النظر.

(٢) في (ز): يتوقف المولى إلى أن يفيء أو يطلق عندنا.

(٣) الأم: ٥/٢٧١، النكت: ورقة ٢٣٠/أ، التهذيب: ٦/١٢٨.

(٤) في (ز): الطلاق.

(٥) في (ز): لا يفيء.

(٦) المبسوط: ٧/٢٠، رؤوس المسائل: ص ٤٢٣.

❁ لنا:

أن الإيلاء حلف على منع حق في مدة (أو مطلقًا)[1] فلا يوجب تنجيز الطلاق بحال.

دليله: إذا حلف أنه لم ينفق عليها بل الضرر في منع النفقة أكثر من الضرر في منع الوطء واستحقاق النفقة أشد من استحقاق الوطء خصوصًا إذا وطئها مرة ثم الحلف على منع النفقة لا يكون طلاقًا بحال، فهذا الحلف أولى، وهذا لأن الطلاق لا يقع إلا بلفظ يدل عليه، ولم يوجد في الإيلاء ما يدل على الطلاق إنما هو محض مضارّة ويجوز أن يكون منعقدًا[2] نكاحها غير راضٍ بطلاقها مع المضارّة[3]، وإذا ثبت أن اللفظ لا يدل على الطلاق لم يقع به الطلاق والدليل القاطع على أنه لا يدل على الطلاق إنه لو نوى به الطلاق في الحال لم يقع به شيء، ولو دل عليه[4] لوقع به الطلاق كسائر الألفاظ الدّالة على الطلاق.

❁ وأمّا حجّتهم:

ادّعوا أن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية فَغُيِّر حكمُه في الشرع بإدخال الأجل ونموا[5] هذه الدعوى إلى عبد الله بن عباس[6]، وبعضهم إلى ابن

(١) زيادة من (ز).
(٢) في (ز): معتقدًا.
(٣) في (ز): المضارّة بها.
(٤) في (ز): على الطلاق.
(٥) في (ز): وعزوا.
(٦) روى ذلك البيهقي في سننه ٧/٣٨١.

مسعود[١] رضي الله عنهما قالوا: إنه كان طلاقًا في الجاهلية.

وأما المعنى قالوا: مدة مضروبة[٢] والتعبير وقع بالتأجيل قال[٣]: فإذا انقضى[٤] الأجل ظهر الطلاق مثل سائر الآجال إذا مضت طرأت الأحكام المؤجلة، قالوا: وفي لفظ الإيلاء [٢٤٦/أ] ما يدل على الطلاق؛ (لأن الإيلاء)[٥] يمين، واليمين توجب التحريم إذا عُقِدَ على الامتناع من فعلٍ، وقد عُقِدَ على الامتناع من الوطء فأوجب (التحريم للوطء)[٦] والطلاق يوجب تحريم الوطء بإزالة الحِلّ، فحصلت مناسبة[٧] بين الإيلاء والطلاق من هذا الوجه، فجاز وقوع الطلاق به، ولأنه باليمين عاملها معاملة الأجانب والأباعد حيث امتنع من وطئها، وقطع صحبته عنها، وَطَوَى الفراش بينه وبينها، ومعاملة الأجانب تثمر[٨] التجانُبَ.

قالوا: وأما اليمين[٩] على منع النفقة فليس يشبه مسألتنا؛ لأن الإيلاء يوجب[١٠] الطلاق بالإجماع، أما عندنا فبالتنجيز بعد[١١] مضي المدة، وعندكم

(١) ينظر: نصب الراية ٣/٢٤٢.
(٢) ماما بين القوسين ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): مضى.
(٥) في (ز): لأنه.
(٦) في (ز): تحريم الوطء.
(٧) في (ز): مشابهة.
(٨) في (ز): يجوز أن تثمر.
(٩) في (ز): الحلف.
(١٠) في (ز): موجب.
(١١) في (ز): عند.




باستحقاقه عند ترك الفيء[1] في المدة وبعدها.

وأما الحلف على منع النفقة فليس بموجبٍ للطلاق بحال، وربما يقولون: إذا كان الإيلاء موجبًا استحقاق الطلاق فإنما أوجب استحقاقه ليقع خلاص المرأة من هذا الزوج الذي قصد الأضرار بها، وتنجيز الطلاق أقرب إلى الخلاص (والاستحقاق من الإيقاف)[2] الذي يقولونه بين الفيء أو الطلاق فوجب أن يتعين هذا الوجه ليحصل[3] المقصود.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إن الإيلاء كان طلاقًا في الجاهلية (فنحن)[4] لا نعرف ثبوت ذلك وما نسبوه إلى عبد الله بن عباس فلا يعرف. وعلى أنه كان طلاقًا في الجاهلية فقد قال الله تعالى: ﴿أَفَحُكۡمَ ٱلۡجَٰهِلِيَّةِ يَبۡغُونَ﴾[5] فقد مُنِعنا من تتبع[6] أحكام الجاهلية والذي قالوه: إنه أُجّل في الشرع فهذا دعوى[7] بعد دعوى فلم يرد هذا الذي ادّعوه في (الكتاب ولا في السنة، ولا دل)[8] عليه معقول، وقد روى سليمان بن يسار عن (تسعة نفر)[9] من أصحاب النبي عليه السلام أنهم

(١) في (ز): الفئة.
(٢) في (ز): من الأنفاق.
(٣) في (ز): تحصيل.
(٤) في (ز): فغيّر.
(٥) سورة المائدة، آية: ٥٠.
(٦) في (ز): نقنفي.
(٧) في (ز): التغيّر دعوى.
(٨) في (ز): كتاب ولا سنة ولا يدل...
(٩) في (ز): عن شعبة عن نفر.

كانوا يوقفون المُولي[1]، وقد ذكر (الأصحاب اختلاف)[2] هذا القول الذي قلناه عن عمر وعثمان وعلي وعائشة وابن عمر وأبي الدرداء رضي الله عنهم[3]، قال سهل بن أبي صالح عن أبيه: سألت اثنا عشر نفرًا من أصحاب النبي عليه السلام فكلهم قالوا: ليس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر ثم يوقف فيَفيء أو يطلق[4]، وبهذا قال سعيد بن المسيب، ومجاهد، وطاوس، ومالك، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وقد رُوي مثل قولهم عن ابن عباس وابن مسعود وزيد رضي الله عنهم، وفي المسألة اختلاف روايةٍ عن عثمان وعلي رضي الله عنهما، بهذا الاختلاف المنقول، فأما على الوجه الذي ادّعوه أنه كان طلاقًا في الجاهلية فأُجِّل وضُرِبَتْ له مدةً فلا يعرف عن أحدٍ.

فأما قولهم: إن (في)[5] لفظ الإيلاء ما يدل على تحريم الوطء، فليس كذلك، واليمين عندنا لا توجب شيئًا ولا تحرم، ولئن جاز على هذا الاعتبار في جعل الإيلاء[6] طلاقًا فوجب أن يفعل مثل ذلك في اليمين على منع النفقة، ولأنه لو نوى الطلاق في الحال لم يقع، ولو دل على الطلاق لوقع، وكذلك يبطل بهذا قولكم[7] أنه عاملها معاملة الأجانب، والأباعد.

وأما قولهم: إن الطلاق مستحق بالإجماع.

---

(١) رواه الدارقطني في سننه: ٣/٦٢.
(٢) في (ز): أصحاب الاختلاف.
(٣) ذكر ذلك عنهم البخاري في صحيحه تعليقًا: ٩/٤٢٦.
(٤) ذكره البخاري في صحيحه تعليقًا: ٩/٤٢٦.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) في (ز): اليمين.
(٧) في (ز): قولهم.

قلنا: ليس كذلك، بل هو على[1] خيرة الزوج، ومتى فاء بالوطء سواء كان في المدة أو بعد مضي المدة لم يقع شيء، فأما توقيف المُولي عندنا إنما كان لترك الإمساك بالمعروف؛ لأنه إذا حلف على ترك الوطء ومضت مدة صبر النساء من[2] الرجال تحقق الضرر وفات الإمساك بالمعروف، فيؤمر بالتسريح وهذا حكم كل مخيِّر بين شيئين، إذا امتنع من أحدهما يؤمر بالآخر، كذلك نقول في منع النفقة إذا تحقق الضرر بأن كان معسرًا، فأما إذا كان موسرًا فلم يتحقق الضرر؛ لأن القاضي قَضَى[3] لها بالنفقة، ويُسلّم إليها قدر النفقة من ماله أو يأمرها بالإنفاق على نفسها ليرجع إليها.

قالوا: فينبغي على (ما زعمتم)[4] إذا ترك الوطء من غير يمينٍ أن يوقف أيضًا.

قلنا: لا يتحقق الضرر في هذه المسألة؛ لأن الوطء يُتوقع في كل ساعة فإن الطبيعة مستحثة ولم يعقد عقدًا شرعيًا على نفسه بالامتناع بخلاف مسألتنا، وأما الكلام في المسألة من حيث الآية فقد تعلّق أصحابنا بها من وجوه:

أحدها: وهو قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[5] فجعل المدة المضروبة[6] حقًا للزوج، فإذا أوقعنا الطلاق بمضي المدة جعلنا

(١) في (ز): إلى.

(٢) في (ز): عن.

(٣) في (ز): يقضى.

(٤) في (ز): زعمكم.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٢٦.

(٦) في (ز): مضروبة.




المدة عليه، وظاهر الآية يدل على أن هذه المدة للزوج بتوسيع الأمر عليه، ولأن الله تعالى أمر بعدها بتضييق الأمر عليه ولأنه تعالى قال: ﴿فَإِن فَآءُو﴾[1] [٢٤٦/ب] وحرف الفاء يوجب التعقيب، دل[2] أن الفيء بعد المدة ثابت، ولأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[3] والمسموع طلاق يوقع لا طلاق يثبت حكمًا، دل أن عزيمة الطلاق ما بيّنا[4].

وأما هم استدلوا[5] بالآية وقالوا: ظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِن فَآءُو﴾[6] بعد قوله: ﴿تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[7] يدل على أن الفيء في المدة مثل قول القائل لغيره: «أجّلتُك سنةً فإن فعلتَ كذا أعطيتُك وأكرمتُك»، يدل على أن الفعل مطلوبٌ منه في المدة.

قالوا: نُقِلَ في قراءة ابن مسعود أنه قرأ (**فإن فاؤوا فيهن**)[8] وهذه القراءة تفسير القراءة[9] المعروفة.

قالوا: ولأن الله تعالى قال: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ أدخل[10] الألف واللام

(١) سورة البقرة، آية: ٢٢٦.
(٢) في (ز): فدل.
(٣) سورة البقرة، آية: ٢٢٧.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) في (ز): فاستدلوا.
(٦) سورة البقرة، آية: ٢٢٦.
(٧) سورة البقرة، آية: ٢٢٦.
(٨) ذكرها الجصاص في أحكامه: ١/٣٦١.
(٩) في (ز): للقراءة.
(١٠) في (ز): فأدخل.

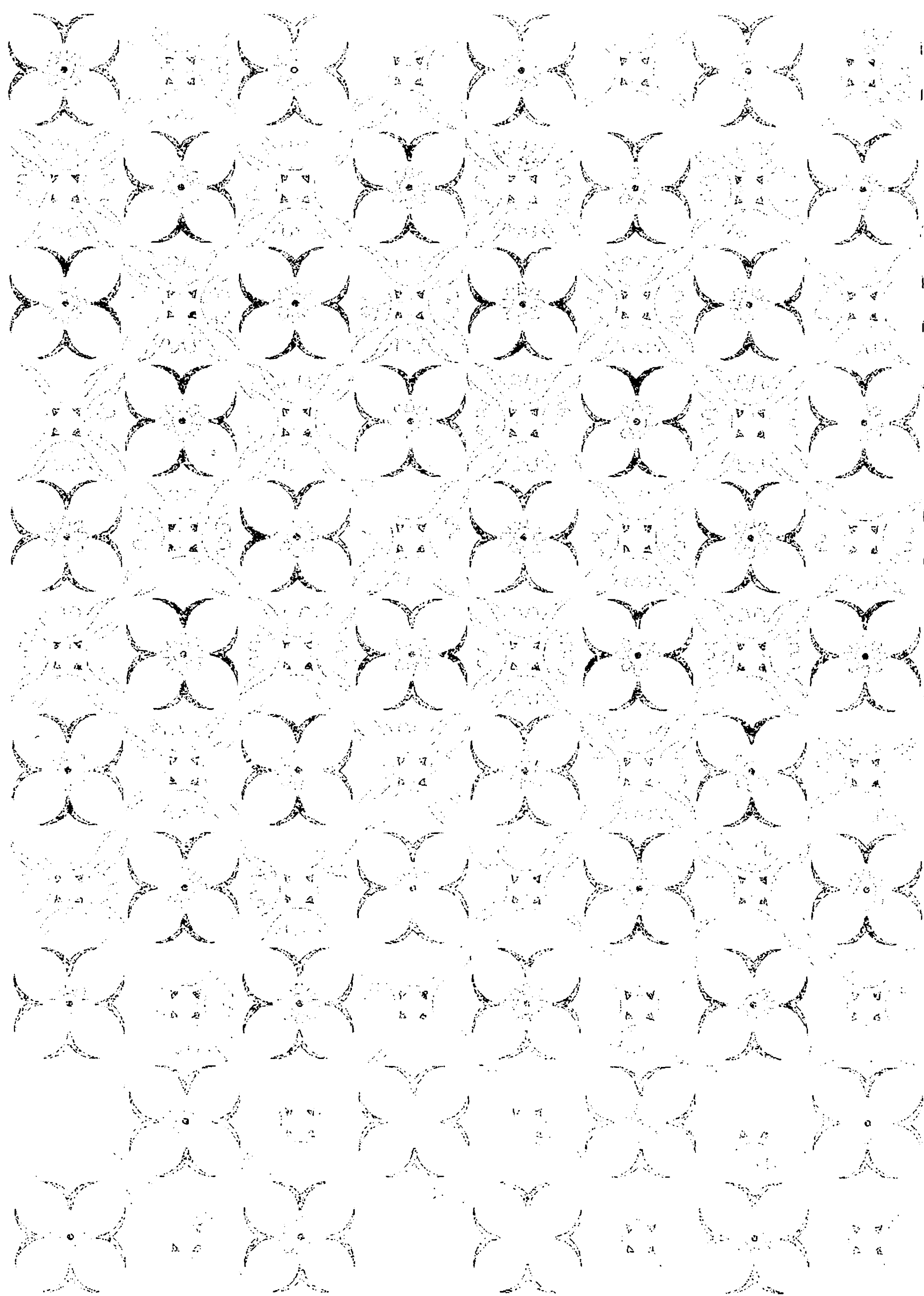
فينصرف إلى المعهود، إذ ليس هاهنا جنس والمعود السابق هو الإيلاء، دل أنه المراد به الطلاق، فاعلم أن ما ذكرناه أبين وأظهر في معنى الآية، والذي ذكروا من الكلامين فالجواب من وجهٍ واحدٍ: وهو أن الفيء على طريق التوسع عندنا، لا يكون إلا في المدة المضروبة. وأما الفيء بعد المدة فهي على خلاف ذلك الفيء الثابت في المدة؛ لأنه على جهة التضييق على ما ذكرناه.

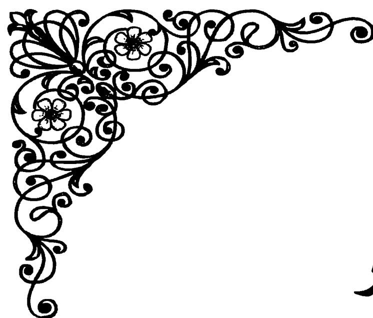
وأما الذي قالوا: إن الطلاق ينصرف إلى المعهود.

قلنا: قد انصرف إلى المعهود، وهو المعهود في الشرع؛ فإن الطلاق في الجملة (مشهور معروف في الشرع)[1]. والله أعلم بالصواب.



(١) في (ز): معروف معهود.






كتَابُ الظِّهَار

※ (**مَسْأَلَة**):

يصح ظهار[1] الذمي عندنا[2]، وعندهم: لا يصح[3].

❁ **لنا:**

أن موجب الظهار في الشرع التحريم والكافر من أهل التحريم فيكون من أهل الظهار، وهذا لأن العقد إذا عُقِدَ على معنىً فكل مَنْ يصح ثبوت ذلك المعنى في حقه، وهو صحيح القول في العقود لابد أن يصح عقده ثم الدليل على أنه من أهل ثبوت التحريم في حقه أنه تحريم بالتزام حرمة في موضعٍ، وإذا كان من أهل إثبات الحِلّ لنفسه كان من أهل التزام الحرمة في محله، ولأنه من أهل الحرمة بإسقاط الملك، فكان من أهل الحرمة في الملك، ألا ترى أنه لما كان من أهل المنع من التصرفات في ملك اليمين بإسقاط ملك اليمين كان من أهل المنع من التصرفات بعارض الرهن والإجارة، وكذلك الحِلّ في ملك اليمين يسقط تارة بسقوط الملك، وتارة

---

(١) الظهار: مشتق من الظهر، وإنما قالوا: كظهر الأم دون بطنٍ وفخذٍ؛ لأن الظهر موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه: ص ٢٧٠.

(٢) الأم: ٥/٢٧٦، المهذب: ٤/٤٣٦، الروضة: ٨/٣٠٠.

(٣) مختصر الطحاوي: ص ٢١٤، المبسوط: ٦/٣١، أحكام القرآن للجصاص: ٣/٤١٧، رؤوس المسائل: ص ٤٢٥.

مع بقاء الملك، مثل التزويج والكتابة، ثم الذمي يكون من أهل ذلك مثل المسلم، ثم[1] الدليل على أنه من أهل الكفارة (وإليها يؤول)[2] الكلام في المسألة: أن التكفير واقع بالعتق وهو في العتق مثل المسلم فكذلك في التكفير بالعتق يكون مثل المسلم، وهذا لأن وجوب الكفارة بالظهار حصولها[3] بالعتق، وقد بيّنا أن الكافر من أهل الظهار وهو من أهل العتق (بالإجماع)[4]، فلم يبق لإخراجه من أهلية التكفير معنىً.

وتحقيق المسألة في فصل الكفارة: أن الكفارة وجبت لأحد المعنيين، إما المنع والزجر من الظهار لأنه منكر من القول وزور فيليق به المنع أو لتغطيةِ إثم الظهار أخذًا بمعنى اسم الكفارة، وأيّهما كان فالكفر (غير مانع)[5]؛ لأن المنع من الظهار صحيح في حقه؛ (لأنه يجوز)[6] أن يكون هذا الكافر كافرًا ولا يكون عليه إثم الظهار، فصح أيضًا أن يلحقه إثم الظهار ثم يُمحى ويُغطى بالكفارة، ونستدل بالإيلاء وبفصل بقاء[7] الظهار بعد الردة على ما عرف.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: ليس من أهل موجب الظهار فلا يكون من أهل الظهار؛ لأن العقد

---

(١) في (ز): أما.
(٢) في (ز): وإليه يعود.
(٣) في (ز): وحصولها.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): ليس بمانع.
(٦) في (ز): كالمنع من سائر الجرائح ويغطيه إثم الظهار ونحوه صحيح في حقه أيضًا؛ لأن هذا الكافر يجوز...
(٧) ليست في (ز).

ينعقد لموجبه، وإنما قلنا: إنه ليس من أهل موجب الظهار؛ لأن موجب الظهار تحريم مؤقت بالتكفير بدليل أن النبي ﷺ قال لسلمة[1] بن صخر البياضي حين ظاهر ووطء: (لا تَعُدْ حتى تكفَّر)[2] فكلمة[3] «حتى» للغاية فهو نص في توقيت الحرمة، وإذا ثبت أن الموجب هذا والكافر ليس من أهل الكفارة فلا يكون من أهل التحريم المؤقت بالكفارة، ثم الدليل على أنه ليس من أهل الكفارة؛ لأن[4] الكفارة عبادة بدليل أنها تتأدّى بمحض العبادة وهو الصوم وإذا كان الخَلَف عبادة لابد أن يكون الأصل عبادة؛ لأن الخلَف والأصل لا يختلفان في المعنى، ولأنها تفتقر[5] إلى النية، ولأن مَنْ عليه [٢٤٧/أ] يقيمها بنفسه، وهذا وضع العبادات، أما وضع[6] العقوبات يقيمها[7] الغير على الغير كالحدود، ومعتمدهم: أن الظهار سئية، وتكفير السيئات بالحسنات بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلۡحَسَنَٰتِ يُذۡهِبۡنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾[8]، وبدليل قوله ﷺ: (إذا عملت سيئة فاعمل بجنبها حسنة تمحها)[9]، ولأنه إذا استحق

---

(١) سلمة بن صخر البياضى الأنصاري الخزرجي صحابي ظاهر من امرأته قال البغوي «لا أعلم له مسند غيره» روى له أبو دواد والترمذي وابن ماجه. ينظر: التقريب ص١٣٠.

(٢) رواه الترمذي بلفظ (فلا تقربها حتى تفعل ما أعرك الله به)، سنن الترمذي: ١٧٧/٥ مع العارضة، أبواب الطلاق، وقال الترمذي: حسن غريب صحيح.

(٣) في (ز): وكلمة.

(٤) في (ز): أن.

(٥) في (ز): تحتاج.

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): يقيمها.

(٨) سورة هود، آية: ١١٤.

(٩) رواه الإمام أحمد في مسنده: ١٦٩/٥ عن أبي ذر، ولفظه: (إذا عملت سيئة فاتبعها بحسنة تمحوها) قال محقق المسند حسن لغيره. ينظر: المسند بتحقيق الأرناؤوط رقم: ٢١٣٥٤ ،=




الثواب بالحسنة واستحق العقاب بالسيئة ذهب عقابُ السيئة في مقابلة ثواب الحسنة، ترجيحًا للرحمة على الغضب بقوله ﷺ حاكيًا عن الله تعالى: (سبقت رحمتي غضبي)[1] ولا يعرف في محو السيئات معنىً سوى هذا، وإذا ثبت إن الكفارة عبادة (فلا تجب على الذمي)[2]، وربما يقولون: إن الكفارة فيها معنى العقوبة، ومعنى العبادة؛ لأن في سببها محظورًا ومباحًا، وهو الظهار والعود وإذا اجتمع فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة، لم يكن الكافر من أهل العبادة لم يمكن إيجابها في حقه، وهذا أحسن من دعوى كون الكفارة عبادة على الإطلاق. واعتمدوا من حيث الحكم على التكفير بالصوم فإنه تكفير[3]، وإنما وقع في هذه الصورة كفارة وإذا[4] كان من أهل الكفارة وصام (وجب أن يصح صومه)[5] لما قلتم من المعنى وحين لم يصح دل أن المانع ما ذكرناه.

قالوا: وقولكم: إنه من أهل أن لا يكون عليه إثم الظهار.

قالوا: بلى، ولكن لا طريق له في هذه الصورة.

قالوا: وأما الحدود محض[6] عقوبة على الجرائم فيصح إثباتها في حق

= ٢١٤٨٨، ٢١٥٣٦.

(١) رواه البخاري في صحيحه: ١٣/٤٤٠ مع الفتح بلفظ: (إن رحمتي سبقت غضبي) رقم (٧٤٥٣).

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) في (ز): تكفير وتطهير.

(٤) في (ز): فإذا.

(٥) في الأصل: يصح وَجَبَ أن صومه.

(٦) في (ز): فمحض.

الكفار[١]، واعترضوا على فصل الإيلاء وفرقوا بينه وبين الظهار، وهو أن الإيلاء يمين بمنع[٢] نفسه من الوطء (فعلى ما)[٣] عرف من أصولنا أن موجب الإيمان البر فيها، وهو من أهل هذا الموجب، فيكون من أهل الإيلاء، وأما الكفارة خلفٌ عن البر فغاية ما في الباب فوات الخلف في حق الذمي، وفوات الخلف لا يمنع انعقاد العقد للواجب الأصلي، وأما الطلاق الواقع بالإيلاء إما لأنه طلاق في الجاهلية دخله الأجل، أو لأنه قصد إضرارها بالامتناع من الوطء باليمين عوقب بجعله طلاقًا، وأما في مسألتنا فموجب الظهار ما[٤] بيّنا، وليس من أهل موجبه على ما سبق.

قالوا: وأما إذا ارتد بعد الظهار فإنه[٥] إنما بقي لأن السبب إنما يُعتبر منعقدًا لموجبهِ في ابتداء العقد، فأما في حال البقاء فلا ينظر إليه، ألا ترى أن اليمين بالطلاق تصح في حال النكاح، ثم أنه لو أبان المرأة وانقضت عدتها بقيت اليمين وإن كان[٦] لا تصح ابتداء فكان[٧] المعنى ما بيّنا، كذلك[٨] في مسألتنا، وأما إذا كفّر بعد الردة فعندنا هو موقوف لتوقف حاله على ما عرف من أصولنا أن تصرفات المرتد موقوفة فإذا أسلم حينئذ[٩] تصح

(١) في (ز): الكافر.
(٢) في (ز): يمنع بها.
(٣) في (ز): وقد.
(٤) في (ز): هو ما.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): كانت.
(٧) في (ز): وكان.
(٨) في (ز): كذا.
(٩) في (ز): فحينئذ.

عن الكفارة وقد اعتبر بعضهم الظهار بالنذور[1]، وقال: الظهار سبب لالتزام العبادة فلا يصح من الكافر.

دليله: النذر وأن[2] نذره باطل بالإجماع.

الجواب:

قولهم ليس[3] من أهل موجب الظهار قد بيّنا أنه من أهل موجبه وفصل التمسك بالكفارة فالجواب عنه من وجهين[4]: أحدهما: أن موجب الظهار ليس على ما قالوا، بل موجبه تحريم مطلق؛ لأن السبب مطلق فيكون الموجب مطلقًا، ولأنا إذا جعلنا الكفارة غاية لم تكن كفارة؛ لأن الكفارة واجبة (له معنى)[5] فلابد من اعتبار معناه[6] من التغطية والستر والغاية لا يوجد فيها تغطية ولا ستر إنما هي مجرد وجود[7] زمان يتم مدة الحكم بوجوده، فأما[8] نحن نقول: موجب الظهار تحريم مطلق وينكشف بالكفارة مثل ما قلنا[9] في الطلاق الثلاث إن موجبه (تحريم مطلق)[10] وينكشف بالزوج الثاني، (وكان)[11]

(١) في (ز): بالنذر.
(٢) في (ز): فإن.
(٣) في (ز): أنه ليس.
(٤) في (ز): طريقين.
(٥) في (ز): لمعنى.
(٦) في (ز): معناها.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): وأما.
(٩) في (ز): قلتم.
(١٠) في (ز): التحريم المطلق.
(١١) في (ز): وكان انكشاف التحريم بانكشاف وزر الظهار.

إثبات التحريم نوع معاقبة على ما ارتكبه من القول المُنكَر والزور، وإذا انكشف الزور انكشف الحرمة، وإذا ثبت أن موجبه تحريم مطلق إلا أنه ينكشف بالكفارة ففوات الكاشف في حق الكافر لا يمنع صحة الظهار لوجود موجبه.

فإن قالوا: فإذا لم يكن كاشف يكون التحريم مؤبّدا والظهار لا يوجب مثل هذا التحريم.

قلنا: لا نقول أنه تحريم مؤبد بل إنما ادعينا أنه ليس بتحريم مؤقت على ما زعموا، بل[1] تحريم مطلق يوجد له كاشف، فصح أصله من الكافر، وأما الكاشف في حقه ثابت بأن يُسلم ويكفّر.

فإن قالوا مع تمسكه بالكفر لا نتصوّر الكفارة.

قلنا: إنما يعتبر وجود الكاشف في حقه بوجود سبيل له إلى فعله، وقد [٢٤٧/ب] وجد ذلك إسلامه وتكفيره، وهذا مثل الصلاة في حق المحدث والجنب يحكم بوجوبها عليهما[2]؛ لأن السبيل إلى فعلها في حقهما[3] حاصل بفعل الوضوء والاغتسال فاستقام إيجابها كذلك هاهنا.

فإن قالوا: إن الوضوء والاغتسال شرطٌ خاصٌ للصلاة فيوجب الصلاة بتقديرهما تبعًا، وأما الإسلام ليس بشرطٍ خاصٍ بل هو أصل في كل العبادات، فلا يستقيم إيجاب الكفارة بتقديرهما[4].

(١) في (ز): بل هو.
(٢) في الأصل: عليها.
(٣) في الأصل: حقها.
(٤) في (ز): بتقديره.

قلنا: هذا فرق صورة، وإنما العبرة بما بيّنا من تسهيل السبيل إلى فعله لئلا يؤدي الإيجاب إلى إيجاب ما ليس في وسع الإنسان وهذا جواب معتمد، وفيه تمشية المسألة من غير مساس الحاجة[1] لجانب الكفارة.

الجواب الثاني: إن الكافر من أهل الكفارة بدليل ما بيّنا، وأما فصل الصوم فالتعلق به لا يصح؛ لأن الكافر من أهل العتق فيصح منه التكفير بالعتق وليس من أهل الصوم فلا يصح منه التكفير بالصوم، وبهذا لا يندفع الإشكال ويقولون: صححوا منه الصوم في هذه الصورة، لأنه تصح كفارة وهو من أهل الكفارة عندكم، وقال: بعض أصحابنا في الكفارة معنى العبادة والعقوبة، فإذا كفّرنا بالصوم صححنا[2] على جهة العبادة، وإذا كفّرنا بالعتق صححنا[3] على جهة العقوبة كالحد، يقام على التائب طُهرةً وعلى المصرّ عقوبةً، وعلى هذا الجواب لابد من تسليم وجود[4] معنى العبادة في الكفارة، وإذا كان فيه معنى العبادة فلابد من أهلية العبادة، ليوجد معنى العبادة، والتقسيم[5] ضعيف عند التأمل؛ لأن المعنى الذي وضعه الشرع في واجب لا يجوز أن يعرض عنه بالكلية.

وفي الحد قالوا: هو عقوبة بكل حال إلا أنه عقوبة لم يعف عنه بالتوبة فالجواب[6] المعتمد هو: أن نسلّم معنى[7] العبادة في الكفارة بكل حال سواء

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): صححناه.
(٣) في (ز): صححناه.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): التسليم.
(٦) في (ز): والجواب.
(٧) في (ز): وجود معنى.




وُجد أداؤها من المسلم أو من[1] الكافر إلا أنا نقول: إن العتق ليس بعبادة وضعًا بل هو إسقاط ملك، ولهذا صح من الكافر، وأما معنى العبادة هو[2] عارض بصفة الكفارة ولولا صفة الكفارة ما كان فيه معنى العبادة، وقد بيّنا أن الكفارة معنى يتصور وجوده في حق الكافر فصح منه أيضًا هذه الكفارة وإن كان فيها معنى العبادة لأنا إنما لم نصحح العبادات من الكافر[3]؛ لأن موجبها الثواب، والثواب هو الجنة والله تعالى حرّم الجنة على الكافر[4]، وهاهنا ليس هذه العبادة لأجل نيل الجنة إنما هي ليكون المفعول كفارة والكفارة واجبة لمعنى لا ينافيه الكفر فصح منه التكفير وإن كان فيه معنى العبادة.

فإن قالوا: مَنْ لا يعرف الله كيف يعبد الله؟.

قلنا: الأصل أن كل عباد الله يجوز أن يعبدوا الله وعلى أن في زعمه أنه يعرف الله فحكم هذا منه بناء على زعمه كالأنكحة وكثير من الأشياء على ما عرف من المذهبين. وخرج الصوم على هذا لأنه في وضعه عبادة موضوعة لنيل الجنة، فلم يكن الإعراض عن وضعه فاعتبر وضعه مع وصف الكفارة، وفي العتق والإطعام أخذ معنى العبادة من وصف الكفارة على ما سبق.

وأمّا قولهم: إن محو السيئات بالعبادات.

قلنا: بل الحسنات على ما وَرَدَ به النص، وَكُلّ مستحسَن في الشرع حسنة، وإن لم يكن عبادة، وعلى أن محو السيئات بامتثال الأمر وَمَنْ أُمِر

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): فهو.
(٣) في (ز): الكفرة.
(٤) في (ز): الكفار.

بشيء لمعنىً، فإذا امتثل المأمور به[1] وجد ذلك المعنى، ولا يجوز أن (يقال: إنه)[2] بطريق مقابلة الثواب بالعقاب؛ لأن المقابلة حقيقة إنما يكون بالموازنة[3] ولا تعرف هذه الموازنة بين الثواب والعقاب في السيئات والحسنات، وكذلك في التوبة نقول: إنما تمحو السيئات لأجل امتثال الأمر؛ لأنه استحق بالتوبة من الثواب ما يقابل العقاب بارتكاب جميع الفواحش فلا طريق إلا ما ذكرنا[4]، والاعتماد على هذا الجواب أولى، وهو جارٍ على متن المذهب.

وأما فصل الإيلاء لازم[5] عليهم، وعذرهم في نهاية الضعف، ووجه الإلزام وهو[6]: أن الإيلاء وإن كان موجبه الامتناع من الوطء لكن بشرط التزام الكفارة أو ما يقوم مقام الكفارة عند الوطء، وهذا لا يوجد في حق الذّمي، كما أن الظهار موجبه التحريم، لكن بشرط رفعه بالكفارة، فلا فرق (بينهما معنىً)[7]، ثم لما صح الإيلاء من الذّمي من غير نظرٍ إلى الواجب بالوطء، وجب أن يصح منه الظهار من غير نظر إلى الواجب من الكفارة، وأما فصل البقاء فلازم أيضًا، ووجه[8] الإلزام هو أن السبب كما لا ينعقد إلا بحكمه فلا يبقى إلا بحكمه، وحين بقي بعد الردة عندهم، دل أن حكمه

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): تكون.
(٣) في (ز): بموازنة.
(٤) في (ز): ذكرناه.
(٥) في (ز): فلازم.
(٦) في (ز): هو.
(٧) في (ز) ك من حيث المعنى.
(٨) في (ز): وحرف.

[٢٤٨/أ] يجوز ثبوته في حق الكافر، وأما المسألة التي استشهدوا بها فهي على أصولهم، وعندنا يسقط عقد اليمين بالبينونة ونستدل عليهم بجواز العتق عن الكفارة بعد الردة.

وقولهم: إنه موقوف يلزمهم النية عن الكفارة والنية عن التكفير لا تتصور أن توقف، وأما فصل النذر فقد ظهر الجواب فيما سبق عنه (وليس يشبه مسألتنا)[١]، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

المظاهر إذا وطء المرأة التي ظَاهَرَ منها في خلال الشهرين بالنهار ناسيًا، أو بالليل عامدًا فلا[٢] يلزمه استئناف الصوم عندنا[٣] خلافًا لهم[٤].

لنا:

أن هذا وطء لم يفسد الصوم فلا يفسد التتابع.

دليله: إذا وطء غير التي ظَاهَرَ منها وهذا لأن التتابع صفة الصوم وإذا لم يفسد الصوم وجب أن لا يفسد التتابع.

والمعتمد: أن الله تعالى أوجب صوم شهرين قبل المسيس فصارت القَبَلِيّة مأمورًا بها، وإذا[٥] وطء في خلال الشهرين فقد أخل بالأمر إلا أن

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٢) في (ز): لا.
(٣) المهذب: ٤/٤٣٠، النكت: ورقة ٢٣٧/أ، روضة الطالبين: ٨/٣٠٢.
(٤) بدائع الصنائع: ٦/٢٩٣٤.
(٥) في (ز): فإذا.

بإخلاله بالمأمور به لم يسقط الأمر فلا يخلو إما أن يمضي أو يستأنف فنقول: المضي أولى لأنه إذا استأنف (إلى أن يصوم)[1] الشهرين كلاهما بعد المسيس، وإذا مضى أتى بصوم أحدهما قبل المسيس والآخر بعد المسيس فنقول: قَدِرَ على موافقة الأمر في أحد الشهرين فلا يجوز الإخلال به كما لو قدر على موافقته في كلا الشهرين لم يجز الإخلال به. ونظيره[2] قوله: ﴿وَسَبِّحْ بِحَمْدِ رَبِّكَ قَبْلَ طُلُوعِ ٱلشَّمْسِ وَقَبْلَ غُرُوبِهَا﴾[3] ثم لو افتتح العصر وغربت الشمس في خلال الصلاة وجب عليه المضي، ولا نأمر[4] بالاستئناف، وهذا نظير مسألتنا صورة ومعنىً، وهو ظاهر عند التأمل.

فإن قالوا: أليس أنه لو استأنف يجوز؟ وإنما الكلام في الوجوب.

قلنا: لا، بل يجب عليه المضي وإذا استأنف يكون مُضِيًا على صوم الشهرين، فإذا تَمّ (صوم الشهرين)[5] فالزيادة فعل مبتدأ.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: أمر الله تعالى بصوم شهرين قبل المسيس، وفي إيجاب صوم شهرين قبل المسيس إيجاب صوم شهرين خاليين عن المسيس قطعًا وصار[6] كل واحد منهما مأمورًا به، وقد عجز عن القيام بأحد أمرين[7] فيلزمه القيام

---

(١) في (ز): أتى بصوم.
(٢) في (ز): ونظير هذا.
(٣) سورة طه، آية: ١٣٠.
(٤) في (ز): ولا يؤمر.
(٥) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٦) في (ز): فصار.
(٧) في (ز): الأمرين.

بالثاني[١]، وذلك بالاستئناف.

يبينه: أن الأمر لم ينفسخ وإنما ظهر العجز وبالعجز لا يسقط الأمر، وإذا بقي الأمر المصرّح به بقي ما تضمّنه من الأمر الثاني غير أن العجز وُجِدَ في الأول ولم يوجد في الثاني فيسقط فعل الأول بالعجز مع بقاء أصل الأمر ووجب الأمر الثاني لعدم العجز.

قالوا: وأما الذي قلتم[٢] فليس بصحيح؛ لأنه إذا مضى لم يوجد امتثال واحدٍ من الأمرين وإذا استأنف وُجِدَ امتثال أحد الأمرين، وهذا حرفهم.

قالوا: وقولكم: إنه إذا مضى أتى بأحد الشهرين قبل المسيس لا يصح؛ لأن المأمور به (إثبات كلا الشهرين)[٣] قبل المسيس وعلى أن في الاستئناف حفظ كلا الأمرين في كل الشهرين، وفي المضي حفظ أحد الأمرين في أحد الشهرين فكان الأول أولى؛ لأنه أقرب إلى موافقة الآية.

❁ **الجواب:**

أن جميع ما قلتم[٤] يدخل عليه فصل صلاة العصر وغروب الشمس في خلالها وإن كان الأمر في مسألتنا يتضمن الأمر بالإخلاء ضرورة (ففي هذا الموضع كذلك)[٥] ولا يتبيّن فرق ألبتة، ثم نقول: ليس الأمرُ من الشرع[٦]

(١) في (ز): بالأمر الثاني.
(٢) في (ز): قلتموه.
(٣) في (ز): الإتيان بشهرين.
(٤) في (ز): قالوه.
(٥) في (ز): فكذلك في هذه المسألة أيضًا يتضمن الأمر بالأخلاء ضرورة.
(٦) في (ز): صاحب الشرع.

إلا ما نطقت الآية به وهو صيام شهرين قبل المسيس كأن الله تعالى حرّم وطء المظاهر عنها إلا بعد ما يوجد العتق أو صوم الشهرين، وصارت الكفارة إما مُنهيًا(١) للحرمة أو كاشفًا(٢) لها على ما سبق، وأما(٣) إخلاء الشهرين عن المسيس فلا يتناوله الأمر إنما(٤) هو اتفاق وقع، لأنه لا يتصور به(٥) إلا هكذا، وهذا لأن تقديم صوم شهرين على المسيس إنما وجب لمعنىً وهو ما قلناه أن لا يطأ حتى يكفِّر وفي هذا المعنى هذا الأمر الواحد كافٍ فلا يجوز إثبات أمرٍ آخر(٦) لا معنى له فيما قُصِدَ له الأمر، وهو مثل إيجاب صلاة العصر قبل غروب الشمس لا يُثبت الأمر بالإخلاء في هذا الأمر لأن المقصود من الأمر (المنطوق به)(٧) أن لا يؤخّر صلاة العصر عن غروب الشمس، وقد حصل به(٨) المقصود بالأمر المنطوق به، فلم يجز معه إثبات أمر آخر، وقيل: إن تقديم العصر على غروب الشمس وإن تضمّن إخلاء العصر عن المغرب(٩) فليس بمقصود بالأمر(١٠) لكنه اتفاق وَقَعَ والأمر واحد، كذلك في مسألتنا. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب [٢٤٨/ب].



(١) في (ز): منهية.
(٢) في (ز): كاشفة.
(٣) في (ز): فأما.
(٤) في (ز): وإنما.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): الغروب.
(١٠) في (ز): الأمر.

مَسَائلُ منَ الكَفَّارة

※ (مَسْألة):

لا يجوز إعتاق الرقبة الكافرة عن كفارة الظهار وكفارة اليمين عندنا[١].

وعندهم: يجوز[٢].

❁ **لنا:**

أن القياس دليل الله تعالى في الشرعيات وصفة الإيمان في كفارة القتل شرعُ الله تعالى فثبت في نظيرها بالوصف الجامع، وصفة الكفارة وصف جامع بين الرقبتين، فنقول: رقبة وجب إعتاقها في كفارة، فكانت واجبة بصفة الإيمان.

دليله: كفَارة القتل.

فإن قالوا: هذا مجرد شبه[٣] فلا يكون حجة وطلبوا بيان التأثير.

قلنا: القياسُ رَدُّ فرع إلى أصل بوصفٍ جامعٍ (مفيدٍ للظن)[٤]، وإذا كان

---

(١) الأم: ٥/٦٨٠، المهذب: ٤/٤٢٣، النكت: ورقة: ٢٣٤/ب، الروضة: ٨/٢٨١.

(٢) مختصر الطحاوي: ص ٢١٣، المبسوط: ٧/٢، البدائع: ٦/٢٩٢٧، رؤوس المسائل: ص ٤٢٧.

(٣) في (ز): تشبيه.

(٤) في (ز): مغلب على الظن.

كل واحد كفارة يفيد ظَنًّا باجتماعهما في صفة الإيمان ووجد[١] الظن بلا إشكال إلا أنه لا يكون في القوة مثل الظن عند بيان التأثير، وهذا لأن المشابهة داعية إلى المشابهة، وإذا[٢] اشتبهت الصورتان كفارةً اشتبهتا حكمًا.

وعلى هذا نقول في قياس الظهار على الظهار وقياس القصاص على القصاص والزكاة على الزكاة أعني العُشر وما أشبه ذلك ثم نقول في إظهار التأثير: إن الكفارة ضمان جناية على حق الله، ولهذا تمحض حقًا له[٣] وضمان حق الله تعالى يكون بقضاء حق الله وقضاء حق الله تعالى على العباد و[٤] العبادة، وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾[٥] وهو نص في خبر معاذ بن جبل المعروف فإنه عليه السلام فسّر حق الله تعالى على العباد بالعبادة[٦] وطريق قضاء الله بالعبادة هو التحرير، لأن العبد ممنوع عن كثير من العبادة لحق سيده، مثل الجمعة، والحج، والجهاد، وكذلك لا تجب حقوق المال عليه لعدم المال، فإن الله تعالى بلطيف حكمته أوجب تحرير رقبة في هذه الصورة، لأن العتق فك الرقبة (من مانع)[٧] الرق، وقد قلنا إن الرق مانع عن قضاء حق[٨] الله، وإذا زال المانع وصل إلى قضاء (حق الله)[٩]،

---

(١) في (ز): ووجود.

(٢) في (ز): فإذا.

(٣) في (ز): لله.

(٤) في (ز): هو.

(٥) سورة الذاريات، آية: ٥٦.

(٦) يشير إلى مضاف.

(٧) في (ز): عن موانع.

(٨) زيادة من (ز).

(٩) في (ز): حقه.

وعند الوصول إلى قضاء حقه يكون حصول قضاء حقه فيقوم الحاصل من قضاء حقه بهذا الطريق مقام ما فات من حقه بالجناية على حقه، هذا هو غاية الإمكان في معرفة حقيقة الضمان الواجب لحق الله تعالى.

فإذا[١] عُرف هذا الأصل فنقول: إنما قيّد الشارع[٢] الرقبة بالإيمان في كفارة القتل؛ لأن مع الإيمان يسهل الوصول إلى قضاء حقه فيوجد قضاء حقه، فأما مع الكفر فلا؛ لأن الكافر ليس من أهل قضاء حقوق[٣] الله بالعبادة، ألا ترى أن غاية ما يصح وجوده منه هو الإيمان، وإذا وُجِدَ الإيمان لم يكن كافرًا وهذا الذي قلناه موجود في كل كفارة واجبة فتقيّدت الرقبة في الكل بالإيمان لاشتراك[٤] الموجود اسمًا وحقيقة، وقد ذكر الأصحاب أن المعنى في تقييد الرقبة بالإيمان هو: أن الكافر خبيث والكفارة إنفاق، والإنفاق في حق الخبث حرام، وليس هذا بشيء؛ لأن الكفارة إن كانت إنفاقًا فهو بالرق الذي يملكه، وليس في الرق خبث إنما الخبث في اعتقاده.

ومن أصحابنا مَنْ قال: إن الكفارة صرفٌ واجبٌ إلى شخصٍ فلا يجوز إلا إلى المؤمن كالزكاة، وهذا ضعيف أيضًا لأن العتق ليس إلا إتلاف الرق وإسقاطه، وليس في إتلاف الرق صرف الشيء إلى أحدٍ، والساقط يتلاشي فكيف ينصرف إليه؟ وهذا الاعتراض وإن كان قويًا، ولكن الكلام الذي قاله الأصحاب في هذا الفصل أمثل من الأول؛ لأن الإعتاق[٥] إنعام على العبد

(١) في (ز): وإذا.
(٢) في (ز): الشرع.
(٣) في (ز): حق.
(٤) في (ز): للاشتراك.
(٥) في (ز): العتاق.

ولهذا سُمّي مَولى العتاق[1] مَولى النعمة وفي الإنعام على الشخص[2] معنى صرف شيء إليه، والمخالف يقول أيضًا على هذا الفصل: أن عندي صرف الكفارة إلى الكفار يجوز[3] إلا أن هذا ليس بشيء لأن عنده إنما يجوز إلى أهل الذّمة لا إلى أهل الحرب[4]، ولو أعتق حربيًا عن كفارة اليمين يجوز عندهم[5].

وقال بعض أصحابنا: إن الرق في الكافر ناقص لقيام سببه، وهو الكفر، فلا يكمل تحرير رقبته وهذا ليس بشيء؛ لأن غيره من الكفار أحرار على الكمال فلا إشكال، إنما يسترق بسببه، فبالإعتاق يصير حرًا على الكمال، والاعتماد على ما سبق.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلقوا [٢٤٩/أ] بظاهر قوله تعالى: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾[6] وقد حرّر رقبة فخرج عن عهدة الأمر، وتحريرهم: حرر رقبة بقدر ما لزمه بالنص فوجب أن يجزئ عن كفارته.

دليله: إذا أعتق مؤمنة قالوا: وحملُ المطلق على المقيد بظاهر الخطاب باطل في أحد الحادثتين لأن تقييد الخطاب بشيء في موضعٍ لا يوجب (تقييد

---

(١) في (ز): الإعتاق.

(٢) في (ز): شخص.

(٣) عند الحنفية. ينظر: بدائع الصنائع: ٢٩١٤/٦.

(٤) ينظر: بدائع الصنائع: ٢٩١٤/٦.

(٥) ينظر: المبسوط: ٢/٧.

(٦) سورة النساء، آية: ٩٢، والمجادلة، آية: ٣.

مثله)[1] في موضع آخر، كما أن تخصيص العموم في موضع لا يوجب تخصيص العموم في موضع آخر، ولأنه لو وجب حملُ المطلق على المقيد بظاهر الخطاب لم يكن ذلك أولى من حمل المقيد على المطلق بظاهر الورود، وهذا لأن التقييد له حكم والإطلاق له حكم وحمل أحدهما على صاحبه مثل حمل صاحبه عليه؛ لأن كل واحد منهما ترك الخطاب[2] من تقييدٍ أو إطلاقٍ هذا في الحادثتين، ومسألتنا من باب الحادثتين لأن القتل والظهار حادثتان مختلفتان قطعًا ولهم في الحادثة الواحدة خلاف ثم[3] قالوا: (التقييد في)[4] الرقبة بالإيمان في كفارة القتل ليس إلا بالنص وقياس كفارة الظهار واليمين عليه باطل؛ لأن من شرط صحة القياس أن لا يلاقي موضع النص وكفارة الظهار واليمين منصوص عليها بالرقبة المطلقة فَبَطَلَ قياسها[5] على كفارة القتل، وهذا لأن حقيقة المطلق أن لا يكون فيه تعرض تقييد[6] بصفةٍ مّا فإذا قيّدتم الرقبة بصفة الإيمان فقد زدتم على النص؛ لأن التقييد على المطلق زيادة قطعًا.

وربما عبّروا عن هذا فقالوا: هو نسخ؛ لأن تقييد المطلق تغيير[7] والتغيير نسخ، وهذا معنى قولهم: إن الزيادة على النص نسخ.

---

(١) في (ز): تقييده به.
(٢) في (ز): للخطاب.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): تقييد.
(٥) في (ز): قياسهما.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): تغييره.

قالوا: ودعوى العموم باطل؛ لأن العموم إنما يكون في الألفاظ فإذا لم يكن في اللفظ تعرض للصفة لم يستقم دعوى العموم بوجهٍ مّا؛ لأن الرقبة اسم للواحدة من الرقاب فلو ثبت العموم لكان في الأوصاف، وقد بيّنا وجه فساده وهذا لحقيقةٍ: وهو[1] أن الرقبة اسم الذات[2] فحسب، وربما قالوا: الرقبة اسم (الأجزاء المجتمعة)[3] على تركيبٍ مخصوصٍ حسيًّا مرقوق حكمًا ومن هذا قول الأعرابي حين ضرب يده[4] على رقبته، وقال: **(والله لا أملك إلا رقبتي هذه)**[5] والأعرابي وإن كان حرًا، فشرطنا الرق في مسألتنا لتستقيم رقبةً لمحل العتق وإذا كان كذلك فالإيمان والكفر ليس من الأجزاء المحسوسة في الرقبة فلا ينتظم اسم الرقبة، وإنما هو صفتان مكسوبتان[6]، وربما يقولون صفتان راجعتان إلى الاعتقاد المحض، وإذا كان كذلك فيكون شرط صفة الإيمان زيادة على النص؛ لأن النص إذا تناول ما هو اسم الأجزاء المحسوسة ولم يكن الكفر والإيمان من الأجزاء المحسوسة فيكون إثباته زيادة وصفٍ[7].

قالوا: وبهذا فارق السلامة من العيوب؛ لأن السلامة من العيوب بوجود الأجزاء المحسوسة والرقبة اسم يشتمل على الأجزاء المحسوسة ليكون شرط السلامة في الحقيقة تخصيصًا؛ لأنها إخراج بعض ما تضمنه اللفظ بخلاف

---

(١) في (ز): وهي.

(٢) في (ز): للذات.

(٣) في (ز): لأجزاء مجتمعة.

(٤) في (ز): بيده.

(٥) رواه البيهقي في سننه ٣٩٠/٧ من طريق سليمان بن يسار عن سلمه بن صخر.

(٦) في (ز): منسوبتان.

(٧) زيادة من (ز).

مسألتنا على ما سبق.

قالوا: وهذا في العيب الفاحش، فأما العيب اليسير فلا يعتبر[1] به؛ لأنا[2] لو اعتبرنا أدّى إلى أن لا تجزيء رقبة[3]؛ لأن الرقبة قلّ ما تخلو عن عيبٍ يسيرٍ.

وبعضهم قال: العيب الذي يفوّت منفعة الجنس يوجب هلاك الرقبة حكمًا على ما عرف فيكون التحرير للرقبة حاصلًا من وجهٍ غير حاصل من وجهٍ، فلهذا لم يجز، وهذا غير موجود في الكافر[4].

وقالوا في الخرساء والمجنونة: إن النقصان في العقل والنطق قد نُزِّل منزلة النقصان في الجزء بدليل الضمان فما يمنعُ به[5] فواتُ سائر الأجزاء يمنع به[6] فوات العقل، والنطق لما بيّنا[7] هذا معتمدهم، وقد منع بعضهم قياس كفارة الظهار على كفارة القتل؛ لأن فيه إثبات الكفارة بالقياس، أو[8] لأن فيه قياس ما خَفّ حكمه على ما يَغلُظُ حكمه في حكم هو علامة التغليظ.

الجواب:

(عن كلماتهم)[9] أما تعلقهم بالآية، قلنا: نحن نقول بموجب الآية فإن

(١) في (ز): يعتد.
(٢) في (ز): فإنا.
(٣) في (ز): رقبةٍ ما.
(٤) في (ز): الكافرة.
(٥) في (ز): منه.
(٦) في (ز): منه.
(٧) في (ز): لما بينا من أنه نزل منزلة الأجزاء.
(٨) في (ز): و.
(٩) ليست في (ز).

الآية (ما تضمنت إلا إيجاب تحرير)[1] رقبة، وعندنا لا[2] يجب (بالآية إلا هذا القدر)[3]، فأما صفة الإيمان فليس له تعرض في الآية، بنفيٍ ولا بإثبات[4] فيتعرض[5] لها القياس؛ (لأن الأصل أن ما يتعرض له يتعرض له القياس)[6]، وهذا هو الجواب عن قولهم: إن القياس في موضع النص باطل؛ لأن هذا القياس في غير موضع النص فإنه مستعمل لإثبات[7] صفة الإيمان، والنص لم يتعرض له كما بيّنّاه.

أما قولهم: إن الآية أوجبت رقبة [٢٤٩/ب] مطلقة، وأنتم قيدتم بصفة الإيمان.

قلنا: ليس معنى الإطلاق والتقييد إلا أن الآية لم يوجب إلا رقبةً لم يذكر لها صفة أصلًا في الآية، والقياس أوجب صفة[8] الإيمان فيقيد المطلق على معنى أنه انضم صفة الإيمان الثابتة بالقياس إلى أصل الرقبة الواجبة بالكتاب.

وقولهم: إن التقييد نسخ، فليس كذلك بل هو ما ذكرنا[9] فحسب، ثم

(١) في (ز): إنما تضمنت الإيجاب لتحرير.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): في فوات.
(٥) في (ز): فتعرض.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): في فوات.
(٨) في (ز): اعتبار صفة.
(٩) في (ز): ذكرناه.

نذكر الكلام على وجه آخر يزول[1] الإشكال، وَيُظْهِرُ أن مَنْ قال: إن إثبات صفة الإيمان نسخ للآية فقد قال من غير رويّةٍ، وتفكرٍ[2] وما من كلمةٍ[3] إلا وفوقها كلمة[4]، وما من عالمٍ إلا وفوقه عالم[5]، ووجه بيان أن[6] ما ذكرناه ليس بنسخ؛ لأن النسخ تغيير لحكم الآية، وإثبات صفة الإيمان لم يتضمن تغيير الآية بوجهٍ مّا[7]، وذلك لأن الآية لم تتضمن إلا إيجاب أصل التحرير في الرقبة فحسب، وجواز الكافرة أو[8] المؤمنة إنما يكون لا، لأن الآية تعرض لها بتحرير، لكن لأن الرقبة لما وجبت بالآية ولم يقم دليل على إثبات الصفة فلابد أن تجزيء رقبة[9] الكافرة[10] والمؤمنة؛ لأنه قد أتى بالواجب الذي عليه، ولا نقول: إن الآية تضمنت الإجزاء لكونها رقبة بل ما تضمّنت إلا الإيجاب فحسب، والإجزاء بدون اعتبار زيادة كان لعدم قيام الدليل على الزيادة فلم يكن متضمنًا تغيير الآية بل تضمن إثبات حكم ثبت بالقياس إلى حكم ثبت بالآية من غير ثبوت تغيير أصلًا في مقتضى الآية، ومتضمّنها، وهذا مثل قولنا في ضم التغريب إلى الجلد، وقد ذكرناه في تلك المسألة في كتاب الحدود[11] وهذا جواب معتمد ولا نحتاج إلى دعوى العموم.

---

(١) في (ز): يزيل.
(٢) في (ز): وفكر.
(٣) في (ز): طاقة.
(٤) في (ز): طاقة.
(٥) في (ز): عليم.
(٦) زيادة من (ز).
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): و.
(٩) في (ز): الرقبة.
(١٠) في (ز): أو.
(١١) ينظر: ٤/٢١٧ من هذا الكتاب.

فإن[1] ادّعينا العموم على ما قاله الأصحاب فهو صحيح أيضًا لأن[2] الرقبة لا تنفك عن صفة الإيمان أو[3] الكفر كما لا تنفك عن صفة السلامة أو العيب والرقبة وإن كانت مُنَكّرة وهي تتضمن الواحد لكن من حيث الشخص، وأما من حيث الصفة فتضمن العموم على طريق المناولة[4] في الصفات على معنى أنها يجوز على أيّ صفة كان وهو مثل قولهم: «رأيتُ رجلًا»، (فإن فيه)[5] معنى العموم؛ لأن ما من رجل إلا ويجوز أنه رآه وإذا ثبت[6] هذا فنقول: إخراج الرقبة الكافرة محض تخصيص مثل إخراج الرقبة المعيبة.

وقولهم: إن العيوب وعدم العيوب نقصان وزيادة في الأجزاء، والكفر والإيمان ليس مما يعود إلى الأجزاء، فليس بشيء، لأنهما[7] وإن لم يعودا إلى الأجزاء لكن لمّا وُصفت الرقبة بهما ولم[8] يتصوّر انفكاك الرقبة عنهما صح دعوى العموم مثل قوله: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾[9]، فإنه عام في الذكور والإناث، وإخراج الإناث تخصيصٌ إجماعًا وإن كان اسم المشرك[10] ليس

---

(١) في (ز): وإن.
(٢) في (ز): فإن.
(٣) في (ز): و.
(٤) في (ز): المناوبة.
(٥) في (ز): ففيه.
(٦) في (ز): تبين.
(٧) في (ز): فإنهما.
(٨) في (ز): ولا.
(٩) سورة التوبة، آية: ٥.
(١٠) في (ز): الشرك لمعنى.

له تعلّق بصفات الشخص في أصل الخِلْقَة، (والذكور والإناث من صفات)[1] الخلقة ولكن لما كان المشرك لا ينفك عن هذين الوصفين بحالٍ صح دعوى العموم في الآية، كذلك في مسألتنا، وأما مسألة المجنون والأخرس فلازم[2].

وقولهم: إنه ينزل منزلة الأجزاء فكذلك في مسألتنا وجب أن يكون كذلك.

وأما الذي قالوا[3]: إن إثبات الكفارة بالقياس لا يجوز.

قلنا: يجوز عندنا[4]، والمسألة في الأصول وعلى أن هذا ليس بإثبات أصل الكفارة إنما هو إثبات صفة[5] الكفارة، وقد استعملوا القياس في كفارة الفطر، وقاسوا الفطر بالأكل على الفطر بالوطء[6][7]، والله أعلم.



(١) في (ز): والذكورة والأنوثة من صفات أصل.
(٢) في (ز): فإلزام صحيح.
(٣) في (ز): قالوه من.
(٤) ينظر: قواطع الأدلة للمؤلف: ٤/٨٩.
(٥) في (ز): وصف.
(٦) في (ز): بالجماع.
(٧) ينظر: أصول السرخسي: ١/٢٤٤.

※ (مَسْألَة):

لا يجوز إعتاق المكاتب عن كفارة الظهار عندنا وكذلك في جميع الكفارات[(١)] خلافًا له[(٢)(٣)].

لنا:

أن المكاتب خارج عن ملكه من وجه فلا يتأدى بعتقه الكفارة وهذا لأن الواجب إخراج جميعه عن ملكه عتقًا بهذه الجهة فإذا كان خرج عن ملكه من قبلُ من بعض الوجوه وبقي من بعض الوجوه فإذا أعتقه فلم يُخرج جميعَه عن ملكه بهذه الجهة فلم[(٤)] يسقط عنه الواجب.

والحرف: أنه أخلّ بالواجب عليه فلم يسقط عنه الواجب عليه، ثم الدليل على أنه خارج عن ملكه من وجهٍ أنه مالك من وجهٍ بإجماع الفقهاء. ومعنى قولنا: «إنه مالك من وجه» أنه استحق أكسابه[(٥)] ومنافعه، وصار أحق (بنفسه منه)[(٦)]، وصار مثل الحر (في هذه الأشياء)[(٧)] وإنما قلنا: إنه مثل الحر في هذه الأشياء لأنه ليس يتصرف بالنيابة عن السيد، وليس استحقاقه

---

(١) الأم: ٢٨١/٥، ٦٦/٧، المهذب: ٤٢١/٤، النكت: ورقة: ٢٣٥/أ، الروضة: ٢٨٦/٨.

(٢) في (ز): وعندهم يجوز.

(٣) الأسرار: ٢٠٤/٢/ب عارف حكمت، المبسوط: ٥/٧، ١٤٤/٨، البدائع: ٢٩٢٢/٦، رؤوس المسائل: ص ٤٢٨.

(٤) في (ز): فلا.

(٥) في (ز): اكتسابه.

(٦) في (ز): بالتصرف فيها.

(٧) في (ز): فيها.

ليكون المستحق السيد بل يتصرف بنفسه[1]، ويستحق ما يستحقه ليكون له.

يبينه: أن السيد لو أراد أن ينتزع الأكساب عن يده أو ينهاه عن [٢٥٠/أ] التصرفات[2] لا[3] يقدر عليه، فثبت[4] أنه مالك من وجه وإذا كان مالكًا من وجه خرج عن كونه مملوكًا من الوجه الذي صار به مالكًا؛ لأنه لا يتصور أن يكون الشخص الواحد مالكًا ومملوكًا، وإذا ثبت كونه مالكًا خرج عن كونه مملوكًا من هذا[5] الوجه.

وهذا الحرف مقطوع به، وهو في غاية الاعتماد، ويمكن أن يُستدل على هذا بأمّ الولد فيقال: لما لم يجز إعتاق أمّ الولد عن الكفارة؛ فلأن لا يجوز إعتاق المكاتب أولى وأحرى[6] لأن أمّ الولد استحق[7] الخروج في ثاني الحال، وهي في الحال ملكه من كل وجه، ومع ذلك لم يجز إعتاقها في الكفارة، فالمكاتَبُ الذي تحقق خروجه من[8] ملكه في الحال أولى أن لا يجوز. وقد تعلق الأصحاب في هذه المسألة بفصل استحقاق العتق، وزعموا أن المكاتب استحق عتقه بجهة الكتابة؛ لأن الكتابة عقد لازم على الرقبة وهو عقد استحقاق فتصير الرقبة مستحقةً، استحقاق الرقبة باستحقاق عتقها،

---

(١) في (ز): لنفسه.
(٢) في (ز): التصرف.
(٣) في (ز): لم.
(٤) في (ز): فدل ذلك على.
(٥) في (ز): ذلك.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): استحقت.
(٨) في (ز): عن.

ونعني باللزوم لزوم العقد في جانب السيد.

والحرف: أن الاستحقاق بالعقد اللازم لازم، والدليل على أن العقد وارد على الرقبة أنه يقول: «كاتبتُك»، أو يقول: «كاتبتُكِ على رقبتك»، أو «على نفسك»، ولأنه عند الفساد يجب قيمة الرقبة، دل[١] أن العقد عليها ولأن المقاصد في العقود معتبرة، ونحن نعلم أن قصد المكاتب استحقاق نفسه بالعتق، وإنما صار أحق بنفسه وأكسابه في الحال، ليكون ذلك ذريعة ووسيلة[٢] إلى العتق المقصود، وإذا ثبت استحقاق العتق فعلى أيّ وجهٍ أعتق يكون على الجهة المستحقة فلم يجز عن الكفارة كما لو قبض المال ونوى العتق عن الكفارة. واستدلوا على أن العتق وقع بجهة الكتابة في مسألتنا بأنه يسلم له الأولاد والأكساب ولو لا أن العتق وقع بجهة الكتابة لم يتصور سلامة الأكساب والأولاد وهذه الطريقة وإن كانت حسنة لكن الاعتماد على الأول[٣].

۞ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى ظاهر نص الكتاب وهو قوله: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[٤] وفي مسألتنا قد حرّر رقبة؛ لأن المكاتَب لا شك أنه رقبة، وأما الدليل على وجود التحرير أنه قال: «أنت حر»، وقوله: «أنت حر» تحرير، قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه إبراء لأنه يتعلق بالحظر، ويصح في المجهول ويتعدّى من البعض إلى الكل

(١) في (ز): فدل.
(٢) في (ز): ووصلة.
(٣) في (ز): الأولى.
(٤) سورة النساء، آية: ٩٢، والمجادلة، آية: ٣.

فلو كان إبراءً لم يتصور شيء من هذا.

قالوا: ولا يجوز الاعتذار عن هذه الأحكام بلفظ التحرير؛ لأن اللفظ وإن كان تجوزًا لكن[1] عندكم هو كناية عن الإبراء وجب أن تثبت له أحكام الإبراء لأنه إذا كان كناية عن الإبراء سقط اعتبار صورة التحرير، وصار المعتبر ما جُعل كناية عنه.

قالوا: وليس هذا كما لو قال: «اعتق عبدك عني على ألف» حيث يصح تعليقه بالشرط إلا أن العتق ليس بكناية عن البيع، بل هو في نفسه صحيح لكن يدرج فيه البيع لتصحيحه ولما صح طلب العتق بحقيقته صح تعليقه بالشرط وفي مسألتنا الإعتاق عندكم غير صحيحٍ بحقيقته بل صح بمجازه وهو الإبراء، فكان ينبغي أن لا يصح تعليقه بالشرط[2]، وحين صح دل أنه إعتاق حقيقة، ومنعوا في عتق الوارث هذا الفصل.

وقالوا: لا يصح تعليقه بالشرط، وإذا ثبت وجود التحرير خرج عن عهدة الأمر بإعتاقه.

ثم المعتمد لهم: أن المكاتب عبد مملوك من جميع الوجوه لأن العتق معلّق بالشرط فلا ينزل شيء منه قبل وجود الشرط وقد دل على هذا قوله عليه السلام: **(المكاتب عبد ما بقي عليه درهم)**[3] ولأنه لو خرج من ملكه بوجهٍ مّا لكان خروجه إلى الحرية لأن الجهة جهة الإخراج إلى الحرية ولو خرج إلى

---

(١) في (ز): لكنه.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) سبق تخريجه في ٢/٢٣٤ من هذا الكتاب.

الحرية بوجهٍ مّا لم يتصوّر عوده إلى ما كان وردّه إلى الرق إلا بسببٍ جديدٍ كما لو خرج جميعه إلى الحرّية.

قالوا: وقولكم: إنه صار مالكًا من وجهٍ، ليس كذلك، بل الموجود هو فَكّ الحجر عن اليد والمنافع، فأما[1] الرق والملك في الذات على[2] ما كان من قبل لم ينتقص بوجهٍ مّا[3]. وربما يقولون هو حرٌ يدًا رقيقٌ ذاتًا والعتق يلاقي الذات ولا يلاقي اليد فإذا بقي الرق في الذات على ما كان العتق فيه مثل العتق في غيره.

قالوا: ولهذا نقول إذا جنى السيد على طرفه أو كانت جارية فوطئها يغرم العُقر والأرش؛ لأن العُقر والأرش من كسبه، وقد استحق أكسابه.

قالوا[4]: ولهذا نقول: إذا قال: «مماليكه إحرار» لا يعتق المكاتَب لأنه لما كان حرًا يدًا رقيقًا ذاتًالم يكن مملوكًا على الإطلاق، وربما يقولون [٢٥٠/ب] لم يكن مضافًا إليه على الإطلاق فلا يدخل في لفظ العموم، إلا أنه لمّا كان رقيقًا ذاتًا من كل وجهٍ صح إعتاقه وصحت (نية عتقه)[5] عن الكفارة ولم يُعتبر[6] كونه مثل الحر في اليد والأكساب، لما سبق من قبل أن[7] العتق لا يلاقيه، وإنما يلاقي الذات.

(١) في (ز): وأما.
(٢) في (ز): فعلى.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): نيته.
(٦) في (ز): يضر.
(٧) في (ز): لأن.

قالوا: وأمّا دعواكم أن العتق مستحق، ليس كذلك؛ لأنه لو كان مستحقًا لثبت حق العتق في الحال، ولو ثبت لم يجز رده إلى الرق، ولأن الحق يلحق بالحقيقة فكما أن حقيقة العتق إذا ثبت لا يجوز ردّه إلى الرق إلا بسبب جديد كذلك الحكم في حق العتق وحين جاز ردّه إلى الرق دل أن العتق غير مستحق، وفارق المكاتَبُ أمَّ الولد بهذا المعنى.

وقد منع بعضهم ورود الكتابة على الرقبة إنما ورد على فك الحجر عن اليد والأكساب ثم إذا ثبت هذا الحق كان العتق بأحد المعنيين، أما لتعلقه بالشرط أو لينقلب الحق حقيقة لأنه لا فائدة من هذا الحق في هذا الموضع إذا لم ينقلب حقيقة.

يبينه: أن حق السيد في العوض لما كان حقيقة وجب أن ينقلب حق المكاتب حقيقة أيضًا ليحصل التساوي من الجانبين، وقد تكلموا على فصل الأكساب والأولاد بفصلين: أحدهما: أن استحقاق الأكساب والأولاد؛ لم يكن لأنه عتق بجهة الكتابة لكن لأنه عتق وهو مكاتَب وهذا القدر يكفي مثل ما لو استولد المكاتبة أو كَاتَبَ أمَّ الولد ثم مات عتقت وَسُلِّم لها الأكساب والأولاد لأنها عتقت بجهة الكتابة لكن لأنها عتقت وهي مكاتبة ثم قالوا: العتق في حق السيد واقع لا[1] بجهة الكفارة وفي حق المكاتَب بجهة الكتابة، وإنما قلنا ذلك لأن الرقبة مملوكة للسيد فيملك إعتاقها بأيّ جهة[2] أراد إلا أن المكاتَب لما استحق الأكساب والأولاد بعقد لازم لم يجز إبطاله عليه، (واستحق المكاتب)[3] هو العتاق فَسُلِّم له الأكساب والأولاد، والموجود

(١) زيادة من (ز).

(٢) في (ز): وجهٍ.

(٣) في (ز): والمستحق للمكاتب، وهو أوضح عبارة.

من السيد هو الإعتاق وذلك غير مستحق عليه فجعل إعتاقه لا بجهة الكتابة ليظهر تسلطه على محل ملكه على ما يريد وعتاقه بجهة الكتابة ليظهر استحقاقه لنفسه يدًا وأكسابه وأولاده.

وحرفهم: أن تصرفه على جهة إرادته صحيح إلا فيما يبطل حقه.

الجواب:

أما تعلقهم بالآية فقد قال بعض أصحابنا: أن التحرير كناية عن الإبراء، ولهذا المعنى أوجب إعتاق[1] براءة ذمته عن العوض كما لو سلم البايعُ المبيعَ إلى المشتري، والأولى أن لا ننازعهم في هذا لكن نقول: وإن وُجد إعتاق رقبةٍ لكن المراد بالآية رقبة مملوكة، والرقبة المملوكة هي المملوكة على الإطلاق، وقد ذكرنا أن المكاتب ليس مملوكًا على الإطلاق، ويدل عليه المسألة التي سَلّموها وهي: (أن يقول)[2]: «مماليكه أحرار» لم يعتق المكاتب والمسألة مشكلة عليهم جدًا ولا يجوز إحالة المنع من الدخول في عموم اللفظ على فوات اليد فإنهم قالوا: يدخل في هذا اللفظ العبدُ المشترَى قبل قبضه والمرهون وإن كانت اليد مُلكًا لغيره وفصل الإضافة هو هذا بعينه وقد ألزمهم الأصحاب مسألة على أصولهم وهي: أنه لو أوصى لإنسان بثلث ماله، وله مكاتَب ينظر في الثلث والثلثين إلى بدل الكتابة لا إلى قيمة المكاتب[3]، فدل أنه جُعل خارجًا عن ملكه في الشرع حتى ينظر إلى البدل ولم ينظر إلى قيمته، وهم يقولون: عندنا الأمر موقوف أن عجز وردّ إلى الرق يعتبر قيمة

---

(١) في (ز): اعتاقه.

(٢) في (ز): أنه لو قال.

(٣) في (ز): الرقبة.

المكاتب، وإن (لم يعجز وعتق فالعبرة ببدل)[1] الكتابة، والإلزام قائم عند التأمل، وفيما ذكرناه من إثبات مالكيته كفاية. وأما منعهم ثبوت المالكية للمكاتب فمحال لأنا فسّرنا المالكية بوجهٍ ما[2] لَا مَنع فيه.

وقولهم: إنه مالك يدًا.

قلنا: الملك يدًا لا يتصور لمن لا يصح الملك له عينًا؛ لأن اليد إنما تكون في عين فَمَنْ لا يتصوّر له الملك عينًا لا يتصوّر له الملك يدًا، وهذا لأن ملك اليد في العين ثابت للمكاتَب وهو تبع لملك العين فثبت له الملك في العين (من وجهٍ)[3].

فإن قالوا: ليس من ضرورة ملك اليد ملك العين.

قلنا: في مسألتنا ضرورة؛ لأنه عقَدَ عقد الكتابة لملك العين ألا ترى أنه إذا عتق مَلَكَ العين وإذا ثبت ملكُ من وجهٍ فهو ملك العين.

فإن قالوا: أثبتنا ملك اليد ضرورة[4] وهو أنه لا يتوصل إلى أداء البدل إلا به.

قلنا: ونحن أثبتنا مالكية العين من وجهٍ لضرورة؛ لأنه إذا لم يثبت يكون للسيد فيكون له حق الانتزاع عن يده، ومنعه من التصرفات، وبمجرد إثبات [٢٥١/أ] اليد لا يحصل هذا المقصود بدليل العبد المأذون، وإذا ثبت مالكيته

---

(١) في (ز): أدى فعتق تعيّن بدل.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٤) في (ز): لضرورة.

زالت مملوكيته على ما سبق.

وأما قولهم: إن العتق معلق بالشرط.

قلنا: إنما ندّعي ثبوت ما يقوم عليه الدليل، وإنما قام الدليل على ما ذكرنا[١]، وهذا لأنه مكاتَب وليس بِحُرٍّ فلما أنه ليس بِحُرٍّ لم يثبت شيء من العتق، ولما[٢] أنه مكاتَب كان مملوكًا له من وجه[٣].

فإن قالوا: هل تقولون إنه رقيق من كل وجه؟.

قلنا: لا[٤] نقول، و[٥] الجملة إن القِنَّ مملوك من كل وجه والحُرّ غير مملوك من كل وجه، والرقيق المكاتَب مملوك من وجهٍ دون وجهٍ، ويمكن أن يقال على فصل اليد الذي قالوه: إنكم إذا[٦] سلمتم أنه غير مملوكٍ يدًا فصارت اليد زائلة عن ملكه والحرية يدًا فوق زوال المنفعة فإذا كان فوات منفعة الجنس[٧] يمنع العتق عن الكفارة ففوات اليد إلى الحرّية يدًا[٨]؛ لأَن يمنع عن الكفارة أولى وفي الكلام الأول كفاية.

وأما تعلقهم أن عقد الكتابة يحتمل الفسخ.

---

(١) في (ز): ذكرناه.

(٢) في (ز): ولما قلنا.

(٣) في (ز): من وجهٍ دون وجه.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): في.

(٦) في (ز): لما.

(٧) في (ز): الحبس.

(٨) ليست في (ز).

قلنا: نحن لم ندّع ثبوت شيءٍ من العتق حتى يلزم هذا، وإنما ادّعينا زوال الملك من وجهٍ من غير أن يزول شيءٍ من العتق، وقلنا بذلك لأنا وجدنا الدليل يدل عليه وهذا كما تثبت المالكية من وجهٍ من غير ثبوت شيءٍ من العتق، فتزول المالكية من وجهٍ من غير ثبوت شيءٍ من العتق، وإذا جاز ثبوت المالكية واحتمال الفسخ جاز الخروج عن المملوكية من هذا الوجه، (واحتمال الفسخ)[1] وعلى أن احتمال الفسخ وعدم احتمال الفسخ إنما يدور على السبب فإذا كان السبب عقدًا ينقض فموجبه أيضًا يرفع ويفسخ ويعود إلى ما كان، وإذا كان السبب فعلًا لا يتصور فيه النقض فموجبه أيضًا لا يحتمل الرفع، وأما فصل الأكساب والأولاد على ما تعلق به الأصحاب صحيح أيضًا، والمسألتان اللتان أوردوهما لا نسلّم جواز الكتابة في أمّ الولد، وأما إذا استولد المكاتبة فنقول: العتق بالاستيلاد تعجيل المستحق مثل ما يعتقه بسبب آخر من تعليق بشرطٍ أو غيره والذي قالوا[2]: إن في حق المولى يكون كذا وفي حق المكاتَب يكون كذا، دعوى لا دليل عليه، وإذا كان عتقًا بجهة الكتابة في حق المكاتَب فكذلك في حق السيد قطعًا؛ لأن هذا العتاق هو ذلك الإعتاق ولا يمكن التفريق والتفصيل بوجهٍ مّا[3]، والله أعلم بالصواب.



(١) في (ز): الاحتمال.

(٢) في (ز): قالوه.

(٣) ليست في (ز).

※ (مَسْأَلَة):

إذا اشترى أباه (أو ابنه)[1] بنية الكفارة لم يُجزِ[2] عن الكفارة عندنا[3] خلافًا له[4][5].

❖ لنا:

أن المشتري ليس بمعتِق إنما هو مُعتَق عليه، فلم يجز العتق عن كفارته[6] كما لو وَرِثَ أباه ونوى عند الإرث[7] عتقه عن الكفارة، وهذا لأن الواجب إعتاقه فإذا لم يوجد لم يجز، وإنما قلنا: «ليس بمعتِق» لأن العتق حاصل بقرابة الأبوة لقوله ﷺ: (لن يجزي ولدٌ والدَه إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه)[8]، فقد جعل العتق جزاء الأبوة، وجزاء الأبوة معلول بعلة الأبوة كجزاء السرقة بعلة السرقة، وجزاء الزنا بعلة الزنا، كذلك هاهنا، ولأن الأبوة معنى مخيل[9] في منافاة الاسترقاق فإن (الاسترقاق استذلال)[10]،

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) في (ز): يجزه.

(٣) الأم: ٥/٢٨١، المهذب: ٤/٤٢٨، النكت: ورقة ٢٣٥/ب، الروضة: ٨/٢٨٧.

(٤) في (ز): وعندهم يجزي عن الكفارة.

(٥) الأسرار: ٢/٢٠٧/أ عارف حكمت، بدائع الصنائع: ٦/٢٩٠٥)، الهداية مع فتح القدير: ٤/٢٦٣، رؤوس المسائل: ص٤٢٩.

(٦) في (ز): الكفارة.

(٧) في (ز): إرثه.

(٨) رواه مسلم في صحيحه: ١٠/١٥٢ مع النووي، كتاب العتق، باب فضل عتق الوالد بلفظ «لا يجزي ولدٌ والدًا إلا أن يجده...».

(٩) في (ز): مناسب.

(١٠) في (ز): الإرقاق إذلال.

والأبوة منافية للاستذلال.

يبينه: إن الله تعالى حرّم التأفيف فإذا حُرّم التأفيف (والأذى به)[١] فلأن يحرم الأذى بالاسترقاق أولى، ونعني «بالاسترقاق» استدامة الملك، فإن المستديم للملك مسترق في المعنى، وهو الاسترقاق في الزمان المستقبل باستدمة الملك والأبوة منافية لهذا على ما سبق بيانه، وللأب مع تحريم الأذى بالاسترقاق صلة واجبة، وفي العتق صلة فيعتق قطعًا لملكه عنه، وإيصالًا للصلة إليه فدل أن الأبوة معنى مخيل في العتق إلا أنه لا يجب الشراء في الابتداء لأن هذه صلة وجبت في ضمن قطع الملك لما لم يوجد الملك لم يتصور قطعه وجوبًا، ألا ترى أن قطع الملك في العبد المسلم إنما يجب على الكافر بعد ملكه فصار العتق معلولًا بعلة القرابة مشروطًا بشرط الملك فإذا اشترى فقد وجد الشرط فعملت العلة عملها، وهذا مثل اليمين في الطلاق فإنه إذا وُجد الشرط عملت[٢] اليمين عملَها[٣]، ويكون مطلقًا باليمين لا بالشرط، كذلك هاهنا يكون العتق بالقرابة لا بالشراء، والعتق بالقرابة عتق بالشرع، والعتق شرعًا لا تتأدّى به الكفارة كما لو (ورث أباه)[٤]، (وإذا ثبت ما قلناه في الأب فالابن يُلحق به إجماعًا)[٥].

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: [٢٥١/ب] مُعتِق بالشراء، وقد نوى نية الكفارة فأجزأ عن الكفارة

(١) في (ز): وإذا حرم الأذى بهذا القدر.
(٢) في (ز): عمل.
(٣) في (ز): عمله.
(٤) في (ز): ورثه.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

والدليل على أنه مُعتِق بالشراء نص النبي ﷺ في قوله: (ويشتريه فيعتقه) أي يعتقه[1] بالشراء مثل قولهم: أطعمه فأشبعه، وسقاه فأرواه، وضربه فأوجعه، يعني أُشبع بالطعام وأُروى بالسقي وأُوجعَ بالضرب، كذلك هاهنا.

يبينه: إنه سماه مجازيًا فلا يكون مجازًا[2] إلا وأن يكون[3] معتِقًا.

قالوا: والدليل عليه وجوب الضمان عليه وذلك فيما لو اشترى نصف قريبه من إنسانٍ يعتق عليه، ويضمن[4] نصيب شريكه وهذا ضمان إعتاق[5] وضمان الإعتاق لا يجب إلا بالإعتاق[6]، وهذا فصل معتمد.

قالوا: فإن قلتم كيف يصير بالشراء مُعتِقًا والشراء تملك؟. قالوا[7]: يصير مُعتِقًا بالشراء بواسطة الملك مثل ما يصير جارحًا بالرمي بواسطة النفوذ.

وحرفهم: إنه لابد من إثبات إعتاقٍ من قِبَلِه ليحصل مجازيًا ويستقيم إيجاب الضمان عليه في المسألة التي قلناها، ولا يتصور أن يجعل مُعتِقًا بالقرابة دل أنه مُعتِق[8] بالشراء.

قالوا: وأما قولكم: القرابة معنى مخيل في إيجاب العتق (فكما أنها

(١) في (ز): فيعتقه.
(٢) في (ز): مجازيًا.
(٣) في (ز): يجعله.
(٤) في (ز): فإنه يضمن.
(٥) في (ز): الإعتاق.
(٦) في (ز): بإعتاق.
(٧) في (ز): يقال.
(٨) في (ز): يعتق.

مخيلة)[١] فالملك أيضًا مخيل في إيجاب العتق، لأن العتق صلة والملكُ سببٌ مؤثرٌ في إيجاب الصلة بدليل الزكاة وبدليل نفقة المملوك على السيد فإنهما واجبتا صلة، وإذا كان كل واحد منهما مخيلًا فنحيل بالعتق على آخرهما وجودًا وآخرهما وجودًا هذا الملك فأحلنا عليه.

واستدلوا بمسألة السفينة المملوءة إذا ألقى فيها إنسانٌ عدلًا فَغَرِقَتْ وجب الضمان عليه وأُحيل بغرق السفينة على آخر العِدل وجودًا، وكذلك إذا تزوّج بامرأة ثم تزوّج بأختها بطل نكاح الثانية دون الأولى، ومعلوم أن الجمع حصل بهما، ومع ذلك يُحال على آخرهما وجودًا وهي الأخت الثانية، وكذلك إذا شهد شاهدان بنكاح امرأة، ثم مات الزوج وورثت المرأة ثم رجع الشاهدان لم يجب الضمان عليهما، وأُحيل بالإرث على الموت؛ لأنه آخر السببين وجودًا، وبمثله لو شهد شاهدان بالنكاح بعد موت الزوج ثم رجعا ضَمِنا قدر ما ورثته المرأة لسائر الورثة؛ لأن النكاح كان آخر السببين وجودًا فأُحيل عليه، والمعنيُّ بالسببين في هذه المسألة النكاح والموت، والمعنيُّ بالسببين في مسألتنا هو القرابة والشراء.

قالوا: وليس يدخل على ما قلنا[٢] مسألة اليمين بالعتق؛ لأن دخول الدار وغيره من الشروط ليس بمعنى مؤثر في إيجاب العتق فأُحيل بالعتق على اليمين السابق[٣] لا على الدخول، ونظائره، فلا جَرَمَ لو قَرَنَ نية الكفارة بعقد اليمين يصح وفي مسألتنا الملك معنى مؤثر في إفادة العتق لما بينا أنه صلة

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): قلناه.

(٣) في (ز): السابقة.

ويصلح الملك سببًا موجبًا للصلة فصار العتق حاصلًا بعلة الملك فإذا قَرَنَ به نية الكفارة خرج عن عهدة الواجب.

قالوا: وليس كما لو استولد جاريةً بالنكاح ثم قال لها: «إن اشتريتُكِ فأنتِ حرة عن كفارتي» واشتراها حيث لا تعتق عن الكفارة؛ لأن المانع في هذه المسألة هو أن العتق صادف أمّ ولده وعتق أمّ الولد عن الكفارة، لا يجوز لأجل استحقاقها العتق بالاستيلاد والعتق المستحق بسبب لا تتأدى به الكفارة، وإنما قلنا العتق صادف أمّ الولد في مسألة الإلزام؛ لأن من استولد جاريةً بالنكاح ثم اشتراها صارت أمّ ولد له عندنا فقد لاقاها العتق وهي أمّ ولده.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن العتق في مسألتنا مستحق بالقرابة؛ لأنه لو كان مستحقًا وجب شراء القريب، فإن الاستحقاق يظهر بهذا، وحين لم يجب علمنا أنه غير مُستحقٍ، وعلى أن الاستحقاق إنما يظهر بعد الملك الموجب للعتق، واستحقاق العتق بعلة العتق[1] لا يمنع انصرافه إلى الكفارة إذا وُجدت نية التكفير، كما لو قال لمملوكه: «أنت حر» ونوى به[2] الكفارة.

❁ **الجواب:**

أما دعوى الإعتاق بالشراء فبعيد[3]؛ لأنه ليس بدليل على العتق لا بصورته ولا بمعناه والعتق لا يثبت إلا بما يدل على العتق ولأن الشراء مشروع

---

(١) في (ز): الملك.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): فبعيد جدًا.

للتمليك(١) والعتق مزيل للملك والمثبت للملك كيف يكون مزيلًا للملك ؟، وأما الخبر فقد جعلناه دليلًا عليهم، وأما نسبة الإعتاق إليه(٢) فهو على طريق(٣) المجاز، وهذا لأن الملك كما كان شرط العتق على ما سبق، وقد باشر شرط العتق، فيجوز أن يُنسب إليه على طريق المجاز. فإن(٤) قالوا: [٢٥٢/أ] فهل تنسبون العتق إلى مَنْ باشر شرط العتق في كل موضع وذلك إذا كان معلقًا بدخول زيد الدار فدخل(٥)؟ قلنا: في مسألتنا وَرَدَ نص في نسبة العتق إلى المشتري ولم يكن بطريق الحقيقة فأثبتنا(٦) بوجه المجاز، والمجاز الثابت في محل لضرورةِ(٧) نصٌ لا يجب طرده في كل المحال، وعلى أن حافر البئر سُمّي قاتِلًا على طريق المجاز، وإذا كان بحفر البئر لم يوجد إلا شرط الهلاك لأن الوقوع في البئر بفعله، وإنما عمق المكان شرط وكذلك في قطع حبل القنديل.

وقد ذكر أبو زيد هذا في الأسرار(٨) وجعل هذين السببين شرطًا ولم يجعلهما علة ومع ذلك يجوز أن ينسب إليه(٩) كذلك في مسألتنا وعلى هذا خرج الجواب عن فصل الضمان لأنا بيّنا أن الملك شرط وقد باشر هذا(١٠)

(١) في (ز): الملك.
(٢) في (ز): إليهم.
(٣) في (ز): سبيل.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): قد دخل.
(٦) في (ز): فأثبتناه.
(٧) في (ز): الضرورة.
(٨) ينظر: الأسرار: ٢/٢٠٧/ب عارف حكمت.
(٩) زيادة من (ز).
(١٠) ليست في (ز).

الشرط بالشراء ويجوز وجوب الضمان على مباشر الشرط بدليل المسألتين اللتين سبق بيانهما وعلى أصلنا هذا صحيح فإن عندنا[1] يجب الضمان على شاهدي الإحصان إذا رجعا، والإحصان شرط، وكذلك على المزكّين إذا رجعوا[2]، وقد وافق أبو حنيفة رحمه الله عليه في مسألة رجوع المزكّيين[3].

وأما قولهم: إن الملك علة العتق، فكلام باطل لأن العتق تصرف مستفاد بالملك وما يستفاد بالملك من التصرفات يجوز أن يعلل بالملك تحصيلًا فأما العتق[4] لا يجوز أن يعلل بالملك حصولًا مثل سائر التصرفات المستفادة بالملك، وأما الصلة التي اعتمدوا عليها فلا يصح أيضًا؛ لأن الملك لا يوجب الصلة بكل الملك وعلى إنا لا نقول إن الزكاة صلة الملك ولا نفقة المملوك صِلَة الملك إنما الزكاة عبادة وجبت ابتداء في المال مثل الصلاة والصوم وجبتا ابتداءً (على البدن)[5]، ولئن كانت صِلَة فهي صلة الإسلام وأما نفقة المملوك إنما يجب إذا[6] شَغَلَه بعمله لأن المحبوس على العمل يجب كفايته على تحصيل العمل له لدفع الهلاك مثل العُمال الذين أُحبسوا[7] على أعمال

(١) عند الشافعية. ينظر: المهذب: ٦٦٣/٥، وفيه ثلاثة أوجه: والراجح عند الشافعية عدم الضمان، قال النووي في المنهاج: «وإن شهود إحصان... لا يغرمون شيئًا». المنهاج مع المغني: ٤٦٠/٤.

(٢) ينظر: المهذب: ٦٦٥/٥، المنهاج: ٤٥٧/٤ ـ ٤٦٠.

(٣) ينظر: مختصر القدورى ٣٠٨/٢ مع الجوهرة.

(٤) زيادة من (ز).

(٥) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٦) في (ز): لأنه.

(٧) في (ز): حبسوا.

الشرع يجب كفايتهم على بيت المال، فأما[1] إذا خُلّي بينه وبين التكسّب[2] لا يجب عليه نفقته ولو كانت صلة وجبت بكل حالٍ وإذا ثبت أن الملك لا يوجب العتق دل أن العتق وجب بسبب القرابة وإنما الملك شرط محض فصار الموجود عقيب الشراء هو التحرير دون الملك[3]، وإذا لم يوجد التحرير بقيت الكفارة في ذمته.

وأما الذي قالوه بعد (هذا إن)[4] الحكم محال[5] على آخر السببين وجودًا فهو بناء على أن الملك علة تامة صالحة لإيجاب العتق وقد بيّنا فساده[6]، ثم نقول وهو الحرف الذي يشكل[7] الخروج عنه في هذه المسألة: أن العتق في مسألتنا لابد أنه وقع قضاءًا لحق القرابة فإنا إذا رفعنا هذا المعنى لم يتصور العتق كما لو اشترى عبدًا آخر، وإذا وقع قضاء حق القرابة فيكون القرابة هي الموجب[8] لهذا الحق لا الملك، ولأنه إذا قضى به حق القرابة لم يجز أن يُقضَى به حق[9] آخر، لأن المشغول بحقٍ لا يجوز أن يشغل بحقٍ آخر، وعلى هذا الطريقة لا بأس أن نسلّم لهم، وجود الإعتاق منه إلا أنه إعتاق حصل به حق غير الكفارة فلا يُقَضى به الكفارة. فإن قالوا: يقضي به

(١) في (ز): ولهذا.
(٢) في (ز): الكسب.
(٣) في (ز): التحرير.
(٤) في (ز): ذلك من أن.
(٥) في (ز): محال به.
(٦) زيادة من (ز).
(٧) في (ز): يشكل عليهم.
(٨) في (ز): الموجبة.
(٩) في (ز): حقًا.

كلا الحقين، فهو بعيد جدًا؛ لأن العتق واحد والذي يقضي به حق الكفارة هو الذي قضى به حق القرابة، ولئن جاز مثل هذا في هذه الصورة لجاز[1] في سائر المواضع من الشرع ولا يقول به أحد، واعتذَر أبو زيد عن هذا[2]، وقال: قضاء حق القرابة بالعتاق لا بالإعتاق، والتكفير بالإعتاق وذكر مثل هذا على فصل الاستحقاق، وذلك أن المستحق هو العتاق بعد الشراء، وأما الإعتاق فغير مستحق والكفارة إنما تتأدى في الإعتاق، وهذا لأن الواجب للقريب العتق عند الشراء على معنى أنه يوجد العتق شاء أم أبى، وإنما ثبت هذا قضاء لحقه فيعتبر في حقه حصول العتق بأيّ جهة كان فمتى وُجد وحصل فقد وُجد قضاء حقه، وأما في جانب المشتري فالإعتاق لما لم يكن عليه مستحقًا فصح[3] منه تغيير الجهة وبقي العتق في حقه لا على جهة قضاء حق القرابة، ولم يكن واجبًا عليه فصح خلوُ جانبه عن قضاء هذا العتق والجواب بحرف[4] واحد وهو: أنه إذا لم يجعل العتق قضاء لحق القرابة في جانب المشتري لم يتصور العتق منه، فإنه إنما صار مُعتِقًا باعتبار قضائه لحق القرابة، ومجازاته إياه فإذا خرج هو عن كونه مجازًا وقاضيًا لحق القرابة لم يتصور أن يجعلَ مُعتِقًا.

يبينه: أنه إنّما جُوّز نية الكفارة لاقترانها بالعتق، وإنما صار مُعتِقًا لقضائه [٢٥٢/ب] حق القرابة ومجازاته لا بحصول العتق قضاءً وجزاءً، والكلام فيه ظاهر من غير إطناب ولا إسهاب.

---

(١) في (ز): جاز.
(٢) ينظر: الأسرار ٢/٢٠٩/أ عارف حكمت.
(٣) في (ز): يصح.
(٤) في (ز): حرف.

وأما دعوى استحقاق العتق فصحيح، ولا ندّعيه قبل الشراء وإنما نَدّعيه عقيب الشراء وإذا صار مستحقًا عقيب الشراء وَقَعَ عنه وإذا وَقَعَ عنه لم يقع عن الكفارة، وأما[1] إذا قال: «أنت حر» فليس هو سبب لاستحقاق العتق إنما هو نفس الإعتاق، وأما الشراء فليس بإعتاق فكان حصول العتق باستحقاقه شرعًا، وأما مسألة المستولدة بالنكاح فهي لازمة جدًا عليهم.

وقولهم: إن العتق لَاقَى أمّ الولد.

قلنا: لئن جاز أن يقال هذا في تلك المسألة؛ لأن سبب أُمّيّة الولد قد وجد جاز أن يقال في مسألتنا أن العتق صادف عتيقًا؛ لأن سبب العتق قد وجد من قبل. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا قال مَنْ عليه الكفارة لغيره: «أعتق عبدك عني» ولم يذكر عوضًا فأعتقه المأمور به(٢) يعتق عن الآمر عندنا[3]، وعند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد: لا يقع عنه[4].

---

(١) في (ز): فأما.

(٢) في (ز): عنه فإنه.

(٣) النكت: ورقة ٢٣٥/أ، المهذب: ٤/٤٢٩، المنهاج ومغني المحتاج: ٣/٢٦٣، الروضة: ٨/٢٩٣، وهو قول أبي يوسف من الحنفية. ينظر: الأسرار: ٢/٢١٠/ب عارفت حكمت، مختصر اختلاف الفقهاء: ٣/٢٤٩.

(٤) الأسرار: ٢/٢١٠/ب عارف حكمت، المبسوط: ٨/١٥٤، مختصر اختلاف الفقهاء: ٣/٢٤٨.

لنا:

أن الملك الحاصل بغير عوض مثل الملك الحاصل بعوضٍ، بل هو واحد فإذا صح إثبات الملك عند ذكر العوض لبناء العتق عليه صح أيضًا إثبات الملك عند ترك ذكر[1] العوض لبناء العتق عليه، لأن الصورة، والصورة وإن اختلفتا في المسألتين فالمعنى واحد ونظيره إذا[2] قال: أَطعِم عشرة[3] مساكين أو ستين مسكينًا عن كفارة يميني فإنه يصح سواء ذكر العوض أو لم يذكر، كذلك هاهنا.

أمّا حجّتهم:

قالوا: صحة العتق بإدراج الملك ولا يمكن إدراج الملك في مسألتنا؛ لأنه إذا لم يذكر العوض تكون هبة، والهبة لا تفيد الملك إلا بالقبض، ولم يوجد القبض، بخلاف ما إذا ذَكَرَ العوض؛ لأن الملك بعوضٍ يحصل قبل القبض فأمكن إدراج الملك فيه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال يُعرَض[4] عن القبض لأن هذا وضعُ سببٍ[5] لم يرد به الشرع، وعلينا مباشرة الأسباب الشرعية، وليس لنا وضع سبب ابتداء من قِبَلنا لم يرد به الشرع، وإذا قلنا: إن الملك يقع[6] بغير عوض في

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): ما إذا.

(٣) في (ز): عني عشرة.

(٤) في (ز): أنا نعرض.

(٥) في (ز): لسبب.

(٦) في (ز): وقع.

مسألتنا قبل القبض كان وضع ابتداء[1] سبب لم يرد به الشرع وهذا لا يجوز. وليس[2] كالقبول حيث يسقط[3] فيما إذا طلب العتق بالعوض[4] ولم يجعل ذلك تبديلًا لمشروع[5] وذلك لأن القبول ما سقط في تلك المسألة إنما أُدرج القبول في طلب العتق؛ لأنه قول، والقولُ يجوز إدراجه في القول، وأما[6] القبض فعل[7] (فلا يتصور إدراجه في القول)[8]، ولأن الفعل أقوى من القول، والشيء يتضمن ما هو مثله أو دونه ولا[9] يتضمن ما هو فوقه.

قالوا وليس كمسألة الإطعام (لأن قبض الجنس)[10] قد وُجد في ذلك[11] وهو من المساكين فجعلوا كأنهم قبضوا أولا للمكفِّر ثم قبضوا لأنفسهم، ويجوز أن يكون[12] القبض الواحد[13] عن قبضين، وأما في مسألتنا فلم يوجد القبض أصلًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال أن العبد بالإعتاق يصير قابضًا نفسَه للمكفِّر ثم

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): قالوا: وليس.
(٣) في (ز): سقط.
(٤) في (ز): بعوض.
(٥) في (ز): للمشروع.
(٦) في (ز): فأما.
(٧) في (ز): ففعل.
(٨) في (ز): ولا يجوز إدراج الأفعال في الأقوال.
(٩) في (ز): وليس.
(١٠) في (ز): فإن القبض الحسي.
(١١) في (ز): تلك الصورة.
(١٢) في (ز): ينوب.
(١٣) ليست في (ز).

يصير[١] قابضًا لنفسه بعده؛ لأن هذا زعم محال، فإن العتق إتلاف الرق في المحل ومتى وُجد إتلاف شيء في محلٍ لا يجوزُ أن يقال: إن المتلَف عليه يصير قابضًا للمتلِف وهذا لأن الساقط والمتلَف يتلاشى (وينعدم، وإذا تلاشى وانعدم)[٢] كيف[٣] يتصور أن يكون قابضًا له؟.

الجواب:

إن إدراج الملك ممكن على ما سبق.

وأما قولهم: إن الملك بغير عوض لا يحصل قبل القبض.

قلنا (نناقض أولًا ثم نُفاقِهُ فنقول)[٤]: هذا ينتقض على أصولكم بالبيع الفاسد فإنهم[٥] قالوا[٦]: لو قال لغيره: «اعتق عبدك عني على ألف درهم، ورطل خمر»[٧] فأعتقه، يصح، ويقع عن الآمر، وكما أن الملك في الهبة لا يقع قبل القبض ففي البيع الفاسد أيضًا[٨] لا يقع قبل القبض ومع ذلك صح الالتماس ووقع العتق عنه كذلك في مسألتنا.

قالوا: على هذه المسألة أن الموجود هناك بيع، والبيع في وصفه يفيد

(١) في (ز): يجعل بعده.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): فكيف.
(٤) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٥) في (ز): فإنه.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): من خمر.
(٨) ليست في (ز).

الملك قبل القبض إلا أنه لم يُفِدْ في البيع الفاسد لضعفه، فإذا تقوِّي بكونه في ضمن العتق استغنى عن القبض، وأما في مسألتنا فالموجود هبة ووضع الهبة، أن لا توجب الملك قبل القبض، ووضع الشرع لا يُغيّر، وليس هذا بشيء؛ لأنه[1] إن جاز أن يَتقوِّي بالعتق فيُعرض عن القبض في (مسألة بيع)[2] الفاسد، جاز أن تتقوي الهبة بالعتق فيعرض عن القبض في مسألتنا، وعلى أنه كيف يستقيم هذا الكلام (وعندكم)[3] لو اشترى عبدا (بشراء فاسدٍ)[4] أو أعتقه قبل القبض لا ينفذ، فإذا كان تحقيق[5] الإعتاق لا يحصل الملك قبل القبض في البيع، (فعند التماس العتق كيف يحصل)[6]؟، والمسألة في [٢٥٣/أ] نهاية الإشكال على أصولهم.

فأما الجواب فقهًا قلنا: القبض غير معتبرٍ في مسألتنا؛ لأن القبض إنما يعتبر في هبةٍ لا تكون في ضمن إعتاقٍ فإذا كانت في ضمن إعتاق[7] فلا يعتبر القبض كما لا يعتبر القبول إذا كان طلب العتق بعوضٍ، وإن كان القبول ركنًا في أصل (المعاوضات والمبايعات)[8] ولكن قيل هو ركن إذا لم يكن في ضمن العتق فأما إذا كان في ضمن العتق فلا، وهذا لأنه لما كان في ضمن العتق كان تبعًا للعتق فأخذ حكم المتبوع وبهذا الطريق سقط القبول

(١) في (ز): فإنه.
(٢) في (ز): البيع.
(٣) في (ز): لو.
(٤) في (ز) ك شراءً فاسدًا.
(٥) في (ز): تحقيقه.
(٦) في (ز): فكذلك في التماس العتق.
(٧) في (ز): العتق.
(٨) في (ز): البياعات.

لا بما[1] قلتم فإن إثبات القبول في درج القول لا يعقل ولئن[2] جعل في التقدير كالموجود حكمًا فيجوز مثل ذلك في القبض؛ لأن الحكميات لها من المجال وتقدير الوجود لما[3] لا يكون للحسّيات ويستوى في ذلك الأقوال والأفعال، والأولى أن اعتبار القبض سقط (في الهبة)[4] في هذه الصورة لكونها تبعًا للعتق مثل ما سقط القبول إذا كان الالتماس[5] بعوض، والله أعلم.



※ (مَسْألَة):

لا يجوز في الإطعام في كفارة الظهار إلا التمليك عندنا[6][7].

وعندهم: يجوز التمليك والتمكين[8].

وصورة التمكين هو: إذا قدّم الطعام بين يدي المساكين فغدّاهم وعشّاهم.

لنا:

أن الكفارة قربة بإخراج المال[9] فيتعين فيها التمليك.

---

(١) في (ز): لما.
(٢) في (ز): لكن.
(٣) في (ز): ما.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): التماس العتق.
(٦) ليست في (ز).
(٧) النكت: ورقة ٢٣٧/أ، المهذب: ٤/٤٣٤، الروضة: ٨/٣٠٥.
(٨) الأسرار: ٢/٢١١/أ عارف حكمت، مختصر الطحاوي: ص ٣٠٦، المبسوط: ٧/١٤ ـ ١٥، مختصر اختلاف الفقهاء: ٣/٢٤٤، أحكام القرآن للجصاص: ٢/٤٥٧.
(٩) في (ز): مال.




دليله: الزكاة والكسوة ومعنى إخراج المال عن[1] الأصلين صحيح، فعندنا: بالتمليك، وعندهم: بالإطعام وهذا لأن الواجب لما كان بجهة الإخراج ووجب ليكون قربةً وجب أن يتم قربةً، وتمام القُربة بتمام الإخراج عن ملكه، ولا يتم الإخراج عن ملكه إلا بالتمليك فإنه بالتمكين يتناول على ملكه فيكون[2] الإخراج حاصلًا من وجهٍ دون وجهٍ فلا يجوز قياسًا على الكسوة.

والحرف: أنه لما حصل الإخراج من وجهٍ دون وجهٍ كانت القربة حاصلة من وجه دون وجه فلم يجز.

۞ أمّا حجّتهم:

(قالوا: قال الله)[3] تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[4] وكذلك قال الله تعالى: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ﴾[5] وبالتمكين قد وجد الإطعام حقيقة؛ لأن الإطعام حقيقة: هو تقديم الطعام بين يدي مَنْ يَطْعَمُه، ومنه قوله: ﴿وَيُطْعِمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ﴾[6] الآية، يقال: فلان يُطعم الضيفان[7] ويُطعم الناس إذا كان يقدّم الطعام.

(١) في (ز): على.
(٢) في (ز): ويكون.
(٣) في (ز): فإنهم تعلقوا بظاهر قوله.
(٤) سورة المجادلة، آية: ٤.
(٥) سورة المائدة، آية: ٨٩.
(٦) سورة الإنسان، آية: ٨.
(٧) في (ز): الطعام.

(يدل عليه)[١]: إن الإطعام كلام له معنى وليس معناه إلا ما (قلنا فإنه)[٢] لا يبقى وراء هذا الفعل في الإطعام إلا الإيجار (وإدخاله)[٣] في الفم وذلك ليس بشرط بالإجماع لوجود الإطعام، (وإذا ثبت وجود)[٤] حقيقة الإطعام بالإباحة خَرَجَ عن عهدة[٥] الأمر قال[٦]: وأما التمليك جاز[٧] لأنه وُجِد الإطعام[٨] وزيادة مثل ما لو وَضَعَ المالكُ المفتاحَ في يد المستأجر وُجِدَتْ التخلية وزيادة فصار مسلِّمًا، كذلك هاهنا، وإنما قلنا: إنه وُجد الإطعامُ وزيادة، فلأن[٩] الإطعام ليس إلا التمكين من الأكل ولا إشكال أنه وُجِد في التمليك هذا، وزيادة التمليك[١٠]، وإما[١١] الكسوة إنما وجب التمليك فيها؛ لأن الله تعالى قال: ﴿أَوۡ كِسۡوَتُهُمۡ﴾[١٢] والكسوة اسم الثوب[١٣]، فالله تعالى جعل نفس الثوب كفارة ونفس الثوب لا يكون كفارة، وإنما الكفارة فعل المكفِّر في الثوب، فيندرج التمليك دون التمكين؛ لأن

---

(١) في (ز): فدل.

(٢) في (ز): قلناه لأنه.

(٣) في (ز): الدَّس.

(٤) في (ز): فإذا وجد.

(٥) في (ز): جهة.

(٦) في (ز): قالوا.

(٧) في (ز): فإنما جاز.

(٨) في (ز): فيه الإطعام.

(٩) في (ز): لأن.

(١٠) في (ز): تمكين.

(١١) في (ز): قالوا وأما.

(١٢) سورة المائدة، آية: ٨٩.

(١٣) في (ز): للثوب.

التمليك تناول[1] عين الثوب الذي تناوله النص، فأما التمكين هو الإباحة، والإباحة لا تتناول عين الثوب، وإنما تتناول منافع الثوب، فأما في مسألتنا فالنص تناول نفس فعل الإطعام وذلك قد وُجد في التمكين حقيقة الإطعام[2] على ما سبق. واستدلوا بطعام الأهل في الإنفاق أنه يجوز بالتمكين[3] كذلك في مسألتنا؛ لأنه مشبَّه به على ما قال الرّب[4] تعالى: ﴿مِنۡ أَوۡسَطِ مَا تُطۡعِمُونَ أَهۡلِيكُمۡ﴾[5] فإذا جاز مثل هذا في طعام الأهل جاز في طعام الكفارة أيضًا.

❁ **الجواب:**

أن بعض أصحابنا قد زعم أن الإطعام هو التمليك بدليل ما روى أنه عليه السلام: **(أطعم الجدة السدس)**[6] والمراد[7] التمليك، ولأن معنى (قوله: «أطعمتُ المسكين»)[8] أي: جعلتُ له طُعمة، وذلك بالتمليك، والأولى أن لا ندّعى هذا لكن نقول: إن التمليك إطعام والتمكين إطعام فنحمل الآية على الإطعام بالتمليك بالقياس على الكسوة (والزكاة)[9] بالمعنى الذي بيّنا،

---

(١) في (ز): يلاقي.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): بالتمكين منه.
(٤) في (ز): الله.
(٥) سورة المائدة، آية: ٨٩.
(٦) رواه الدارمي في سننه: ٢/٣٥٨، كتاب الفرائض، باب في الجدات، بلفظ «أن النبي ﷺ أطعم جدة سدسًا».
(٧) في (ز): والمراد به.
(٨) في (ز): قولهم: أطعمت المساكين.
(٩) ليست في (ز).

(وهذا لأن النص)[1] ما تناول إلا وجوب الإطعام ونحن أوجبنا الإطعام وله جهتان: إحداهما التمليك [٢٥٣/ب]، والأخرى التمكين، فنعتبر[2] إحدى الجهتين بدليل القياس والدليل على أن التمليك إطعام جوازه وليس الجواز[3] إلا تعيين التمليك بدليل أنه لو لم يأكل[4] يجوز وفي التمكين على أصلهم ما لم يأكل لا يجوز، وأما الكسوة فهي[5] إن كانت عبارةً عن الثوب فالمراد من الآية: إكساء[6] المساكين فنزل منزلة الإطعام، فقولوا: يجوز[7] بالإعارة مثل ما يجوز هاهنا بالتمكين، ومع ذلك لم يجز دل أن المعنى ما بيّنا[8]، وأما إطعام الأهل فهو محض حق المرأة، فإن لم ترض في الإنفاق إلا بالتمليك لا[9] يجوز سواه، وإن رضيت بالتمكين فقد رضيت بدون حقه[10]، فجاز كما لو[11] أبرأت أصلًا، والله أعلم.



---

(١) في (ز): وذلك أن نص الكتاب.
(٢) في (ز): فتعين.
(٣) في (ز): جواز.
(٤) في (ز): لم يأكل منه.
(٥) في (ز): فإنها.
(٦) في (ز): تكسية.
(٧) في (ز): إنه يجوز.
(٨) في (ز): بيناه.
(٩) في (ز): فلا.
(١٠) في الأصل: حقه.
(١١) زيادة من (ز).

❋ (مَسْأَلة):

إذا أطعم مسكينًا واحدًا في ستين يومًا في كفارة الظهار، أو مسكينًا واحدًا في عشرة أيام في كفارة اليمين لم يجز عندنا[1].

وعندهم: يجوز[2].

❋ لنا:

قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[3] وقوله[4]: ﴿إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ﴾[5] وهذا الأمر[6] إنما يصير ممتثلًا يفعله على ما وَرَدَ به وذلك بأن يُطعم ستين مسكينًا (أو عشرة مساكين)[7]، فالواحد[8] لا يكون عشرة ولا ستين بحال.

وفقه المسألة: إن الواجب هو التمليك من المساكين في الكسوة بالإنفاق وبالإطعام عندنا، فيكون حقًا لمن وجب تمليكه مثل ما بيّنا في الزكاة أنها حقوق الفقراء، كذلك الكفارة حقوق المساكين، وهذا لأن الواجب مال،

---

(١) المهذب: ٤/٤٣٤، النكت: ورقة ٢٣٧/أ، الروضة: ٨/٣٠٥، المنهاج مع المغني: ٣/٣٦٦.

(٢) الأسرار: ٢/٢١٢/أ عارف حكمت، المبسوط: ٧/١٧ ـ ١٨.

(٣) سورة المجادلة، آية: ٤.

(٤) في (ز): وقوله تعالى في كفارة اليمين.

(٥) سورة المائدة، آية: ٨٩.

(٦) في (ز): المأمور.

(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٨) في (ز): والواحد.

والأموال جُعلت[١] لمنافع العباد، فيكون المال[٢] حقًا لمن أُوجب[٣] لمنفعته، ومعلوم أن الزكاة أوجبت لمنفعة الفقراء، والكفارة أوجبت لمنفعة المساكين، فيكون حقًا لهم، وإذا كان حقًا لهم فنقول: حق واجب لعددٍ، فلا يجوز صرفه إلى الواحد منهم، بدليل[٤] الديون.

يبينه: أنه لو أوصى (بإطعام عشرة)[٥] مساكين أو أوصى بجزء من ماله لعشرة مساكين فصرفه[٦] إلى الواحد لا يجوز، كذلك في مسألتنا لأن المسألتين في المعنى واحد وإنما اختلفتا في أن (أحد الواجبين)[٧] وصية والآخر[٨] كفارة.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الكفارة حق الله تعالى؛ لأنها وجبت بالجناية على حق الله، فيكون الواجب لله[٩]، والمساكين مصارف، وهذا مثل ما قالوه في الزكاة، أنها حق الله والفقراء مصارف، وكذلك الصلاة فإنها عبادة والكعبة مصرف، والمعنى الذي لأجله أمر بصرفها إلى عشرة مساكين هو أن لهم عشرة جوعات

---

(١) في (ز): خُلقت.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): أوجبت.
(٤) في (ز): دليله.
(٥) في (ز): لعشرة.
(٦) في (ز): فصرف.
(٧) في (ز): إحدى الواجبتين.
(٨) في (ز): الأخرى.
(٩) في (ز): حق الله.

فأمر بصرفها إليهم، ليحصل بها سَدّ هذه الجوعات العشرة[١]، وهذا المعنى موجود في المسكين الواحد في عشرة أيام فجاز أيضًا صرفها إليه فيها فقام الواحد في عشرة أيام مقام عشرة نفر في يومٍ واحدٍ، ومنعوا فصل الوصية، وقالوا: ولئن سلمنا فهي واجبة حقًا للآدمي، وأما[٢] الكفارة واجبة[٣] حقًا لله وليس (يلزم على ما قلنا)[٤] إذا صرف[٥] في يومٍ واحدٍ؛ لأنه لم يوجد عشر جوعات فلم يكن إقامته مقام عشرة مساكين بخلاف مسألتنا.

قالوا: وأما تعلقكم بالآية فقد وُجد إطعام عشرة مساكين في المعنى على ما بيّنا[٦]، وإن لم يوجد في الصورة، وعلى أن معنى الآية فإطعام (طعام)[٧] عشرة مساكين وقد وجد في مسألتنا فقد قلنا بموجب الآية.

❁ **الجواب:**

بتقرير ما سبق وهو أن الكفارة حق واجب للمساكين ابتداءً وإنما صار كفارةً بامتثال الأمر فسواء كان الحق لله تعالى أو للمساكين فمتى وجد امتثال الأمر وقع موقع الكفارة.

وأما قولهم: إنه وجد في عشرة أيام عشر جوعات.

---

(١) في (ز): العشرة.
(٢) في (ز): فأما.
(٣) في (ز): فهي واجبة.
(٤) في (ز): يلزمنا على ما قلناه.
(٥) في (ز): صرف الجميع.
(٦) في (ز): بيناه.
(٧) زيادة من (ز).

قلنا: هذا بناء على قولهم إن الكفارة حق الله تعالى والمساكين مصارف وقد بيّنا المنع والدليل عليه، وليس كالصلاة؛ لأنها لتعظيم المعبود ولا يتصور وجوبها ولا فعلها إلا لله تعالى، وأما الزكاة والكفارة لنفع(١) الفقراء والمساكين فيكون وجوبها لمن (له النفع)(٢)، ويلزم على ما قالوا(٣) إذا صرف الجميع إلى مسكينٍ واحدٍ في يومٍ واحدٍ.

وقولهم: إنه لم يوجد عشر جوعات في اليوم الواحد.

قلنا: هذا غير معتبر فإنه لو كان شبعانًا فصرف إليه أو كان جائعًا فلم (يأكل وأعطى)(٤) غيره وقع الموقع(٥) (فإذًا جُعلت)(٦) الجوعة المفقودة في مسكين آخر(٧) بمنزلة الجوعة الموجودة؛ لأنه مسكين فكذلك هاهنا يجوز أن تجعل الجوعة الموجودة بمنزلة المعدومة؛ لأنه مسكين أخذ وظيفته من هذه الكفارة وكذلك إذا صرف إليه من كفارة أخرى فإنه يجوز مع عدم الجوعة فدل أن الشرع [٢٥٤/أ] اعتبر في كل مسكينٍ جوعة من(٨) كل كفارة، ولم ينظر إلى تحدد الجوعات مع اتحاده في نفسه، كما لم ينظر إلى عدم الجوعات مع تعدد المسكين(٩). والله تعالى أعلم بالصواب.

---

(١) في (ز): فلنفع.
(٢) في (ز): النفع لهم.
(٣) في (ز): قالوه.
(٤) في (ز): يأكله وأعطاه.
(٥) في (ز): موقعه.
(٦) في (ز): فإذا جعلنا.
(٧) في (ز): واحد.
(٨) في (ز): في.
(٩) في (ز): المسكين في نفسه.

مسائل اللعان

※ (مَسْأَلَة):

(اللعان يجري)[1] بين العبد وامرأته، والكافر وامرأته والمسلم وامرأته اليهودية والنصرانية، والمحدود في القذف وامرأته[2].

وعندهم: لا يجري[3].

❊ لنا:

أن اللعان أيمان[4] وهؤلاء من أهل الأيمان فكانوا من أهل اللعان، والدليل على أنه يمين أن الله تعالى قال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾[5] وقوله «بالله» نص في اليمين، ولأن اللعان حجة في موضع اليمين وموضع اليمين لا يسع غير اليمين (موضع)[6] كما أن (البينة لا تسع غير البينة، والدليل على أن الموضع موضع يمين[7] أنه يحلف على صدق

---

(١) في (ز): يجري اللعان عندنا.

(٢) الأم: ٥/١٢٤، ٢٨٦، النكت: ورقة ٢٣٨/أ، المهذب: ٤/٤٦٠، الروضة: ٨/٣٣٤.

(٣) الأسرار: ٢/٣٣٧/ب عارف حكمت، المبسوط: ٧/٤٠ ـ ٤١، بدائع الصنائع: ٥/٢١٥١، رؤوس المسائل: ص ٤٣٤.

(٤) في (ز): يمين.

(٥) سورة النور، آية: ٦.

(٦) زيادة من (ز).

(٧) في (ز): اليمين.

نفسه في[1] الدعوى كالمدّعي[2] يحلف على صدق نفسه من الإنكار، فدل أن ما قلناه إنه يمين، ولأنه يصح من الفاسق والمجاهِر بالفسق، ويُقبل كما يُقبل من العَدلِ وهو نوع نبأ، والحكم في نبأ الفاسق التثبت لا القبول فلما قبل اللعان من الفاسق وَصَحّ منه دل أنه حقيقة يمين.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: اللعان (شهادة بقوله)[3] تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ﴾[4] فاستثنى أنفسهم من الشهداء، وشرط صحة الاستثناء أن يكون من جنس المستثنى منه، فإذا كان المستثنى منه هم[5] الشهود دل أن المستثنى شاهد.

ويدل عليه أنه تعالى قال: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾[6] وهذا نص في أن اللعان شهادة.

وأما قوله تعالى: ﴿بِٱللَّهِ﴾ (قالوا: هو)[7] يمين، وقد أكّد بالشهادة فقد قلنا: بموجب الآية على التمام والكمال. واستدلوا من حيث الحكم: أنه ليس بيمين على الخصوص أنه لو قال: «أنا أحلف» بدل قوله: «أشهد» لا يصح،

(١) في (ز): من.
(٢) في (ز): كالمدعى عليه.
(٣) في (ز): شهادات بدليل قوله.
(٤) سورة النور، آية: ٦.
(٥) في (ز): هو.
(٦) سورة النور، آية: ٦.
(٧) في (ز): فهذه.

ولو كان يمينًا لصح بلفظ الحلف[1]، وحين لم يصح دل أنه إنما لم يصح لمعنى[2] (شهادة مؤكدة باليمين وكما لا يجوز رفض اليمين من اللعان لا يجوز رفض)[3] الشهادة فيه[4]، فإذا ثبت أنه شهادة لم يكن بد من اعتبار أهلية الشهادة كما لابد من اعتبار أهلية اليمين.

قالوا: وأما[5] قولكم: إنه في موضع اليمين، ليس كذلك، بل هو في موضع الشهادة بدليل نص الكتاب على ما سبق[6] فإن الله وضع[7] موضع الشهادة، ولأنه مدعٍ والبينات وُضعت حجة للمدّعين، فأما اليمين وَضعت حجة للمدعَى عليه[8].

وأما قولكم: إنه حجة لتصديق نفسه، قالوا: يجوز إقامة الشهادة لتصديق نفسه، وكذلك الشهادة لنفسه يجوز أن تكون شهادة، ألا ترى أن الله شهد لنفسه بالوحدانية، وصحت الشهادة وإنما لا يقبل لأجل التهمة، وقد انتفت التهمة بالتأكيد باليمين[9]، فصحت الشهادة، وأما تعلقكم بالفاسق فعندنا الفاسق من أهل الشهادة، وقد سبق هذا[10] من قبل، وكذلك[11] الأعمى من

---

(١) في (ز): اليمين.
(٢) في (ز): لكونه.
(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٤) في (ز): منه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): أسبق بيانه.
(٧) في (ز): وضعه.
(٨) في (ز): عليهم.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) ليست في (ز).
(١١) ليست في (ز).

أهل الشهادة، وإنما لا يقبل لأنه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه، واللعان شهادة في حق امرأته، وقد تميّزت على سائر النساء في حقه بدليل جواز الإقدام على الوطء.

واستدل بعضهم فيما إذا كانت المرأة أمةً أو كافرة[١].

وقالوا: ليست بمحصَنَةٍ والقذف إذا صادف غير المحصن لم يتعلق به مُوجبَه، واللعان موجب[٢] القذف في الزوجة وهو[٣] مثل الحد في قذف الأجنبية، وربما يقولون نسبة الأمة والكافرة إلى الزنا بمنزلة تفسيق الحرة المسلمة، ثم لو نُسبت الحرة المسلمة إلى الفسق لم يجب اللعان، كذلك إذا نُسِبتْ المرأة أو[٤] الكافرة إلى الزنا.

❁ **الجواب:**

قلنا: لا نسلم أن اللعان شهادة، بل هو حقيقة أَيمان[٥] بدليل ما قدمنا[٦]، وأما الآية وتعلقهم بفصل الاستثناء قلنا: الاستثناء وضع[٧] في أصل الحجة، فالمعنى[٨] من قوله: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ (أي: فيه)[٩]

---

(١) في (ز): كانت كافرة.
(٢) في (ز): من حيث.
(٣) في (ز): هو.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) في (ز): يمين.
(٦) في (ز): قدمناه.
(٧) في (ز): وقع.
(٨) في (ز): والمعنى.
(٩) في (ز): أنه إن.

لم يكن لهم حجة من الشهود، وكان لهم حجة من أنفسهم بالأيمان، وكان الاستثناء

بطريق المجاز على معنى، «لكن» وسمى اليمين[1] شهادة؛ لأنها وقعت في مقابلة الشهادة، فَسَمَّاه شهادة على جهة التقابل، مثل قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثۡلُهَا﴾[2][3] ومثلها قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ﴾[4] الآية [٢٥٤/ب].

وأما قوله[5]: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ﴾، معناه: فيمين أحدهم، وقد يُعبّر عن اليمين بالشهادة بدليل أنه لو قال: «أشهد لأفعلن كذا»، يكون يمينًا عندهم بغير النية، وعندنا بالنية، فصارت الشهادة المذكورة في الآية محتملة لليمين، ولم تكن اليمين المذكورة وهي قوله «بالله» محتملة للشهادة، والمحتمل يُرد إلى غير المحتمل، كالعموم يخصص[6] بالنص ويحكم بقضاء الخاص على العام.

وأما قولهم: لو قال: «أحلفُ» يدل قوله[7] «أشهدُ»، لا يصح.

ومن[8] أصحابنا مَنْ منع وليس بشيء.

(١) في (ز): اللعان.
(٢) سورة الشورى، آية: ٤٠.
(٣) سورة الشورى، آية: ٤٠.
(٤) سورة البقرة، آية: ١٩٤.
(٥) في الأصل: قولهم.
(٦) في (ز): يخصّ.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): قلنا من.

❁ **الجواب:**

أن اللعان يمين عندنا، أُكِّدت بلفظ الشهادة، ووجه التأكيد: أن اللعان يمين هي حجة في محل الزنا، فيؤكّد[1] بما لا يؤكد به في سائر المحال، وذلك بلفظ الشهادة يُضم إلى اليمين، وهذا كما أن الشهادة على الزنا يؤكّد بما لا يؤكدّ[2] سائر الشهادات، وهو شهادة شاهدين، وإن كان في الحقيقة لا يفيد إلا ما أفاد[3] الأول، ولهذا المعنى لو شهد (شاهدان لرجل على شيءٍ)[4] وشهد لآخر أربعة من الشهود لا يكون صاحب الأربع[5] أولى، ولكن جرى نوع تأكيد (لعِظَم أمر)[6] الزنا، وإن كان لا زيادة في الحجة، كذلك في مسألتنا جرى بلفظ الشهادة نوع تأكيد لليمين، وإن لم يكن في أصل الحجة زيادة.

وأما قولهم: إن اللعان في موضع الشهادة.

قلنا: لا، بل في موضع اليمين على ما سبق.

وقولهم: إن الإنسان يجوز أن يكون شاهدًا لنفسه، محال[7]، بل لا يجوز، وإنما يحلِف لنفسه ويشهد لغيره، ويمكن أن يقال: باليمين يصدّق

(١) في (ز): فتأ: د.
(٢) في (ز): يؤكد به.
(٣) في (ز): أفاده.
(٤) في (ز): لرجلٍ على رجلٍ شاهدان.
(٥) في (ز): الأربعة.
(٦) في (ز): لتعظيم.
(٧) في (ز): فمحال.

نفسَه، وبالشاهدة يصدّق غيرَه، وفي (مسألتنا باللعان)[1] يصدّق نفسه، دل أنه يمين.

وقولهم: إن اليمين لا تكون حجة للمدّعي.

قلنا: تكون إذا وجد دليل الظاهر، (ولهذا إذا أقام شاهدًا وَنَكَلَ يصير حجة للمدّعِي لوجود شهادة الظاهر)[2]، وأما فصل الفاسق الذي ألزمناهم فقوي جدًا[3] في الإلزام.

وقولهم: (إن الفاسِق)[4] من أهل الشهادة.

قلنا: ليس الكلام في أهلية الشهادة، وإنما الكلام في (قبولها)[5]، (والفاسق مانع قبولها)[6]، فلو كان اللعان شهادة لمنع الفسق من[7] قبولها.

وقد استدل الأصحاب أيضًا بفصل تكرار اللعان فإن الشرع قد وَرَدَ (في التكرار)[8] في اليمين، وذلك في القسامة ولم يرد بالتكرار[9] في الشهادة في موضعٍ مّا، وأيضًا فإن الشهادة إذا كُرِّرت وأُعيدت فإنها واحدة واليمين إذا

---

(١) في (ز): اللعان.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): إنه.

(٥) في (ز): قبول الشهادة.

(٦) في (ز): والفسق مانع من القبول.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): بالتكرار.

(٩) في (ز): التكرار.

كُرِّرَت فإن كل يمين غير الأولى، وأيضًا فإن (كان اللعان)[١] شهادة لوجب أن لا يساوي الرجل فيها المرأة كسائر الشهادات، وشرع[٢] في حق النساء على الضعف ليكون كل شهادتين في جانبها بمنزلة شهادة في جانبه، وحين ورد الشرع بالتسوية دل أن اللعان يمين وليس شهادة أصلًا، وإنما قُرِنَ بلفظ الشهادة، إما نصًا غير معقول المعنى، أو بنوع تأكيد للمعنى الذي قدمناه.

وقولهم: إن التهمة تنتفي بتأكيد الشهادة باليمين.

قلنا: اليمين إذا وُصِلَتْ بالشهادة أبطل[٣] الشهادة، والشيء لا يجوز أن يؤكّد بما يبطله.

ولا ينعكس هذا علينا؛ لأن[٤] قلنا: إنه ليس هاهنا شهادة أصلًا، وإنما لفظ الشهادة عبارة عن اليمين، وعلى أن تأكيد اليمين بلفظ الشهادة لا يُبطل الشهادة[٥]، وأما كلامهم[٦] في جانب الأمة والكافرة.

وقولهم: إنها[٧] غير مُحصنةٍ.

قلنا: الإحصان ليس بشرط في وجوب اللعان بدليل أن المرأة لو كانت زانية فاجرة فقُذفت[٨] وجب اللعان مع عدم الإحصان، وهذا؛ لأن اللعان

(١) في (ز): اللعان لو كان.
(٢) في (ز): والشرع.
(٣) في (ز): أبطلت.
(٤) في (ز): فإنا.
(٥) في (ز): اليمين.
(٦) ليست في (ز).
(٧) زيادة من (ز).
(٨) في (ز): فقذفها الزوج.

حجة إثبات الزنا عندنا على ما سنبين، ويجوز إثبات الزنا بحجته على الأَمة والكافرة، مثل ما يجوز على الحرة والمسلمة. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

موجب القذف في الزوجات: الحد، ويسقط عندنا باللعان، فإذا لَاعَنَ الزوج سقط الحد عنه وثبت به الزنا على المرأة ووجب الحد عليها فإذا لَاعَنَت سقط الحد عنها وإن لم تُلاعن حُدّت[(١)].

وعندهم: موجب القذف في الزوجة هو نفس اللعان، وزعموا أنه حدٌّ باعتبار (أحد وجهي)[(٢)] اللعان، ثم إذا لَاعَنَ وَجَبَ اللعان عليها، فإن لَاعَنَت وإلا حُبست حتى تُلَاعن[(٣)].

لنا:

قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً﴾[(٤)] ولم يفصل بين الأجنبية والزوجة، والخطاب على العموم[(٥)]؛ ولأنه قذف محصنة وموجب قذف المحصنات الحد بنص الكتاب بدليل ما قبل النكاح، وهذا لأن النكاح لا تأثير له في تغيير موجب الجنايات بدليل

(١) النكت: ورقة ٢٣٧/ب، المهذب: ٤/٤٧٠، الروضة: ٨/٣٥٦.

(٢) في (ز): إحدى جهتي.

(٣) المبسوط: ٧/٣٩، بدائع الصنائع: ٥/٢١٤٢.

(٤) سورة النور، آية: ٤.

(٥) في (ز): عمومه.

سائر الجنايات من قتلٍ أو قطعٍ [٢٥٥/أ] أو سرقةٍ أو غيره، وأما[١] اندراء الحد عنه باللعان فلأن اللعان حجة له بطريق[٢] إثبات الزنا عليها وإنما قلنا: ذلك لأنه أتى بما جُعل عَلَمًا على صدقه فثبت صدقه كما لو أقام البينة، والدليل على أنه عَلَمٌ على صدقه، إنه يقول في اللعان: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتُها به من الزنا.

يبينه: أنه لما وَرَدَ النص في اللعان على صدقه فقد ثبت أنه حجة، وحجة الصدق مثبتة للصدق، فإذا ثبت صدقه ثبت الزنا عليها.

قالوا[٣]: ما قولكم: لو أقام القاذف البينة أنه[٤] صادق فيما رماها به من الزنا.

قلنا: لا يثبت الزنا (به، فإن)[٥] قالوا: فلِم ثبت هاهنا، قلنا: لأن الشرع جعل اللعان حجة[٦] مصدّقا له فقام (ركن التصديق)[٧] المبتنى على القذف الصريح مقام الشهادة، من[٨] الشهود الأربعة، وأما لعانُها فهو حجة درأ الحد عنها، وقد ورد النص بهذا في قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾[٩] والعذاب

---

(١) في (ز): وأما.

(٢) في (ز): في.

(٣) في (ز): فإن قالوا.

(٤) في (ز): على أنه.

(٥) ليست في (ز).

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): ذكر الصدق.

(٨) في (ز): المفسرة من.

(٩) سورة النور، آية: ٨.

المعهود في الزنا هو الحد بدليل قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾[1] والمراد به الحد، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[2] والمراد به الحد، فإن لاعنت تخلّصت وإلا حُدِّت.

❁ أمّا حجّتهم:

استدلوا في أن موجب قذف الزوجة هو اللعان بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾[3] الآية، قالوا: وقوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ﴾ في موضع قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ﴾[4] وقوله: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾[5]، في موضع قوله: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[6] وقوله: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ﴾[7] في موضع قوله: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾[8] ثم الجلدات في تلك الصورة موجب القذف، فكذلك[9] الشهادات في هذه الصورة (فعلى هذا)[10] أنه حد مثل الجلدات.

يبينه: إن الفاء تدل على المجازاة مثل قول القائل: مَنْ دَخَلَ داري[11]

(١) سورة النساء، آية: ٢٥.
(٢) سورة النور، آية: ٢.
(٣) سورة النور، آية: ٦.
(٤) سورة النور، آية: ٤.
(٥) سورة النور، آية: ٦.
(٦) سورة النور، آية: ٤.
(٧) سورة النور، آية: ٦.
(٨) سورة النور، آية: ٤.
(٩) في (ز): كذلك.
(١٠) في (ز): ودل هذا أيضًا على.
(١١) في (ز): الدار من عبيدي.




فأعتقه، أو من ذكرني[1] فأكرمه، وجزاء القذف مُوجَبه، ولأن اللعان باحتمال الكذب مُهلك مُوبق في الآخرة، فيصلح جزاءً[2] وحدًا، فكذلك التزام اللعنة التزام الهلاك والتزام الهلاك مُهلك.

وربما يقولون: اللعان شهادات مؤثمة مهلكة محرّمة للمتعة، مثل الجلدات موجعة مؤكلة محرمة للشهادة، فتشابها من هذه الجهة.

قالوا: وأما إذا كذّب نفسه إنما وجب الحد؛ لأن شهادات اللعان انقلبت قذفًا موجبًا للحد مثل الشاهد على الزنا إذا رجع تنقلب شهادته قذفًا عند الرجوع، ويجب عليه الحد.

قالوا: وأما تحقق الزنا عليها (ووجوب الحد)[3] بمجرد لعانه ففي غاية البعد؛ لأن لعانه قوله، وقوله لا يصلح لإثبات الزنا عليها، مثل سائر أقوال القاذفين.

يبينه: أن[4] عندكم لو شهد الزوج مع ثلاثة نفر عليها بالزنا لم يثبت عليها، ولم تُقبل شهادته، فإذا شهد بانفراده كيف يثبت الزنا[5]؟.

وأما قوله تعالى: ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا ٱلْعَذَابَ﴾[6] هذا على طريق المجاز ومعنى المجاز أن اللعان في قذف الزوجات لما كان في موضع الحد في قذف

(١) في (ز): زارني.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): أنه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) سورة النور، آية: ٨.

الأجنبيّات صار المعنى كأنه دَفَعَه، وَدَرَأه ويجوز أن يقال: إن التيمم دَرَأ[1] الوضوء.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالآية فليس فيها دليل[2]؛ لأن الله تعالى ذكر اللعان في موضع حجة القاذف بإقامة البينة، فلا جَرَمَ.

قلنا: إنه حجة، وقوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ﴾[3] (تفسير الحجة وسمى)[4] الحجة شهادة؛ لقيامه مقام الشهادة في قذف الأجنبية.

وأما قولهم: إن اللعان حد. واستدلالهم عليه من الآية، فليس في الآية دليل عليه أصلًا، وقد بيّنا وجه معنى الآية، وحقيقة الإقامة التي أريدت منها، وهذا لأن الحدود في الشرع سياسات[5] معلومة، وأوضاع معهودة، لا تُغيِّر ولا تُبدِّل، والزواجر لا تحصل لعامّة الناس بوجه[6] التأثيم والتهديد في الآخرة، ولو وقع دفع[7] بأمثال هذه الحدود لوقع[8] الغُنية بها عن السيوف والأسواط في سائر المواضع، وهذا يؤدّي إلى نقض قاعدةٍ عظيمةٍ من قواعد

---

(١) في (ز): يدرأ.

(٢) في (ز): دليل على ما زعموا.

(٣) سورة النور، آية: ٦.

(٤) في (ز): تفسيرًا للحجة وَسُمّيت...

(٥) زيادة من (ز).

(٦) في (ز): بوجوه.

(٧) زيادة من (ز).

(٨) في (ز): لوقعت.




الشرع، وهذه حِكمة كلية من حِكَم الشرع[١]، ويحصل الاجتراء على هتك حرمات الشرع[٢]، وتعاطي المحظورات من غير مبالاةٍ والتفاتٍ إلى (هذه الزواجر)[٣]، ولأن اللعان عندهم شهادات، وعندنا أَيمان، وواحد منهما لا يصلح حدًا، ولأن اللعان ليس بحدٍ في حقها فلا يكون حدًا في حقه؛ لأنه شيء واحد من الجانبين؛ ولأنه لو كان حدًا لاختص به[٤]؛ لأنه من المحال أن يُحدّ القاذف والمقذوف جميعًا.

وأما قولهم: إن لعانه لا يصلح حجة له في إثبات الزنا عليها.

قلنا: ولِمَ؟ وقد بيّنا في المسألة الأولى[٥] وجه الحجة، وقد قال [٢٥٥/ب] الأصحاب: إن اللعان حجة ضرورة، ووجه الضرورة: أن الضرورة قد تُلجئ الزوج إلى رميها بالزنا، فأنه يراها على الزنا، ولو قَتَلَ قُتِلَ ولو سَكَتَ سَكَتَ على غيظةٍ[٦]، ويلزمه الولد الذي جاءت به من الزنا ويتلطخ فراشه ويتلوث بهذه الفاحشة العظيمة فصار إظهار الزنا ضرورة، وإذا كان ضرورة والشرع[٧] سامحه في الحجة واقتصر منه على أيمان يقيمها بدل الشهود، ودرأ الحد عنه، وحقق الزنا عليها لما بيّنا أنه حجة، وهذا كلام يدل عليه ظاهر الأمر؛ لأن الزوج أول متعيّر بزناها، والظاهر أنه لا ينسبها إلى الزنا

(١) في (ز): الرب تعالى.
(٢) في (ز): الله تعالى.
(٣) في (ز): هذا الزاجر.
(٤) في (ز): به القاذف.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) في (ز): غيظ.
(٧) في (ز): فالشرع.

إلا على بصيرةٍ، وإتقانٍ، ومثل هذا لا يوجد في قذف الأجنبية؛ لأن الضرورة لا تُلجئه إلى نسبتها إلى الزنا فبقي الأمر على التشديد الوارد فيه منعًا للناس من[(١)] الإقدام على القذف ثم كما[(٢)] نظر لجانبه[(٣)] نظر لجانبها أيضًا فجعل لها مُخلِّصًا عن موجب الزنا باللعان، (إذ يجوز)[(٤)] أن يكون الزوج مع هذا كله كاذبًا فلم يكن بد من النظر لها بشرعٍ مُخَلِّصٍ فإن لاعنت تخلّصت وإلا يقام حد الزنا عليها، وهذا كلام في نهاية الحسن؛ لأنه شرع مشروع لجانبي الرجل والمرأة مع تمام النظر لهما بدليل مخيل في الجانبين ليكون (قضاء القاضي)[(٥)] من قاضٍ لا يعلم مغيب الأمور وبواطنها، وأما الذي قالوه مَنْ تغيّر واجب القذف بالنكاح وعدم القول بتحقيق الزنا عليها مع قيام الحجة، ومع أمر الشرع بقطع النسب على ما يدعيه الزوج ولا (يكون ذلك إلا أن يتحقق)[(٦)] أنها زانية ففي نهاية البعد، وكذلك جعل اللعان حدًّا بمثابته ومنزلته في البعد والنفور عن قوانين الشرع.

وأما قولهم على قوله تعالى: ﴿وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ﴾[(٧)] فدعوى مجاز، ليس عليه دليل ثم الكلام لحقيقته إلى أن يقوم دليل المجاز، والله أعلم.



---

(١) في (ز): عن.

(٢) في (ز): أنه لما.

(٣) في (ز): لجانبها.

(٤) في (ز): لجواز.

(٥) في (ز): فصل القضاء.

(٦) في (ز): ولا يتحقق ذلك إلا بعد أن يثبت.

(٧) سورة النور، آية: ٨.

※ (مَسْأَلَة):

فرقة اللعان متأبِّدة عندنا[1]، خلافًا له[2][3]، وقالوا: لو كذّب المُلاعِنُ نفسَه ثم عاد إلى عقد النكاح جاز، وزعموا أن الواقع طلقةٌ بائنةٌ.

وعندنا: هو حرمة مثل حرمة المصاهرة، إلا أنه لا[4] يثبت به محرمية، ولا يبتني عليه الانتشار إلى الأعيان والأشخاص.

❖ لنا:

حديث ابن عمر أنه قال: (المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا)[5]، وهذا نص لا يحتمل التأويل، والمرادُ من الاجتماع هو الاجتماع نكاحًا؛ لأن الاجتماع مذكور في موضع التفريق، والتفريق الوارد في الخبر الثابت أن النبي ﷺ: **(لَاعَنَ بين رجل وامرأته، وفرَّق بينهما)**[6][7]، فإن قالوا: النبي ﷺ قال: **(المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا)** وبعد أن كذّب الزوجُ نفسه ليسا بمتلاعنين.

قلنا: ولو قال قائل: إنهما بعد أن فَرَغَا من اللعان ليسا بمتلاعنين يكون

---

(١) الأم: ٥/٢٩٠، النكت: ورقة ٢٤٠/ب، المهذب: ٤/٤٧٢، الروضة: ٨/٣٣٦.

(٢) في (ز): وقالوا: هي غير متأبدة.

(٣) المبسوط: ٧/٤٣ ـ ٤٤، الهداية مع فتح القدير: ٤/٢٨٧ ـ ٢٨٨.

(٤) ليست في (ز).

(٥) رواه أبو داود في سننه، كتاب الطلاق، باب اللعان، رقم (٢٢٤٥، ٢٢٥٠).
والدارقطني في سننه مرفوعًا وموقوفًا: ٣/٢٧٤، ٢٧٧، وصححه الألباني في الإرواء ٧/١٨٧ ـ ١٨٨.

(٦) رواه البخاري في صحيحه: ٩/٤٥٨ مع الفتح، كتاب اللعان، باب التفريق بين المتلاعنين.

(٧) في (ز): زيادة: وهو التفريق في النكاح، وكذلك الاجتماع في النكاح.

صحيحًا من حيث المحسوس ومع ذلك لا يجوز أن يجتمعان على النكاح، فتبيّن بهذا أن معنى قوله: (**المتلاعنان**) يعني اللذان تلاعنا لا يجتمعان أبدًا، وهذا لا يتصور ارتفاعه لأنهما لو عاشا أبد الدهر فهما اللذان تلاعنا، ولستُ أرى في إثبات حرمة النكاح إلى الأبد معنىً فقهيًا، وليس إلا التمسك بالنص على الوجه الذي بيّنا[1].

فإن قالوا: إنكم لا تقولون بالخبر؛ لأنه عليه السلام قال: (المتلاعنان لا يجتمعان) وعندكم: إذا لَاعَنَ الزوج وحده، انتفى النكاح وحرم الاجتماع، فأين التلاعن؟.

(قلنا: لما كان لعانه سبب لِعَانها وصريح لفظ اللعنة يوجد في جانبه دون جانبها سُمّي الموجود منه مُلاعنة من حيث المباشرة والسببية، وكان المعنى في ثبوت الفرقة بلعانه وحده، وهو[2] أنّ لِعَانَه سببٌ في إثبات الزنا عليها على)[3] ما عرف في المسألة الأولى. وإذا ثبت الزنا عليها انتفى نسب الولد، وإذا انتفى نسب الولد انتفى الفراش؛ لأنه لا يتصور بقاء الفراش وانقطاع النسب، فإن النبي عليه السلام جعل الولد للفراش بقوله: (**الولد للفراش**)[4][5] وانقطاع الفراش هو انقطاع النكاح.

فإن قالوا: ما قولكم: إذا لم يكن ولد؟.

---

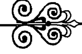
(١) في (ز): بيناه، وقد نقل ابن حجر هذا عن السمعاني. ينظر: الفتح: ٩/٤٥٩.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ما بين القوسين نقله ابن حجر عن السمعاني: ٩/٤٥٩.

(٤) ليست في (ز).

(٥) سبق تخريجه في ص١٥٩.



قلنا: وإن لم يكن ولد ولكن[1] يثبت الزنا عليها، وهو سبب صالح لنفي الولد، بل هو مؤثر فيه، وإذا كان مؤثرًا في نفي الولد كان مؤثرًا في نفي فراش الولد، فإن وَجَدَ ولدًا نَفَاه، وإن لم يجد[2] ينفي ما وُجِدَ من الفراش، ولذا[3] كان هذا هو السبب (فإذا بَقي السبب بَقي الحكم، وبقاؤه بوجوده فإن لم يوجد منه لا يتصور ارتفاعه، فبقي حكمه أبدًا)[4].

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: [٢٥٦/أ] إن النص قد ورد في أنّ المتلاعنين لا يجتمعان أبدًا فلابد من بقاء النكاح لتبقى حرمة الاجتماع، وقد ارتفع اللعان حسًا بالفراغ منه، وحكمًا بتكذيب المُلاعن نفسه.

والدليل على ارتفاع اللعان بتكذيبه نفسه عود نسب الولد ووجوب الحد بعد أن حُكم بسقوطه، ولو بقي اللعان لبقي النسب منفيًا، والحد ساقطًا ثم قالوا: ليس في نفس اللعان معنى مؤثر في إثبات التفريق بين الزوجين، وإنما انتفى[5] الاجتماع بالتلاعن نَصًا، ثم إذا انتفى الاجتماع حرمت المتعة مطلقًا، ثم إذا حَرُمت المتعة على الإطلاق، والنكاح عقد استمتاع فات الإمساك بالمعروف، فوجب التسريح، فإن لم يطلّق الزوج فرق القاضي بينهما، ولا

(١) في (ز): ومع هذا.

(٢) في (ز): يوجد

(٣) في (ز): فإذا.

(٤) العبارة في (ز) هكذا: فما نفي السبب ينفي الحكم، وبقاؤه بوجوده فإن الموجود منه لا يتصور ارتفاعه فبقي حكمًا أبدًا.

(٥) في (ز): نفى.

يكون طلاقًا مثل ما إذا وُجدت الزوجةُ زوجَها عنّينًا ومضت المدة ولم يصل إليها فرق القاضي بينهما، (فيكون طلاقًا مثل ما إذا وجدت المرأة زوجها عنينًا ومضت مدة ولم يصل إليها فرق القاضي بينهما)[١]، ويكون طلاقًا، وإذا كان طلاقًا لم يتصور تأبّد الفرقة إلا أنه ما داما على الملاعنة لم ترتفع حرمة الاجتماع بنص الرسول ﷺ، ومع بقاء حرمة الاجتماع لا يكون[٢] النكاح، فإذا أكذب نفسه المُلاعن ارتفعت الملاعنة حكمًا وصارت المرأة محل الاستمتاع[٣] غير أن أصل النكاح لا يعود؛ لأن القاضي فرّق بينهما، وَقَضَى بالفرقة، وقد بيّنا أنه[٤] طلاق بائن فلم يتصور عود النكاح إلا بإعادة العقد ابتداء. وقد تعلق بعضهم بالطلاق في هذه المسألة قالوا[٥]: فرقة صدرها عن القول فلا يتأبّد، دليله: الفرقة بالطلاق الثلاث.

❁ **الجواب:**

أن معتمدهم ارتفاع اللعان حكمًا، وليس كذلك، فإن اللعان إن كان يمينًا كما نقول[٦] واليمين[٧] إذا صارت حجة وتعلق بها حكم الحاكم لم يتصور ارتفاعها. وإن كان شهادة على ما زعموا فكذلك أيضًا، ألا ترى أن الشهود إذا شهدوا على الزنا، وَقَضَى القاضي بموجبه لم يتصور ارتفاعه أبدًا،

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٢) في (ز): لا يجوز.

(٣) في (ز): هل الاستمتاع.

(٤) في (ز): أن.

(٥) في (ز): فقالوا.

(٦) في (ز): نقوله.

(٧) في (ز): فاليمين.

وأيضًا فإنهم جعلوا اللعان حدًا، والحد إذا أقيم لا (يتصوّر رفعه)[1]، وأما إكذابه نفسه فغاية ما في الباب إن إكذاب[2] نفسه ينزل منزلة رجوع الشاهد عن شهادته، وبرجوع[3] الشاهد عن شهادته لا يرتفع[4] حكم الحاكم، ولا تبطل شهادة الشهود بل[5] عمل الرجوع أنه يُعامَل الراجع بموجب رجوعه في زعمه مع بقاء أصل شهادته كذلك الملاعن في مسألتنا إذا أكذب نفسه يُعامل بموجب إكذابه نفسَه في زعمه مع بقاء اللعان على ما كان، وقد اعترف بوجوب الحد عليه، واعترف بثبوت نسب الولد منه، أما الحد فلأن قذف الزوج زوجته عندنا (موجب للحد)[6]، إلا أنه يسقط باللعان، فإذا قال: «كنتُ كاذبًا» فقد زَعَمَ أنه لم يوجد منه ما يُسقط الحدّ عنه فأقيم عليه الحد، وأمّا النسب ففي زعمه أن نسب الولد منه ثابت فيُعامَل أيضًا بما في زعمه حفظًا لحق الولد، وأما في مسألتنا فلم يعترف على نفسه بشيء، وقد كانت الفرقة متعلقة بالتلاعن، وذلك قائم على ما ذكرنا فبقيت الفرقة ما بقي التلاعن، ويمكن أن يقال: أن الفرقة لا تشبه نفي النسب؛ لأنه إذا أكذب نفسه تبين أن النسب لم ينتف، ولا يتبين أن الفرقة لم تقع، والمعتمد هو الأول.

وأما قولهم: إن اللعان ليس له تأثير في إثبات الفرقة.

قلنا: وقد بيّنا وجه التأثير، وعلى أنه مع النص لا يُطلب[7] التأثير، وإنما

---

(١) في (ز): يرتفع أيضًا.
(٢) في (ز): إكذابه.
(٣) في (ز): ورجوع.
(٤) في (ز): يرفع.
(٥) في (ز): بل إذا أكذب نفسه...
(٦) في (ز): يوجب الحد.
(٧) في (ز): يتطلب.

هذا حكم متعلق بالتلاعن، ومعناه وجود اللعان منهما، (ومتى وجد منهما اللعان ترتب عليه هذا الحكم كما لا يتصور في المستقبل ارتفاع وجود اللعان)[1]، لا يتصور ارتفاع حكمه.

وأما قولهم: إن التفريق كان بفوات الإمساك بالمعروف.

قلنا: لو كان كذلك لوجب إذا رضيت المرأة إن تقيم معه أن يسقط معه[2] تفريق القاضي مثل مسألة العُنَّة وحين وجب[3] التفريق، وإن اختارت المقام على النكاح دل أن المعنى ما بيّنا[4]، وأما الطلاق الثلاث والتحريم إلى غاية الزوج الثاني، إنما أُتبع فيه النص. والله أعلم بالصواب.



❊ (مَسْألة):

حد القذف عندنا حق الآدمي، وفيه حق الله، لكنه مغلوب بحق الآدمي[5]، وعندهم: حق الله[6]، لكنه يوجد للآدمي فيه حق على طريق[7] التبع، ولهذا يصح العفو عنه، ويورث[8]، وعندهم: لا يصح العفو عنه، ولا يورث[9].

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٢) زيادة من (ز).

(٣) في (ز): يوجب.

(٤) في (ز): بيناه.

(٥) المهذب: ٤/ ٤٣٧، ٤٣٨، الروضة: ٨/٣٢٥، مغني المحتاج: ٤/ ١٥٥، نهاية المحتاج: ٧/ ٤٣٧.

(٦) بدائع الصنائع: ٥/٢١٤٢، ٢١٥٣، المبسوط: ٧/ ٥٢، رؤوس المسائل: ص ٤٣٦.

(٧) في (ز): وجه.

(٨) ينظر: حاشية رقم (١).

(٩) ينظر: حاشية رقم (٢).

لنا:

أن حد القذف عقوبة واجبة بالجناية على النفس، فكان المغلب عليها[1] حق الآدمي.

دليله: القصاص، والدليل على أنه واجب بالجناية على النفوس أنه يضيف القذف إلى نفسه، فيقول: «إنه زاني أو يا [٢٥٦/ب] زاني». ولأنهم قالوا: إن القذف هتك العرض، والعرض هو النفس، قال ابن قتيبة وابن الأنباري وغيرهما ذلك[2]، والدليل عليه أن النبي ﷺ قال في أهل الجنة: (أنهم لا يبولون ولا يتغوطون وإنما هو عَرَقٌ يجري من أعراضهم على ريح المسك)[3] ومعناه من نفوسهم ولأن العرض موضع المدح والقدح والثناء والسَّب[4] ومنه الخبر المعروف: **(أيعجز أحدكم أن يكون كأبي ضمضم كان إذا خَرَجَ من منزله يقول: اللهم إني تصدّقت بعرضي على عبادك)**[5]، ويقال: اقرضْ من عرضك ليوم فقرك، وقال حسان[6]:

---

(١) في (ز): فيها.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) ذكر أبو عبيد في الغريب: ١/١٥٤ بهذا اللفظ والحديث في صحيح مسلم: ١٧/١٧٤ مع النووي دون لفظة: «يجري في أعراقهم».

(٤) ليست في (ز).

(٥) رواه أبو داود في سننه رقم (٤٨٨٦، ٤٨٨٧)، وفيه قالوا: «ومن أبو ضمضم قال رجل فيمن كان قبلكم»، وقال في الإرواء: ضعيف: ٨/٣٢.

(٦) حسَّان بن ثابت بن المنذر بن حرام الأنصاري، الخزرجي شاعر رسول الله ﷺ، وفي الصَّحيحين أن النبي ﷺ قال له: (أهجهم وجبريل معك)، مات حسان قبل الأربعين، قال ابن سعد: «عاش في الجاهلية ستين عامًا وفي الإسلام ستين عامًا ومات وهو ابن عشرين ومائة». ا. هـ. الإصابة: ١/٣٢٥، رقم (١٧٠٤).




هجوتَ محمدًا فأجبتُ عنه ... وعند الله في ذاك الجزاءُ
فإن أبي ووالدتي وعرضي ... لعرض محمد منكم وِقَاءُ[١]

ومعناه نفسي لنفس محمد ﷺ، فإذًا ثبت أن العرض هو النفس، ولا يجوز إلا هذا؛ لأن الإنسان نفسه ممدوحة مذمومة، مسبوبة محبوبة، والمغلب على النفس حق الآدمي كذلك الواجب[٢] بالجناية عليه.

يبينه: إنه بالقذف ألصق به عارًا وشينًا وَمَزَّقَ له بلسانه عِرضًا فصار كالجرح، والقتل الذي هو شين[٣] وتمزيق لصورة البُنية ويمكن أن يقال: أن[٤] تمزيق (عرض من إنسان فوق شق وجرح)[٥] في صورة جلده[٦]، ومنه قول الشاعر:

جراحات السِّنان لها التيام ... ولا يلتام ما جرح اللسان

ثم الواجب هناك (هو)[٧] حق الآدمي، كذلك هاهنا ونعيّن فصل الجرح بالإلزام حتى لا يدخل عليه قولهم في النفس «إن الكفارة قد وجبت لحق الله

---

(١) هذه الأبيات من قصيدة قالها يوم فتح مكة ومطلعها:

ذات الأصابع فالجواءُ ... إلى العذراء فمنزلها خلاءُ

ينظر: الديوان: ص١٨.

(٢) في (ز): في الواجب.

(٣) في (ز): شقّ.

(٤) في (ز): أنه.

(٥) في (ز) ك فهو شق وَحَزّ.

(٦) في (ز): زيادة (كالحز والضرب).

(٧) زيادة من (ز).

تعالى»[1]، وعلى أنا وأن تعلقنا بقتل النفس فهو صحيح أيضًا لأنا ادّعينا أن حق الآدمي في النفس أكثر وأغلب وقد تحقق ذلك بإيجاب مائة من الإبل للآدمي، وإيجاب رقبة واحدة لله تعالى. ونستدل في المسألة من حيث الحكم بفصل المطالبة فنقول: لما وقف إقامة حد القذف على طلب الآدمي دل أنه حقه.

يبينه: أنه يقول: «قذفني ولي عليه حد القذف»، والشهود يشهدون بذلك على هذا القول فلما أقر على هذا القول في الشرع، وتمكن من إقامة البينة عليه دل أنه حقه مثل القصاص، وبهذا فارق فصل القطع في السرقة لأنه لا يمكن أن يقول: لي قطع عليه قطع اليد، ولو قال ذلك وأقام البينة عليه لم يُسمَع، وإنما حقه المال ثم الإمام يستوفى القطع حقا لله.

ونستدل على أصولهم: بأنه لا يسقط بتقادم العهد[2] ولو كان حق الله لسقط كحد الزنا.

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: حد يتنصف بالرق ويكمل بالحرية، فيكون حقًا لله كحد الزنا وحد شرب الخمر وهذا لأن حق الآدمي لا يجوز أن يختلف برقّ الجاني وحُرّيته؛ لأن الجناية ومحلها لا تختلف برق الجاني وحريته، وأما حق الله فيجوز أن يختلف بذلك؛ لأن نعمَ الله على الحر أكثر منها على العبد وإذا كثرت النعمة عظمت الجناية منه؛ لأن المعاصي جنايات بمخالفة الأمر ومن

---

(١) في (ز): لله تعالى.

(٢) ينظر: المبسوط: ٧/٥٨، بدائع الصنائع: ٥/٢١٥٣.

حيث كفران النعم أيضًا فلما[١] كانت النعم أكثر كانت الجناية أقبح وأفحش والكفران أشد وأعظم، وإذا كانت النعمة أقل كان على عكس ذلك، ولهذا[٢] وجب الرجم على الزاني المحصن، والجلد على الزاني غير المحصَن؛ لأن نعم الله على المحصَن أكثر، فكانت الجناية منه أفحش وأكبر، وعلى غير المحصن أقل، فكانت الجناية منه أقل وأنقص.

قالوا: ولأن الواجب حد زاجر، وذلك في موضع[٣] الواجب لله؛ لأن الزواجر لله تعالى لتبقى حدود الدين مصونة غير مهتوكة، وأما الواجب للآدمي فهو ما يكون على طريق الجبر، وذلك بإيجاب المثل ولا مماثلة بين الحد والقذف، فلم يصلح أن يكون واجبًا للعبد.

قالوا: وأما القصاص فهو مثل بمثلٍ، وقد حصل[٤] الجبرية؛ لأنه حياة والفائت حياة، فقد حصلت إقامة حياة مقام حياة، ولزمنا اعتقاد هذا بنص الكتاب، وإن لم يُعقَل معناه، وعلى أنا قد بيّنا المعنى فيه في مسألة موجب العمد[٥].

واستدلوا أيضًا، وقالوا: حرمة القذف تبع لحرمة الزنا؛ لأنه نسبة إليه وإنما يحرم بحرمته حتى لو كان بوطء حلالًا لم تحرم النسبة إليه، ثم الواجب هناك حق الله، كذلك هاهنا، وربما يقولون: حد القذف بتهمة الزنا وحقيقة

---

(١) في (ز): وكلما.

(٢) في (ز): ولهذا المعنى.

(٣) في (ز): الموضع.

(٤) في (ز): حصلت.

(٥) ينظر: ٦/٦٧ من هذا الكتاب.

الزنا توجب الحد حقًا لله تعالى، وكذلك الاتهام بالزنا.

[٢٥٧/أ] قالوا: ولأنه يستوفيه الإمام الذي يستوفى حقوق الله ولو كان حق الآدمي(١) لكان استيفاؤه مفوضًا إليه كالقصاص، ولأنه لا يباح قذفه وإن أباح من قِبَلِهِ ولو قذف بعد أن أباح له ذلك وجب الحد ولأنه تسقط حرمته في نفسه بالزنا، ولا يباح قذفه ولو كان حقه لسقط بسقوط حرمته في نفسه.

وقولهم: إن محل الجناية نفسه، ليس كذلك؛ لأن العِرض غير النفس والنفس غير العِرض والنفس محل القتل والجرح، والعِرض محل القدح والمدح وهما غَيرانِ، ولأنّا وإن سلمنا أن فيها(٢) حق الله وحق الآدمي فقد انضم جنايتان أُخراوان(٣) على حق الله إلى هذه الجناية، وهو الكذب وإشاعة الفاحشة، (فكثرت الجناية على حق الله غالبة لكثرتها والجناية على حق الآدمي مغلوبةٌ لقلتها)(٤)، فثبت ما ادّعينا.

قالوا: وأما شرط المطالبة إنما كان لأنه تعلق به حق الآدمي وإن كان مغلوبًا بحق الله فشرط طلبه لثبوته، وهذا لأنه لما تعلق به حق الآدمي فلابد له من أثر في الشرع، وأثره في الشرع هو وقوف استيفائه على طلبه، وأما عدم السقوط بتقادم العهد فهو بناء على هذا فإن حد الزنا إنما يسقط بتقادم العهد في البيّنات؛ لأن الشهادة فيه تقام حسبةً فإذا(٥) أخرّوا أداء الشهادة فالظاهر

(١) في (ز): للآدمي.
(٢) في (ز): فيهما.
(٣) في (ز): أخريان.
(٤) العبارة في (ز) هكذا: «وكثرت الجناية على حق الله تعالى فَغُلب على حق الآدمي، فصارت الجناية على حق الآدمي مغلوبة لقلتها والجناية على حق الله غالبة لكثرتها».
(٥) في (ز): فإن.




أنهم اختاروا الستر فإذا شهدوا بعد ذلك فالظاهر أنه حملهم عليها حقدٍ وضغنٍ وشهود الضِّغن غير (مقبول شهادتهم)[1]، فأما في حد القذف فإنه يقف إقامة البينة على طلب المقذوف ولا يقبل فيه الشهادة حسبة فلا يوجد فيه تهمة الضغن فلهذا المعنى افترقا.

الجواب:

أما تعلقهم بالتنصيف بالرق فيدخل عليه النكاح والطلاق، وأحسن ما يدخل عليه موجب جناية الخطأ فإنه لو قَتَلَ حرٌ رجلًا خطًا وجبت دية كاملة ولو كان القاتل عبدًا وجبت[2] قيمة العبد وربما تكون القيمة شيئًا قليلًا فإن[3] قالوا: أن الرق هناك لا يعمل في تنصيف الواجب إنما يعمل في تغيير الواجب، فإن الواجب على الحر الدية، والواجب في جناية العبد رقبته فيؤمر بدفع الرقبة إلا أن يفديها بالأرش الواجب أو الدية الواجبة، وإنما لم نوجب[4] الدية؛ لأن الدية إذا وجبت وجبت في ذمة الجاني أو العاقلة، والعبد لا عاقلة له، وذمته ضعيفة بالرق، فلا يمكن إيجابها في ذمته، وإهدار الجناية لا يمكن فأوجبنا دفع الرقبة لهذا المعنى، والجواب أنّ هذا وإنْ كان تغييرًا (إلا أنه)[5] تغيير إلى الرق بالتخفيف ووجه التخفيف، ما سبق، فإذا[6] جاز التخفيف بالرق في حقوق الآدميين جاز التنقيص[7] بالرق في حقوقهم،

(١) في (ز): مقبولين.
(٢) في (ز): وجب.
(٣) في (ز): وإن.
(٤) في (ز): تجب.
(٥) في (ز): لكن.
(٦) في (ز): وإذا.
(٧) في (ز): التنصيف.

وقولهم: إن ذمته ضعيفة بالرق، فليس بشيء، وقد ذكرنا[1] في بيع رقبة العبد المأذون[2]، ثم المعنى في التنصيف بالرق، هو أن حد القذف لدفع الشَّين، وما يلحق[3] من الشَّين بقذف العبد دون ما يلحقه بقذف الحر؛ لسقوط حال العبيد عن الناس ودناءتهم في النفوس، وقلة المبالاة بقولهم بخلاف الأحرار، وهذا جواب معتمد يمكن تمشيته.

وأما الذي قالوه: إن حد القذف حد زاجر، فلا يكون حق الآدمي.

قلنا: ولِم والحد اسم للمنع، وكل[4] ما يمنع من الجناية يجوز أن يُسمّى حدًا، ونقول: إن القصاص يجوز أن يُسمّى حدًا، وقد ذكره أبو عبيد بهذا الاسم في بعض كتبه[5] والقصاص في غاية الإلزام[6] على هذا الفصل، فإنه واجب على طريق الزجر، ومع ذلك حق الآدمي والذي قالوا: وَجَبَ على طريق جبر الحياة[7]، فليس بشيء، وقد ذكرنا الكلام عليه في مسألة موجب العمد[8].

وأما تعلقهم بحد الزنا فيمكن أن يدفع، فيقال: إن[9] حد الزنا تمحّض لله، ولهذا تثبت[10] الشهادة عليه حسبة، وسَقَطَ عندهم[11] بتقادم العهد، فكل

---

(١) في (ز): ذكرناه.
(٢) ينظر: ٢/٢٥٠ من هذا الكتاب.
(٣) في (ز): يلحقه.
(٤) في (ز): فكلما.
(٥) ينظر: غريب الحديث ١/٣٠٧ مادة قصص.
(٦) في (ز): اللزوم.
(٧) في (ز): الجناية.
(٨) ينظر: ٦/٦٧ من هذا الكتاب.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) في (ز): قبلت.
(١١) ليست في (ز).

عذر لكم[١] في اشتراك حق الآدمي مع حق الله في حد القذف، فهو عذرنا في التغليب، ثم الجواب إن الزنا ليس بجناية في حق المرأة، اللهم إلا أن يكرهها على الزنا، بل ربما يُعدّ إحسانًا وإنعامًا، وإنما هو جناية على حق الله بارتكاب محظورٍ بأصل الدين فكان الواجب حق الله على التمحض، فأما القذف فهو جناية على المقذوف قطعًا على ما سبق فأشبه الجرح والقتل.

وأما قولكم[٢]: إنه ستوفيه الإمام.

قلنا: بلى[٣]، ولكن للمقذوف، (قالوا: لِمَ)[٤] لا يستوفيه المقذوف بنفسه؟.

قلنا: لأنه مقدّر [٢٥٧/ب] عددًا لكنه مجتهد فيه كيفيته[٥]؛ لأنه لابد من سوطٍ بين سوطين، وضربٍ بين ضربين، وتفريق على الأعضاء وترك الجمع في موضعٍ واحدٍ واتقاء زمان الحر والبرد، والمجتهد هو الإمام، فلهذا المعنى (يقف عليه)[٦].

وأما قولهم: إنه إذا أباح لا يُباح، يبطل[٧] بالقتل، وأما حد القذف فلا يجب مثل ما لو قال: اقتلني فقتله، لا يجب القصاص.

وأما قوله[٨]: لو سقط[٩] حرمته في نفسه لا يباح قذفه.

(١) في (ز): لهم.
(٢) في (ز): قولهم.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): فإن قالوا.
(٥) في (ز): كيفية.
(٦) في (ز): وقف عليها.
(٧) في (ز): باطل.
(٨) في (ز): قولهم.
(٩) في (ز): سقطت.

قلنا: يباح إذا كان زانيًا، فأما إذا كان غير الزاني[1] فإنه إنما لا يباح؛ لأنه كذب، والكذب حرام بكل حال.

وأما قولهم: إن الجناية على حق الله أكثر.

قلنا: ليس الجناية في القذف إلا الجناية على النفس بهتكٍ مخصوصٍ، وأما الكذب فلا يُعرف حتى يُجعل جناية، ولأنه لو (تحقق كذبه)[2] بأن تحقق كونه مجبوبًا لم يجب الحد بالإجماع، وأما إظهار الفاحشة إذا كان صادقًا فيه يجوز بطريقه المشروع وهو إقامة[3] الشهادة عند الإمام، فليس فيه هتك حق الله، فسَقَطَ ما تعلقوا به. والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

إذا اعترف الرجل بوطء أمته وجاءت بولد لزمه نسبه من غير دعوة[4].

وعندهم: لا يلزمه نسبه[5] من غير دعوة[6]، والمسألة تُعرف بأن الأمة هل تصير فراشًا بنفس الوطء أم لا؟.

❋ **لنا:**

الخبر المعروف في الباب وهو حديث منازعة[7] سعد وعبد بن زمعة

---

(١) في (ز): زانٍ وهو أولى.
(٢) في (ز): بأن قذف.
(٣) في (ز): بإقامة.
(٤) النكت: ورقة ٢٤٠/ب، المهذب: ٤/٤٥٨، الروضة: ٨/٣٤١.
(٥) زيادة من (ز).
(٦) فتح القدير: ٤/٣٦٣ ـ ٣٦٤.
(٧) ليست في (ز).

في[1] ولد وليدة زمعة، وقول عبد «ولد وليدة أبي» والوليدة هي: الأمة التي يطأها سيدها، وقال النبي ﷺ: (**هو لك يا عبد، الولد للفراش، وللعاهر الحجر**)[2]، والخبر نص.

وقد قال بعضهم: يحتمل أنها كانت أمّ ولده فلهذا[3] ألحق النسب به[4].

وقال: بعضهم: معنى قوله ﷺ: (**هو لك يا عبد**) يعني مُلكًا بدليل أنه قال ﷺ: (**واحتجبي منه يا سودة**)[5] وكلاهما ليس بشيء، أمّا الأول فلأنهم لا يقولون لأمّ الولد وليدة، ولأنه زيادة لم تُنقَل، ولأن النبي ﷺ قال: (**الولد للفراش**) وليس المراد به الفراش الذي يُبسَط ويُفرش، وإنما كني به عن الوطء الذي يكون في الفراش، وأما الثاني فباطل؛ لأن القضاء صادف ما تناوله الدعوى[6]، والتداعي إنما كان في النسب لا في الملك، فكيف يقضي بالملك؟، ولأنه ﷺ قال: (**الولد للفراش**) وهذا حكم بالنسب قطعًا، وأما قوله ﷺ: (**احتجبي منه يا سودة**) فقيل[7]: إنما قال ذلك لأنه رأى شبهًا بيّنًا بآل أبي وقاص فاحتاط لحليلته.

وأمّا[8] المعنى نقول: بالوطء باشر سبب الولد فيلزمه الولد.

---

(١) في (ز): و.
(٢) سبق تخريجه: ٤٥٩/٢ من هذا الكتاب.
(٣) في (ز): فلهذا المعنى.
(٤) في (ز): فيه.
(٥) سبق تخريجه: ٤٥٩/٢ من هذا الكتاب.
(٦) في (ز): تناولته.
(٧) في (ز): فقد قيل.
(٨) زيادة من (ز).

دليله: إذا تزوّج حرة وجاءت بولد لستة أشهرٍ وقد تمكن من وطئها، ونعني بالسبب في الفرع السبب المحسوس؛ لأن الوطء سبب الماء، والماء سبب الولد محسوسًا، ونعني بالسبب في الأصل السبب المشروع، بل المحسوس أقوى من المشروع.

والحرف: أن مباشرة الأسباب التزام لما وُضِعَ له السبب بدليل سائر الأسباب الشرعية، (فإن وطء الأمة باحتمال طلب الولد صار سببًا في ثبوت حرمة المصاهرة، والدليل على أنه باحتمال طلب الولد صار سببًا أن الأصل في التحريم هو البعضية، ثم أُلحق سبب البعضية بحقيقة البعضية على ما عُرِفَ، ووطء الأمة سبب البعضية باحتمال طلب الولد، وهم يدّعون أن الأسباب لا يُحتاط في إثباتها لاشتماله على المواجب المالية؛ ولأنه حق الآدمي بخلاف التحريم احتاط فيه بكل حالٍ لحق الشرع، وهذا جواب لا بأس به، وعندي أن المعتمد هو الأول وهو حقيقة المسألة)[1].

ويدل عليه: هو أن ولد الأمة مطلوب في الجملة، وإنما يطلب بالوطء ولا يُعْرَفُ له وجهُ طلب سواه، ألا ترى أن الإنسان لا يعرف من نفسه طلب الولد إلا بالوطء، ولا يعرف غيره منه هذا الطلب، إلا بالوطء فثبت أن الولد يكون بالوطء فإذا وطء الأمة فقد طلب ولدَها، وإذا تحقق الطلب وحصل المطلوب كان له، وإنما يكون له بثبوت النسب منه.

فإن قالوا: هذا إنما يستقيم أن لو عَرَفَ أن الولد من هذا الوطء ويجوز أن يكون منه، ويجوز أن يكون من غيره.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

قلنا: قد سبق دفع هذا السؤال فإنّا قلنا: إن الولد مطلوب في الجملة، ولا جهة لطلبه إلا الوطء، والتوهم الذي قلتم[1] لا يعتبر؛ لأنه لو اعتُبر بطل طريق الطلب لما بيّنا من[2] أنه لا يعرف من نفسه، ولا يُعرَف منه في هذا الطلب سوى الوطء.

يبينه: أن هذا الوطء ظَهَرَ[3] وعُرف ولا يُعرف وطء يُعارضه فيُحال بالولد على السبب الظاهر [٢٥٨/أ]، مثل مَنْ جرح إنسانًا ومات قبل أن يبرأ أُحيل بالموت على الجرح؛ لأنه السبب الظاهر، وإن كان يتوهم سبب آخر، ولكن يقال: إن الموهوم لا يعارض السبب[4] الظاهر المعروف[5]، كذا هاهنا.

فإن قالوا: هناك جرح مُشاهد أدّى[6] إلى الموت وليس هاهنا معنى مُشاهَد يؤدى إلى الولد.

قلنا: معرفة الوطء منه (مع وجود الولد لمدته)[7] كافٍ لكونه سببًا معتبرًا في ثبوت النسب؛ لأنه لا يتصور سوى هذا فتَمّ هذا القدر في السببِية ولم يُطلب ما سواه ونزل منزلة الجرح في كونه سببًا للهلاك المودّي إليه.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: وطء الأمة معنى يحتمل طلب الولد وغيرَه فلا يثبت النسب بمجرده.

---

(١) في (ز): قلتموه.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): قد ظَهَرَ.
(٤) زيادة من (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): أفضى.
(٧) في (ز): ووجود الولد بمدته.

دليله: شراء الأمة ونعني بقولنا «يحتمل غيره» هو قضاء الشهوة، وهذا لأن المحتمل لا يكون حجة، فإن الوطء لو كان حجة في ثبوت النسب لكان لأنه يحتمل طلب الولد به، وقد عارض هذا الاحتمالَ احتمال آخر، وهو احتمال قضاء الشهوة والدليل مع المعارِض[1] لا يكون دليلًا، وأما[2] الاحتمال الذي ادّعينا فهو ظاهر لكل أحدٍ، فإن الإنسان قد يطأ الأمة لطلب الولد، وقد يطأ[3] لقضاء الشهوة، لا لطلب الولد، وكلاهما له مطلق جائز بدليل جواز العزل من غير حرج، ولا منع ولا تحريم ولا كراهية[4].

قالوا: وخرج[5] على هذا وطء المنكوحة؛ لأنه لا يحتمل إلا طلب الولد في الشرع، بدليل قوله ﷺ: **(تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة (ولو بالسِّقط)[6])**[7] فقد[8] نص على الولد.

ويدل عليه: أنه لا يجوز العزل عن المنكوحة فبطل الاحتمال الطبعي بالتعبير الشرعي وصار الحكم[9] له، وفي الأمة وُجِد الاحتمال طبعًا وقد جاء الشرع بتقريره على ما سبق.

يبينه: أن في المنكوحة لما تعيّن الوطء لطلب الولد أقيم سببُه مقامه في

---

(١) في (ز): التعارض.
(٢) في (ز): وأما.
(٣) في (ز): يطأها.
(٤) في (ز): ولا كراهة.
(٥) في (ز): ويخرج.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) سبق تخريجه في ص ٨.
(٨) في (ز): فهذا.
(٩) في (ز): لا حكم.

ثبوت الفراش وهو عقد النكاح فلو[1] تعيّن الوطء في الأمة لطلب الولد لوجب أن يقام سببه مقامه، وهو شراء الأمة، وحين (لا يقام)[2] بالإجماع عرفنا أنه غير متعين للولد.

قالوا: وقولكم: وُجِدَ سبب الولد، بلى، على جهة الاحتمال لا على جهة التعيين مثل شراء الأمة فلابد من التعيين لثبوت النسب، وعلى أنه سبب عند الإنزال، وعندكم لو وطء ولم يُنزل يثبت النسب فبطل التعلق بالسببية. واستدلوا (بالأحكام على)[3] أن الأمة لا تصير فراشًا بنفس الوطء وهي أنها لو صارت فراشًا لاستعقب زواله العدة كما في المنكوحة، وأمّ الولد ولكان يمتنعُ بيعَها على صاحب الفراش، كما في أمّ الولد ولكان لا ينتفي النسب بمجرد دعوى الاستبراء كما في المنكوحة، وقد قلتم: إنه لو وطء[4] امرأته المدخول بها، واعترفت بانقضاء العدة[5] بالأقراء، ثم جاءت بولدٍ لستة أشهر من يوم الاعتراف، يثبت نسب الولد، ووجود[6] الاستبراء بالأقراء لم يمنع ثبوت النسب فما بال دعوى الاستبراء في مسألتنا بنفي ثبوت النسب، فهذه مناقضة ظاهرة بينة.

الجواب:

أما قولكم: إن الوطء معنى يحتمل[7] ....

(١) في (ز): ولو.
(٢) في (ز): لم يقم.
(٣) في (ز): بأحكامٍ في.
(٤) في (ز): طلق.
(٥) في (ز): عدتها.
(٦) في (ز): ووجوب.
(٧) في (ز): محتمل.

(طلب الولد وغيرَه)[١] يقال لهم: ما قولكم في الوطء الذي زال الاحتمال فيه بأن اعترف بالوطء والإنزال؟. فإن[٢] قالوا: لم يثبت النسب (ما لم يدع)[٣].

قلنا: إذا[٤] كان المانعُ من ثبوت النسب هو الاحتمال فإذا (انقطع الاحتمال وجب)[٥] أن يثبت النسب.

فإن قالوا: ما قولكم: إذا اعترف بالوطء مع العزل، وفي هذه الصورة نقطع إنه لم يطلب الولد.

قلنا: قد مَنَعَ الشيخ أبو سهل ﷺ هذه الصورة، وقال: لا يثبت النسب ما لم (يكن اعتراف)[٦] بالوطء والإنزال. وظاهر المذهب التسليم ووجه الكلام في هذه الصورة هو أن الشرع أعرض عن العزل وجعل وجوده وعدمه بمنزلة واحدة في خلق الولد، فإنه ثبت الخبر أن النبي ﷺ سُئل عن العزل: **(ما من نسمة قدّر الله تعالى كونها إلا وهي كائنة، فاعزلوا أو لا تعزلوا)**[٧] وإذا ثبت بالنص هذا، صار الاعتبار بنفس الوطء.

ثم الجواب فقهًا: أنا لا نسلم الاحتمال شرعًا لأن الوطء لم يُحلِّل في الشرع إلا لطلب لولد وسواء في ذلك الحرائر والإماء، وقضاء الشهوة تبع،

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): فإن.
(٥) في (ز): جاء انقطع الاحتمال يجب.
(٦) في (ز): يعترف.
(٧) رواه البخاري في صحيحه ٩/٣٠٥ مع الفتح رقم ٥٢١٠.

(ولهذا المعنى لم)[1] يحلّ إلا في موضع طلب الولد، ونقول وطء في القُبل فيكون تحليله لطلب الولد.

دليله: وطء المنكوحة.

يبينه: أن اختلاف المطلوب مع اتحاد الفعل (واتحاد المحل)[2] في غاية [٢٥٨/ب] البعد ونهايته، وأما جواز العزل في الإماء وعدم جوازه في الحرائر لم يكن لما قلتم، بل لأن للحرة حقًا في الوطء لا يوجد مثله للأمة والإنزال من تمام الوطء فلم يجز ترك الإنزال في الحرة، إلا بإذنها لحقها، وجاز في الأمة العزل بغير إذنها (لسقوط حقها)[3] حتى لو أذنت الحرة في العزل لم يكره، وأما أصل العزل فقد أجبنا عنه، وقلنا: إن الإنزال قد أعرض عنه الشرع في حق الأولاد.

ويمكن أن يجاب عن أصل الطريقة بجواب آخر، فيقال: سلمنا أنه محتمل، ولكن احتمال طلب الولد كافٍ لثبوت النسب؛ لأن النسب يحتاط في إثباته، ولهذا يثبت بالشبهات، ولأن في إثبات النسب صيانة النفوس وعصمة الدماء[4]، فإن الأولاد إذا بطلت أنسابهم من[5] الآباء ضاعوا لأنهم يصيرون كَلًا على الأمهات، والأمهات عاجزات، وقد اتفقنا أن الدماء يُحتاط في صيانتها فأشبه فصل النسب فصل تحريم الصهرية، فإن وطء الأمة باحتمال

---

(١) في (ز): ولذلك لا.

(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٣) في (ز): لحقها.

(٤) في (ز): للدماء.

(٥) في (ز): عن.

طلب الولد صار سببًا في ثبوت حرمة المصاهرة، والدليل على أنه باحتمال طلب الولد أن الأصل التحريم هو البعضية ثم أُلحق سبب البعضية بحقيقة البعضية على ما عُرِفَ من قبل، ووطء الأمة سبب البعضية باحتمال الولد، وهم يقولون[١]: إن الأنساب لا يحتاط في إثباتها لاشتماله[٢] على المواجب المالية، ولأنه حق الآدمي بخلاف التحريم يحتاط فيه بكل حال لحق الشرع، وهذا جواب لا بأس به، وعندي أن[٣] المعتمد هو الأول وهو حقيقة المسألة، وأما المسائل التي تعلقوا بها أما الأول فعندنا فراش الأمة قط لا يوجب العدة، وإنما يُوجب الاستبراء على ما سيأتي من بعد وفي هذا الموضع وَجَبَ الاستبراء حتى إذا أراد أن يزوجها وَجَبَ الاستبراء، وإذا[٤] باعها وَجَبَ الاستبراء.

وأما تعلقهم بحرمة البيع فليس حرمة البيع في أم الولد لوجود فراش النَّسب، إنما هو لحرمة الولد، وقد بيّنا في[٥] مسألة أمهات الأولاد، فلا جَرَمَ في الأمة إذا جاءت[٦] بولد، وثبت النسب وحكمنا بعتقه منعنا بيع الأمّ، وأوجبنا لها حق الحرية، وجعلناها أمّ ولدٍ له، مثل سائر أمهات الأولاد.

وأما قولهم: إن النَّسب ينتفي بدعوى الاستبراء.

قلنا: إنما كان كذلك ليكون للمولى طريق لنفي نسب الولد منه إذا علم أنه ليس منه، وفي المنكوحة له طريق، وهو اللعان، وهاهنا لَا لِعَانَ، فيبقى

---

(١) في (ز): يدّعون.
(٢) في (ز): لاشتمالها.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): ولو.
(٥) في (ز): هذا في.
(٦) في (ز): أتت.

طريق[1] دعوى الاستبراء، وهذا طريق صحيح؛ لأنه يمحو[2] أثر الماء ويُجعل الوطء كأن لم يكن ويعود حالها كما كان قبل الوطء، وأما المسألة التي ادّعوا علينا المناقضة فيها، فقد أمكن النفي باللعان فلم يكتف بدعوى الاستبراء؛ لأنه مع دعوى الاستبراء يجوز أن يكون (الولد منه)[3]، وأما قياسهم على أصل شراء الأمة فالتخريج سهل؛ لأن الشراء ليس بسبب الولد[4]، وإنما هو في الوضع سبب لطلب المال، ولهذا المعنى صح في موضع طلب الولد وغيره موضعه، وأما الوطء في الأصل مشروع لطلب الولد في أي موضع يوجد[5]، ويمكن أن يقال إن الشراء إذا اتصل به حقيقة (الوطء نُزّل منزلة النكاح الذي يراد به الوطء شرعًا، وإيصاله به حقيقة)[6] فوق[7] إيصاله به شرعًا. والله أعلم.



※ (مَسْألة):

فراش النسب لا يثبت بمجرد النكاح ما لم يتصل به إمكان الوطء[8].

(وعندهم لا يشترط إمكان الوطء)[9][10].

---

(١) في (ز): من الطرق.
(٢) في (ز): ينسخ.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): للولد.
(٥) في (ز): وجد.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): فرع.
(٨) النكت: ورقة ١٤١/أ.
(٩) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(١٠) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٦٥١، المبسوط: ٦/٥٠، البحر الرائق: ٤/١٦٩.

وصورة الخلاف في المغربية والمشرقية والرجل في القطر الثاني.

لنا:

أن الولد ليس منه قطعًا فلا يثبت نسبه منه.

دليله: امرأة الصبي إذا جاءت بولد.

يبينه: أنه لو (قام دليل شرعي باللعان على أن الولد ليس منه انتفى النسب منه فإذًا)[1] قام دليل قطعي أنه ليس منه وهو في مسألتنا أولى[2] أن ينتفي منه.

يدل عليه: أنه إذا جاز أن يثبت النسب في مسألتنا مع قطعنا أن الولد ليس منه فقولوا[3]: وإن قام دليل اللعان على نفي النسب، لا ينتفي النسب، وهو أولى؛ لأن جواز أن يكون الولد[4] منه موجود في اللعان، وهذا لأن الأصل في إثبات (الأنساب للأولاد)[5] من الآباء لأنهم[6] منهم على معنى (أنه خُلقت الأبناء)[7] من مياههم، وهو معنى قوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ مِنَ ٱلْمَآءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُۥ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾[8] أي: ممن خلق من مائه، وقال الله تعالى

(١) في (ز): أقام دليلًا شرعيًا باللعان على أنه ليس عنه انتفى الولد من الأصل وإذا...
(٢) في (ز): الأولى.
(٣) في (ز): فقولوا به.
(٤) في (ز): ليست في (ز).
(٥) في (ز): أنساب الأولاد.
(٦) في (ز): كونهم.
(٧) في (ز): أنهم خلقوا.
(٨) سورة الفرقان، آية: ٥٤.

في ذكر آدم وحواء عليهما السلام: ﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً﴾[1] ولأنا إذا أعرضنا عن هذا لم يكن شخص أولى بنسب ولدٍ من شخصٍ آخر، وكان[2] أن يدّعي كل واحد نَسَبَ من شاء، ويقطع نَسَبَ من شاء، وأدّى ذلك[3] إلى أن لا يعرف أحدٌ [٢٥٩/أ] أباه، ولا[4] جدّه، وفي هذا من الفساد[5]، وهتك معالم الدين، ما لا يخفى، وحكايته مُغنية عن الكلام عليه.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الأصل في النسب هو الماء على ما زعمتم، لكنه أمر باطن لا (يمكن الوقوف)[6] عليه، وكذلك الوطء يخفى عند[7] الناس وإن كان ظاهرًا عندي، الواطئ، والنسب أمر يشيع في الناس ويقصد به الثبوت على الاستشهاد[8]، فلا يمكن تعليقه[9] بالماء ولا بالوطء، فنقلنا[10] إلى السبب الظاهر وهو النكاح وأدرنا الحكم عليه وجودًا وعدمًا، ونظيره السفر مع المشقة في رخصة السفر، والبلوغ مع اعتدال العقل في بناء الخطاب عليه، واستحداث الملك في أمر الاستبراء مع الماء وربما يقولون[11] في التمسك

---

(١) سورة النساء، آية: ١.
(٢) في (ز): ولجاز.
(٣) زيادة من (ز).
(٤) في (ز): أو.
(٥) في (ز): القباحة.
(٦) في (ز): يوقف.
(٧) في (ز): عن.
(٨) في (ز): الاشتهار.
(٩) في (ز): تعلقه.
(١٠) في (ز): فنقلناه.
(١١) في (ز): يبالغون.

بالاستبراء، وإلزامه على كلامنا، ويقولون: قد رأيناه واجبًا مع عدم الماء قطعًا، وهو إذا اشترى جارية بكرًا أو من امرأة قالوا: وأما إمكان الوطء غير[1] معتبر؛ لأنه لو اعتُبر إمكانُه لأعتُبر وجوده حقيقة، فإن[2] سبب الولد الذي يصلح له هو[3] الوطء لا الإمكان، فإذا ثبت وجود السبب ثبت النسب، ثم قد جعل الشرع طريقًا في الخلاص (عن هذا الولد)[4]، وذلك باللعان، فإذا[5] أراد التخلّص منه يقال له: لَاعِنَ وإلا فقد لزمه[6].

قالوا: وأمّا الصبي فإنما لم يثبت النسب منه لمعنىً فيه، وهو فقدُ أهلية السبب، وفي[7] مسألتنا وُجدت[8] أهلية ثبوت[9] النسب من الزوج واتصل به السبب فلم يكن لعدم الثبوت[10] معنىً.

❁ **الجواب:**

أمّا النقل إلى السبب الظاهر وهو النكاح فلا ننكره، ولكن بشرط الإمكان؛ لأن الدليل قد قام على وجود الإعراض عن حقيقة الوطء لكتمه[11]

---

(١) في (ز): فغير.
(٢) في (ز): لأن.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): وإذا.
(٦) في (ز): لزمك.
(٧) في (ز): وأما في.
(٨) في (ز): فوجدت.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) في (ز): ثبوته.
(١١) في (ز): لبطونه.

وخفائه، وأما[١] الإمكان فيمكن اعتباره، فوجب اعتباره وإنما اعتبرنا[٢] لكي لا يؤدّي إلى إسقاط الماء الذي هو الأصل في خلق الولد بكل حال، وإنما[٣] أعرضنا عن وجوده حقيقة لوجود الحرج العظيم في اعتباره، فأما إمكان الماء فلا حرج في اعتباره، فاعتبرنا[٤] ليوجد الماء اعتبارًا إن لم يوجد حقيقة، بل نقول: إذا أمكن الوطء وُجِدَ توهم الماء وقد يَشِق[٥] في الشرع وجوب الاحتياط في إثبات الأنساب بدليل إثباته بالشبهات فثبت هاهنا بمجرد التوهم وبحمل أمر الزوج على أنه قد وطئ المرأة وأصاب منها فيكون الماء قد وُجد اعتبارًا بدليله وإن لم يوجد حقيقة[٦]، ثم إذا عرف الرجل أنه ليس منه ينفيه بطريقه وهو اللعان، وأما فيما[٧] قالوه إعراض[٨] عن الماء الذي هو الأصل بكل وجهٍ من غير حاجةٍ إلى الإعراض عنه اعتبارًا وإن مست الحاجة إلى الإعراض حقيقة، وهو كلام باطل؛ لأن[٩] الأصول التي تبتنى عليها الشرعيات لا يجوز الإعراض عنها أصلًا، وفي تطريق المجتهدين إلى أمثال[١٠] هذا هدم قوانين الشرع، وقواعده.

---

(١) في (ز): فأما.

(٢) في (ز): اعتبرناه.

(٣) في (ز): فإنا إنما.

(٤) في (ز): فاعتبرناه.

(٥) في (ز): استقر.

(٦) في (ز): يقينًا.

(٧) في (ز): ما.

(٨) في (ز): فإعراض.

(٩) في (ز): فإن.

(١٠) ليست في (ز).

فإن قالوا: قد اعتمدتم على الإمكان وهو باطل؛ لأن[1] الإمكان من جهة الزوج عَارَضَه إمكان آخر (وهو)[2] من جهة الأجنبي، فإنه يجوز أن يكون الولد من قِبَلِ الأجنبي لا من قِبَلِ[3] الزوج، والإمكان فيهما واحد، فسقط التعلق بالإمكان بهذه المعارضة.

قلنا: لا معارضة؛ لأنه وُجِدَ لوَطء الزوج سبب ولم يوجد لوطء الأجنبي سبب، ولا معارضة بين ما وُجِدَ سببه وبين ما لم يوجد فإذا[4] سقطت المعارضة بين الإمكانين صارت العبرة لإمكان الزوج واعتباره في إثبات النسب معنوي على ما سبق بيانه، فصار الحكم له، وأما المسائل التي أوردوها ففي كل هذه المسائل توهم المعاني المثبِتَة لهذه الأحكام في الأصل موجود، فإن المشقة في الأسفار ظاهرة، وكذلك اعتدال العقل عند البلوغ ظاهر، وإن لم يعرف[5] حقيقة، فالتوهم موجود، وفي مسألة الاستبراء توهّم الماء موجود، وإن كان البائعُ امرأةً (يجوز أنها وُطئت بالشبهة)[6]، (وكذلك في البكر توهم الماء موجود لأنها)[7] لا نعلم أنها بكر قطعًا، ويجوز[8] أن يكون الماء يسبق إلى رحمها من المولى أو غيره، بشبهةٍ وَحَبَلَتْ، (وهي)[9] على

(١) في (ز): فإن هذا.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): وإذا.
(٥) في (ز): يُعلم.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): وكذا مع البكارة؛ لأنا.
(٨) في (ز): ويمكن.
(٩) ليست في (ز).

البكارة، وأما[1] في مسألتنا فقد بيّنا أن فوات الماء (هاهنا)[2] من القطعيات، ومسألة الصبي لازم[3].

وقولهم: إنه ليس من أهل ثبوت النسب.

قلنا: إنما خرج من هذه الأهلية لفقد الماء، وهاهنا (فُقِد قطعًا ويقينًا)[4] فكان مثله. والله أعلم بالصواب [٢٥٩/ب].

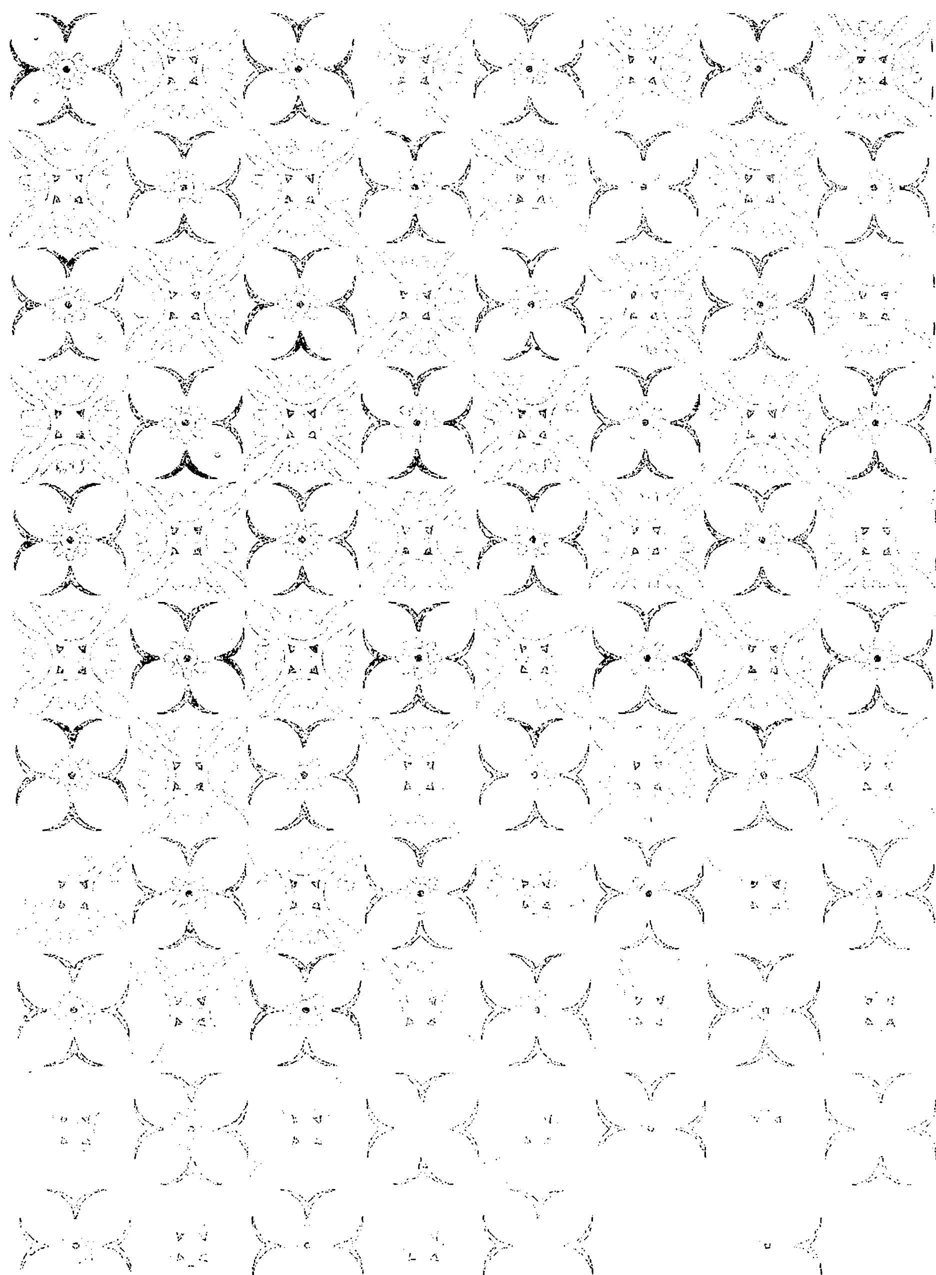


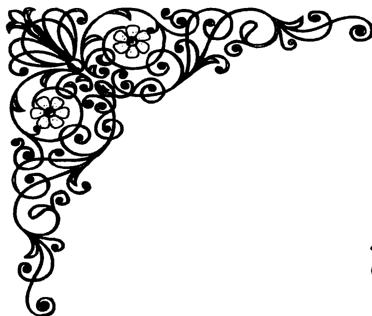
(١) في (ز): فأما.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): لازمة.

(٤) في (ز): قد قطعنا بفقده يقينًا.






كِتَابُ الْعِدَّة

※ (مَسْأَلَة):

العدة عندنا بالأطهار[١]، وهو قول ابن عمر[٢] وعائشة[٣] رضي الله عنها، وبه قال مالك[٤]، وأهل الحجاز. وعندهم: هي بالحيض[٥]، وهو قول عمر[٦] وجماعة، وبه قال أهل العراق[٧].

لنا:

قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٨] معناه لزمان عدتهن وإنما يُباح الطلاق في الطهر، دل أنه زمان العدة فإن قالوا: المراد بالآية بيان عدة الإيقاع لا بيان عدة الطلاق الواقع.

قلنا: العدة واحدة وهي العدة المشهورة المعروفة، ومعنى الآية زمان

---

(١) المهذب: ٥٣٣/٤، الروضة: ٣٦٦/٨، المنهاج شرح مغني المحتاج: ٣٨٥/٣.
(٢) الجامع لأحكام القرآن: ١١٣/٣.
(٣) الجامع لأحكام القرآن: ١١٣/٣.
(٤) الجامع لأحكام القرآن: ١١٣/٣، ١١٦.
(٥) الأسرار: ٣٤٢/٢/أ عارف حكمت، الهداية مع فتح القدير: ٣٠٨/٤، المبسوط: ١٣/٦، بدائع الصنائع: ١٩٨١/٤.
(٦) فتح القدير لابن الهمام: ٣٠٨/٤، الجامع الأحكام القرآن: ١١٣/٣.
(٧) فتح القدير لابن الهمام: ٣٠٨/٤، الجامع الأحكام القرآن: ١١٣/٣.
(٨) سورة الطلاق، آية: ١.

عدّتهن (كذا قال)[١] أهل التفسير[٢]، ومعنى زمان أهل[٣] العدة أنه الزمان الذي تعتد به المطلقة عند وجوب العدة وهو الطهر، فهو عدة بعد[٤] الطلاق، وكان العدة بعد الطلاق بالإجماع، ونستدل بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[٥] وقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ﴾ خبر بمعنى الأمر وهو محمول على الفور والتعجيل؛ لأنه لا يجوز للمرأة أن تؤخِّر أداء العدة باتفاق الأمة، فاقتضت الآية أنها إذا صارت مطلقة لزمها الاعتداد عقيبها والاعتداد إنما يكون بزمان يقع به الاحتساب عن العدة، فأمّا ما لا يقع به احتساب عن العدة فلا يكون به اعتداد.

وتحقيقه: إن العدة إنما[٦] تكون بزمان مقدرٍ معلومٍ، والأصل أن الزمان إذا تقدَّر شرعًا وتعجّل الشروع فيه وقع[٧] الاحتساب بما مضى فيه مثل مدة الإجارة ومدة الإيلاء، ومدة العِنَّة وغيرها. وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: إنما يُعتبر تحقيق هذا في سببٍ مباحٍ، فأمّا في سببٍ محظورٍ منهي عنه فلا، والطلاق إنما يُباح في زمان[٨] الطهر، فوجب أن يستعقب زمان الاحتساب عن العدة، وليس ذلك إلا أن[٩] يكون الاعتداد بالطُهر، فأمّا إذا

(١) في (ز): كذلك قاله.
(٢) الجامع لأحكام القرآن: ٣/١١٥.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): قبل، وهو خطأ.
(٥) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): ووقع.
(٨) في (ز): حالة.
(٩) في (ز): بأن.




جعلنا[١] بالحيض فلا يوجد هذا. ونقول: طلاق مباح إيقاعه فلا يتأخّر عنه زمان الاحتساب.

دليله: طلاق الآيسة والصغيرة. فإن قيل: قد استعقب الاعتداد لأن عندنا شروعها في العدة قد حصل، ولهذا المعنى تؤمر باجتناب المحظورات.

قلنا: قد ذكرنا أن الواجب وجوده عقيب الطلاق زمان الاحتساب وعندهم لا احتساب إلا بالحيض، وأما[٢] الطهر فلا احتساب به أصلًا، وإنما وجوده ضرورة فإن الحيضتين لابد أن يتخللهما طُهر ولذا المعنى يكون عندهم هذا الطهر وجوده وعدمه بمنزلة[٣].

وقولهم: إنا نقول: شرعت في العدة.

قلنا: بلى، ولكن شروع بلا تأدية ولا احتساب فتكون مناقضة بائنة[٤].

فإن قيل[٥]: يجوز أن يُشرَعَ في الشيء ويتأخر أداؤه بمنزلة[٦] الحج.

قلنا: إنما[٧] تأخّر (لأداء الضرورة وهو أن)[٨] أفعاله تؤدّى في أماكن متفرقة ولا يتصور جمعُها في مكانٍ واحدٍ، وأما[٩] في مسألتنا لا[١٠] ضرورة

---

(١) في (ز): جعلناه.
(٢) في (ز): فأما.
(٣) في (ز): بمثابة واحدة.
(٤) في (ز): تامة.
(٥) في (ز): قالوا.
(٦) في (ز): كما في.
(٧) في (ز): في الحج إنما.
(٨) في (ز): ادؤه للضرور لأن.
(٩) في (ز): فأما.
(١٠) في (ز): فلا.

في التأخير، وقد[١] تَمّ السبب واتصل به الشرط فوجب أن لا يتأخر المسبب إلا بدليل (يوجب التأخير)[٢] ينزل منزلة الضرورة، ولا دليل على التأخير (فلم يتأخّر)[٣][٤].

يبينه: أنا قد ذكرنا أن الاعتداد بزمانٍ مقدَّرٍ شرعًا، ولا يتصور الشروع في زمانٍ مقدرٍ إلا وإذا مضى جزءٌ منه، انتقص من الزمان المقدّر بقدر ما مضى[٥] منه، وعلى هذا[٦] لا يدخل فصل الحج، وإنما نظير مسألتنا مدة العِنّة ومدة الإيلاء، وهم يزعمون أنه قام هاهنا دليل التأخير وسنبين كلامهم ونجيب، وفي المسألة كلام كثير للأصحاب تركنا ذلك[٧]، وأمّا الاعتمادُ على هذا الفصل الواحد وهو في غاية القوة.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بفصلين معتمدين لهم[٨]: أحدهما: مستخرج من ظاهر الكتاب، والآخر من حيث المعنى. أما الأول قالوا: قال الله تعالى: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٖ﴾[٩] يقتضي ثلاثة قرؤ كوامل مثل قول القائل: ثلاثة شهور،

---

(١) في (ز): فقد.
(٢) في (ز): موجب للتأخير.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): يمضي.
(٦) في (ز): هذا التقدير.
(٧) في (ز): ذكره.
(٨) ليست في (ز).
(٩) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.

وثلاثة سنين، ولا يوجد القرؤ الكامل بالطلاق المباح إلا إذا جعلناها بالحيض، فأما إذا جعلنا[1] بالأطهار يوجد قرؤان وبعض الثالث فإنه إذا طلقها في الطهر فالباقي عندكم محسوب من العدة عن قرءٍ وليس بقرءٍ كاملٍ، لأن الطهر الذي هو القرؤ عندكم هو الطهر الذي يحيط الدم بطرفيه، ولم يوجد هذا[2] بعد الطلاق لأن الدم في أحد الطرفين وإن لم يوجد بعد الطلاق [٢٦٠/أ] فالدم في الطرف الآخر وُجد قبل الطلاق، وأما[3] على أصلنا فلا يجوز الاحتساب إلا بثلاث حيض كوامل عن العدة.

يبينه[4]: أن القرء في العدة لا يتبعض ولا يتجزأ بدليل قول عمر رضي الله عنه في (هذه الآية)[5] **(لو استطعتُ أن أجعلها حيضة ونصف لجعلت)**[6] وإذا لم يتبعض ولم يتجزأ فلم يقع[7] الاحتساب بما بقي من الطهر؛ لأنه لو أُحتسب به لاحتسب ببعض القرء، وذلك تبعيض وتجزيئة له[8].

وأما الفصل الثاني وهو المعتمد عليه من حيث المعنى قالوا: العدة

---

(١) في (ز): جعلناه.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): قالوا وأما.

(٤) في (ز): ثبت.

(٥) في (ز): عدة الأمة.

(٦) رواه البيهقي في سننه: ٤٢٦/٧، ولفظه: (لو استطعت أن أجعل عدة الأمة حيضة ونصفًا لفعلت، فقال رجل: يا أمير المؤمنين فاجعلها شهرًا ونصفًا، قال: فسكت). وينظر: تخريجه في: التلخيص الحبير: ٢٣٣/٣.

(٧) في (ز): لم يجز.

(٨) ليست في (ز).

وجبت لإظهار براءة الرحم فيتعيّن لها الحيض قياسًا على استبراء المماليك وإنما قلنا: إن العدة وجبت لإظهار براءة الرحم، وذلك لأنا أجمعنا أن العدة بالأقراء لا تجب إلا بعد الدخول، وهو دليل قاطع في أن استبراء الرحم أصل، ألا ترى أن في عدة الوفاة لما لم يكن الأصل فيه استبراء[1] الرحم كانت بالشهور.

قالوا: وبهذا يتبيّن أن معنى العبادة تبع لاستبراء الرحم؛ لأنه لو كان أصلًا لكان بالشهور منها أولى منها بالأقراء.

ويدل عليه: أنه يجب على الذِّميّة والكفر ينافي مباشرة العادة، فدل أن الأصل هو استبراء الرحم فإن معنى العبادة فيه تبع فيكون بالحيض دون[2] الأطهار لأن الحيض عَلَمٌ على براءة الرحم في الشرع بدليل قوله ﷺ: (**لا توطأ الحامل حتى تضع ولا الحائل حتى تستبرأ بحيض**)[3] فجعل الحيض في موضع وضع الحمل ووضع الحمل عَلَمٌ على براءة الرحم، كذلك الحيض، ولأن الحامل لا تحيض عندنا[4]، وعلى أحد قوليكم[5]، وعلى القول الثاني[6]: إن حاضت يكون على الشذوذ والندور، فدل أن الحيض عَلَمٌ على براءة الرحم، والطهر ليس كذلك لأنه يوجد مع اشتغال الرحم بالماء بل يكون كذلك بكل حال.

---

(١) في (ز): براءة.
(٢) في (ز): لا.
(٣) رواه أبو داود في سننه: ٢/٦١٤ رقم (٢١٥٧) مع المعالم.
(٤) أي عند الحنفية. ينظر: بدائع الصنائع: ١/١٧٥، رؤوس المسائل: ص ١٣٠.
(٥) أي عند الشافعية. ينظر: المجموع: ٢/٣٩٥، ٣٩٦.
(٦) في (ز): الآخر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الطهر الذي هو قرؤ الذي يحيط الدم بطرفيه وذلك يحصل به براءة الرحم؛ لأنه إن حصل يحصل بغيره، وهو الدم الذي يحيط به لا بعينه، وفي الحيض يحصل براءة الرحم بعينه فكان أولى.

قالوا: ولا يجوز أن يصير الطُهرُ أولى؛ لأن العدة تتضمن معنى العبادة فإن الحيض إنما ينافي بعض العبادة من الصلاة والصوم ولا ينافي كل العبادات، ألا ترى إنه لا ينافي الإحرام والوقوف ولا الإسلام وكذلك الأذكار وجميع التسبيحات فلا ينافي معنى العبادة التي تتضمنها العدة أيضًا هذا هو معتمدهم من حيث الفقه واستبراء المماليك يُعدّ مشكلًا[1] عظيمًا في هذه المسألة وقد تعلّق (كثير منهم)[2] بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٍ﴾[3] فاقتضى (هذه الآية)[4] أن الحيض أصل والشهور بدل مثل قوله: ﴿فَلَمۡ تَجِدُواْ مَآءً فَتَيَمَّمُواْ﴾[5] ومثل قوله: ﴿فَمَن لَّمۡ يَجِدۡ فَصِيَامُ شَهۡرَيۡنِ مُتَتَابِعَيۡنِ﴾[6] وقد تعلّق بعضهم بحديث عائشة رضي الله عنها الذي بيّنا[7]، وهو قوله عليه السلام: **(طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان)**[8]، وهذا نص في الإماء، فكذلك في الحرائر

---

(١) في (ز): أشكالًا.

(٢) في (ز): بعضهم.

(٣) سورة الطلاق، آية: ٤.

(٤) في (ز): ظاهره.

(٥) سورة النساء، آية: ٤٣.

(٦) سورة النساء، آية: ٩٢.

(٧) في (ز): بيناه.

(٨) سبق تخريجه في ص٤٠٤.

يكون الحكم[1] كذلك.

❁ **الجواب:**

أما[2] الفصل الأول قلنا[3]: يقال لهم بطريق الجدال[4] إن كان اعتبار بالأطهار يوجب النقصان من الكمال فاعتبار الحيض عندكم يوجب الزيادة على الكمال، فإنكم إذا قلتم: وإن طهُرت من الحيض في المرة الثالثة لا تخرج عن العدة، ولا تحل للأزواج إلا بعد الاغتسال إذا كان طهرها فيما دون العشر[5]، وقد كمل القرء من قبل وقد دخلتم في مثل ما نقمتم منا. ثم الجواب المعتمد أن الباقي من الطُّهر قرؤ كامل عندنا[6].

والذي قالوا[7]: إنه بعض القرء[8] بلا إشكال.

قلنا: البعض قد يكون كُلًا عند قيام الدليل عليه، مثل بعض الطلاق يكون طلاقًا كاملًا لقيام الدليل عليه، والدليل هاهنا هو[9] أن الطلاق المباح لابد أن يتعقبه زمان الاحتساب (من العدة بدليل نص الكتاب وبدليل المعنى المعقول على ما سبق بيانه، ولن يتعقبه زمان الاحتساب)[10] إلا بعد أن يجعل

---

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): المجادلة.
(٥) في (ز): العشرة.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): قالوه من أنه.
(٨) في (ز): الطهر.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) ما بين القوسين ليس في (ز).




بعض القرء كُلًا لأنه[١] لا طريق للاحتساب إلا هذا الوجه وأيضًا فأنا لو لم نحتسب به يؤدّي إلى تطويل العدة عليها وتطويل العدة عليها ممنوع منه بدليل الطلاق في حال[٢] الحيض (فإنه يكره لهذا من المعنى فكما بعلة لاحتراز عن تطويل العدة عليها يمنع من الطلاق في حالة الحيض)[٣]، فبهذه العلة أيضًا يجعل لبعض القرء حكم الكل أيضًا وقد تأيّد هذا بأصل معهودٍ في الشرع وهو أن ما لا يتجزّأ فلبعضه حكم الكُل بدليل كل ما لا يتجزّأ من طلاقٍ وغيره، وأما الذي تعلقوا به من الفصل الثاني فيمكن أن يُنازعوا في الأصل الذي ادّعوه، فيقال: كيف يصح [٢٦٠/ب] دعوى هذا الأصل وقد وجبت العدة في الموضع الذي قطعنا بفراغ[٤] الرحم؟ وهو إذا قال لها: «إن وضعت جميع ما في بطنك (فأنت طالق)[٥] وجبت العدة في هذه الصورة، وإن تيقنّا بفراغ الرحم، والأولى أن لا نسلم لهم هذا الأصل، وهو أن العدة وجبت لبراءة الرحم، ونقول: براءة الرحم كما تحصل بالحيض تحصل بالطُّهر الذي نعتبره على ما ذكرناه.

وأما قولهم: إن براءة الرحم بالحيض بعينه[٦]، وبالطُّهر بغيره[٧]، فليس بشيء؛ لأنه المطلوب ظهور[٨] براءة الرحم، وظهور براءة الرحم على وجهٍ

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): حالة.
(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٤) في (ز): براءة.
(٥) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٦) في (ز): لعينه.
(٧) في (ز): بغيره.
(٨) ليست في (ز).

واحدٍ سواء كان بالحيض أو بالطُّهر، فلا يجوز أن يطلب الترجيح بهذا الوجه، فطلبنا بوجهٍ آخر، وهو ما ذكرنا[(١)] أن[(٢)] الطلاق المباح من قضيته منصوصًا ومعقولًا أن يستعقب زمان الاحتساب ولا يوجد ذلك إلا إذا جعلنا العدة بالأطهار، وخرج على هذا فصل الاستبراء في المشتراة[(٣)]، والمسبية؛ لأن الشراء والسبي مباح في زماني الطُّهر والحيض، فسواء جعلنا الاستبراء بالطُّهر أو بالحيض فزمان الاحتساب يتعقب سببه المباح في الشرع، فلا يمكن أن يطلب الترجيح من هذه الجهة فطلبنا[(٤)] من جهة أخرى لأنه لابد من طلب الترجيح فإنه وإن حصل المقصود بكل واحدٍ منهما إلا أن الإجماع (منعقد)[(٥)] على أنه لابد له[(٦)] من تعيين أحدهما: إما الطُّهر، وإما الحيض، والترجيح في الاستبراء للحيض[(٧)]؛ لأن الاستبراء وَجَبَ لتحليلها لسيدها فجعلناه بما[(٨)] يُفضي إلى التحليل، وذلك بالحيض فإنه يؤول إلى زمان التحليل وذلك[(٩)] الطُّهر، (وأما إذا)[(١٠)] جعلناه بالطُّهر يُفضي إلى التحريم وهو زمان الحيض، وهذا لأن ما شُرِع لحكمٍ وَتَمّ السبب المشروع فإنه يظهر ما شرع له فجعلنا

---

(١) في (ز): ذكرناه.

(٢) في (ز): من أن.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): فطلبناه.

(٥) زيادة من (ز).

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): في الحيض.

(٨) في (ز): لما.

(٩) في (ز): وهو.

(١٠) في (ز): فإذا.

الاستبراء بما يظهر المشروع به[1]، وهو حِلّها لسيدها وفي مسألتنا لا يمكن الترجيح بهذا؛ لأن المطلوب هو الحِلّ للأزواج وذلك في زماني[2] الحيض والطُّهر واحد، فطلبنا[3] بجهة أخرى، ووجدنا ذلك[4] على ما سبق بيانه، وهذا جواب معتمد مزيل للإشكال الذي تخبط فيه عامة الأصحاب.

ويمكن أن يقال أيضًا: إن تقديم الحيض على الطُّهر في الاستبراء كان بمجرّد النص من غير أن يُعقل له[5] معنى والاعتماد على الأول.

وأما تعلقهم بقوله: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ﴾[6] فنحن نقول بظاهر الآية، وعندنا إذا أيست من الحيض تعتد بالشهور وليس في (ظاهرها ما يدل)[7] على أن الاعتداد عند وجود الحيض يكون بالحيض لا بالطُّهر، وأمّا ما تعلقوا به من البدل والأصل فليس في الآية دليل عليه، ويمكن أن يقال: إنه كني عن القرء والذي[8] هو الأصل بذكر المحيض لأنه لا يُوجد إلا بوجوده والشيء يكنى به عن الشيء إذا كان بينهما اتصال بنوع سببٍ، وأما الخبر فقد ذكرنا أنه غير ثابت. والله أعلم.

---

(١) في (ز): له.
(٢) في (ز): زمان.
(٣) في (ز): فطلبناه.
(٤) في (ز): ذلك هو الطُّهر.
(٥) في (ز): منه.
(٦) سورة الطلاق، آية: ٤.
(٧) في (ز): ظاهره دليل.
(٨) في (ز): الذي.

※ (مَسْألة):

إذا مات الصبي عن امرأته وهي حبلى بالزنا[1] تعتد بالشهور عندنا[2].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه، ومحمد: تعتد بوضع الحمل[3].

لنا:

أن انقضاء العدة بوضع الحمل معلول بإظهار فراغ الرحم ليزول المنع عنها، وشغل الرحم بماء الزاني، لا يكون مانعًا من النكاح بحال، فلا يعلل إطلاق المنع بظهور فراغ الرحم عنه؛ لأن[4] الشغل إذا لم يكن مانعًا بالفراغ[5] لا يكون مطلقًا.

يبينه: إن الحمل من الزنا بمنزلة المعدوم بدليل ما بيّنا، ولو كان معدومًا حقيقة كانت العدة بالشهور، كذلك إذا كان[6] بمنزلة المعدوم حكمًا، ونستدل بالحمل الحادث لا تنقضي به العدة، فكذلك الحمل المقترن بالوفاة لا تنقضي به العدة، ألا ترى أن القرء المقترن بالطلاق لما انقضت العدة به كيف انقضت بالقرء الحادث بعد الطلاق، وذلك في الصغيرة إذا حاضت.

أمّا حجّتهم:

تعلقوا بعموم قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ

---

(١) ليست في (ز).

(٢) المهذب: ٤/٥٤٣، الروضة: ٨/٣٧٥، ٣٨٧.

(٣) الأسرار: ٢/٣٤٥/أ عارف حكمت.

(٤) في (ز): فإن.

(٥) في (ز): فالفراغ.

(٦) في (ز): كانت.




حَمْلَهُنَّ﴾[1] من غير فصل بين الحمل الثابت من الزنا وبين الثابت من النسب.

يبينه: أن تقييد الحمل بثبوت النسب زيادة على النص، وهي نسخ على ما عرف.

قال[2] وأما قوله: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[3] هذا في غير الحامل؛ لأن الآية التي تعلقنا بها متأخرة عن هذه الآية هكذا رُوِي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه[4] قالوا: ولأن عدة الوفاة غيرُ معلول وجوبُها بالماء، ولا بتوهم الماء بدليل وجوبها بلا دخول، وبدليل وجوبها على الصغيرة التي لا توطأ، وإذا لم يكن وجوبُها [٢٦١/أ] معلولًا بالماء كانت العدة الواجبة محض تربصٍ وَجَبَ لقضاء حق النكاح وليطلق عنها المنع عن الأزواج، وهذا التربص مرة بالشهور ومرة بوضع الحمل بدليل امرأة الكبير، وإذ كان محض تربصٍ قُدِّر بمدة الحمل ففي كل موضع وُجِدَ الحمل استقام[5] إثبات التقدير بمدة الحمل، ومدة (الحمل في الحمل)[6] الثابت بالنسب ومن الزنا واحدة، والتقدير وجب أن يكون واحدًا.

قالوا: وأمّا إلحاقه بالمعدوم فمحال بدليل أن الزانية إذا كانت حبلى من

---

(١) سورة الطلاق، آية: ٤.
(٢) ليست في (ز).
(٣) سورة البقرة، آية: ٢٣٤.
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).

الزنا لا تُرجَم ولو جُعل الحمل كالمعدوم[١] وجب[٢] أن تُرجَم.

قالوا: وأما الحمل الحادث فإنما لم تنتقل العدة إليه؛ لأن الشهور ليست ببدلٍ[٣] عن الحمل لكن الشهور أصل فيما إذا كانت المرأة حائلًا، ومدة الحمل أصل إذا كان المرأة حاملًا، وإذا كان كل واحدٍ منهما أصلًا لم ينتقل من أحدهما إلى الآخر؛ لأن أصل العدة مجرد تقدير تربصٍ ليكون المدة أصلًا لإطلاق النكاح، وفي هذا المعنى يكون كل واحدٍ أصلًا في محله بخلاف الشهور في الصغيرة؛ لأنها خلف عن الأقراء فلهذا المعنى وجب الانتقال إلى الأصل إذا قُدر عليه.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالآية فهي في المطلَّقات لا في المتوفى (عنهن أزواجهن)[٤] لأنها مسوقة على قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٥]، وأما في امرأة الكبير أنما جعلنا عدتها بوضع الحمل لا بهذه الآية لكن بحديث سُبيعة الأسلمية أنها توفي عنها زوجها وهي حبلى فوضعت بمدة[٦] يسيرة، فقال لها النبي ﷺ: **(حللتِ للأزواج)**[٧] وعلى أن الآية ....

(١) في (ز): كالعدم.
(٢) في (ز): لوجب.
(٣) في (ز): بدلًا.
(٤) في (ز): عنها زوجها.
(٥) سورة الطلاق، آية: ١.
(٦) في (ز): لمدة.
(٧) رواه البخاري في صحيحه: ٤٦٩/٩ مع الفتح، كتاب الطلاق رقم (٥٣١٨، ٥٣١٩).
ومسلم في صحيحه: ١١٠/١٠ مع النووي، كتاب الطلاق، باب القضاء عدة المتوفى عنها=




عامة[1] فنحملها على الأولات[2] الأحمال الثابت (أنسابهن أحمالهن)[3].

وأمّا تعلقهم بالمعنى قولهم: إن عدة الوفاة غير معلولٍ[4] بوجود الماء، ولا توهم وجود الماء.

قلنا: لا[5] ننكره في أصل العدة، فأما الاعتداد بوضع الحمل إذا كانت المتوفى عنها زوجها حبلى فيمكن[6] تعليله فلا نترك تعليله، وعلته فراغ[7] الرحم، وهذا لأن ما يمكن تعليله لا يترك تعليله بالذي لا يمكن[8] تعليله، وإذا عُلِّل بالذي قلنا فظهور فراغ الرحم إنما يطلق المنع[9] إذا كان الشغل مانعًا، فأمّا إذا لم يكن مانعًا فلا، وبيان أن هذا الشغل ليس بمانعٍ: أن الحبلى (من الزنا)[10] يجوز لها أن تتزوج (ولا تمنع بسبب)[11] الحمل، وأما الذي قلنا أن الحامل من الزنا (كالعدم)[12]، فالدليل عليه هذه المسألة أيضًا.

وأما قولهم: إن الحامل من الزنا لا ترجم.

= زوجها بوضع الحمل.

(١) في (ز): خاصة.

(٢) في (ز): ذوات.

(٣) في (ز): أنساب أحمالهن.

(٤) في (ز): معلولة.

(٥) في (ز): هذا لا.

(٦) في (ز): أمكن.

(٧) في (ز): ظهور فراغ.

(٨) في (ز): يترك.

(٩) ليست في (ز).

(١٠) ليست في (ز).

(١١) فلا يمنع لسبب.

(١٢) في (ز): مجهول كالمعدوم.

قلنا: إنما يجعل كالعدم في كل حكمٍ تعلّق بالحمل، والعدة حكم[1] متعلق بالحمل، وكذلك المنع من التزويج فيجعل الحمل في هذا الحكم بمنزلة العدم[2]، وأما[3] إتلاف الحمل فلا يطلق، وفي رجم الحامل إتلاف الحمل، وأما[4] تعلّقنا بالحمل الحادث صحيح[5].

وأما[6] قولهم: إن الشهور ليست بخلف عن الحمل.

قلنا: نحن لا ندّعي الخلفيّة، وإنما ندّعي أن الحمل متى وُجد يكون الاعتداد به أولى من الشهور، وهذا مسلم بلا إشكال، وإذا كان أولى عند وجوده لو[7] كان الحمل من الزنا أولى من الشهور في الابتداء لكان أولى أيضًا عند الطريان بدليل الحيض مع الشهور، وحين لم يكن الاعتداد بالحمل أولى من الشهور عند حدوث الحمل بعد الوفاة كذلك في الابتداء، والله أعلم بالصواب.



(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): المعدوم.
(٣) في (ز): فأما.
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): فصحيح.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): فلو.




※ (مَسْأَلَة):

إذا أقرت المرأة بانقضاء العدة، ثم جاءت بولد لستة أشهر فصاعدًا من يوم الإقرار، ثبت النسب عندنا، إن لم تكن تزوّجت بزوج (آخر)[1]، وبطلت العدة بالأقراء[2].

وعندهم: لا يثبت النسب[3].

❖ **لنا:**

أن سبب ثبوت النسب موجود فوجب أن يثبت نسب الولد، ودليل وجود النسب توهم العلوق بالولد في حال النكاح فإنه لا يمكن اعتبار سبب النسب سواء هذا السبب فإنا بيّنا أن الماء لا يمكن الوقوف عليه، والوطء أيضًا ليس مما يظهر للناس فبقي مجرد إمكان العلوق بالولد في حال النكاح، وهذا المعنى (في مسألتنا)[4] موجود، وإذا وجد سبب نسب الولد ثبت النسب. يدل عليه: أن النسب حق الولد، وهو مما نحتاط في إثباته، وأيضًا لا يجوز أن تتسلط المرأة على إسقاط حق الولد من النسب، فجعلنا إقرارها في أمر النسب بمنزلة المعدوم ولو جاءت بولدٍ قبل الإقرار لمدةٍ، يجوز أن يكون العلوق به في حال النكاح ثبت نسب الولد، وكذلك[5] بعد الإقرار.

---

(١) زيادة من (ز).

(٢) المهذب: ٤/٤٤٩، الروضة: ٨/٣٧٧، ٣٧٨.

(٣) الأسرار: ٢/٣٤٨/أ عارف حكمت، المبسوط: ٦/٥٠، رؤوس المسائل: ص ٤٤٠.

(٤) في (ز): عندنا.

(٥) في (ز): فكذلك.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: أتت بالولد لمدةٍ يجوز أن يكون العلوق به بوطءٍ حادثٍ بعد [٢٦١/ب] الإقرار، إمّا بوطء شبهةٍ، أو بنكاحٍ فلا يثبت نسبه (من الأول)[١].

دليله: إذا كانت تزوّجت بزوج آخر[٢] وهذا لأنها أمينة في الإخبار بانقضاء العدة ولا[٣] يُحمل قولها على الكذب إذا أمكن حمله على الصدق، (وقد أمكن بأن)[٤] يجعل الولد بعلوقٍ حادثٍ.

وحرفهم: أن الأمين لا يكذّب في خبره ما وجد له محمل صدق.

قالوا: وأما توهم[٥] العلوق في النكاح الأول فلا يعتبر به؛ (لأن هذا معتبر)[٦] إذا كانت منكوحة، و[٧] معتدة، وليست بواحدةٍ منهما، ولأن هذا التوهم موجود إذا كانت تزوّجت بزوج آخر.

قالوا: وأمّا قولكم: إن إقرارها في حق النسب يجعل كالعدم[٨] محال؛ لأن قول الأمين مقبول في جميع الجهات ولا يجوز أن يُقبل في جهةٍ (دون جهة)[٩].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فلا.
(٤) في (ز): وهو أنه يمكن أن.
(٥) في (ز): قولهم.
(٦) في (ز): أو.
(٧) في (ز): وذلك أن هذا إنما يعتبر.
(٨) في (ز): كالمعدوم.
(٩) ليست في (ز).




وقولكم: إن قول المرأة لا تقبل في إسقاط نسب الولد، (لا يصح؛ لأن نسب الولد)[1] لم يثبت حتى يقال: إن إقرارها إسقاط له، وإنما انتفى النسب؛ لأنه لم يوجد سبب الثبوت.

❁ **الجواب:**

أما قولهم[2]: يجوز أن يكون العلوق بالولد بوطء[3] حادث.

قلنا: ويجوز أن يكون بعلوق في حال النكاح، وهذا أولى بالاعتبار؛ لأن الإمكان[4] معتبَرٌ في إثبات النسب غير معتبر في نفي النسب؛ لأنه لو اعتُبر لم يثبت نسبٌ مَّا، و[5] على أن توهمّ العلوق به من حملٍ حادِث منه موجود قبل الإقرار بانقضاء العدة، ومع ذلك يثبت النسب منه.

وأما قولهم: إنها أمينة.

قلنا: لا جَرَمَ قبلنا قولها في تحليلها للأزواج. قالوا: فلِمَ لا تقبلوا في[6] نفي النسب؟.

قلنا: لأن التحليل للأزواج يعتمد ظاهر الأمر، والظاهر أنها ليست بحاملٍ، ولكن إذا جاءت بولدٍ وإن كان لستة أشهرٍ، ويجوز[7] أن يكون

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): أنه.
(٣) في (ز): بحمل.
(٤) في (ز): إمكان.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): قولها في.
(٧) في (ز): فيجوز.

العلوق به في حال[1] النكاح فيُكتَفَى بهذا في ثبوت النسب، ألا ترى من تزوّج امرأة ثمّ طلّقها بعد شهرٍ قبل الدخول لم تجب العدة وحلّت للأزواج فلو جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق و[2] بستة أشهر فصاعداً من يوم النكاح ثبت[3] نسبه؛ لأنه يتوهم[4] أن يكون العلوق به في حال النكاح فبمجرد هذا التوهم ثبت النسب، وتبين أن العدة كانت واجبة وأنها لم تحل للأزواج، كذلك في مسألتنا مثل هذا سواء فصار جملة الكلام إن إقرارها مقبول بشريطة وهي: أن لا تأتي بولدٍ بمدةٍ يجوز أن يكون العلوق به في حال النكاح، وقد قام الدليل على (ضم هذه الشريطة إلى إقرارها ليقبل)[5] في حق النسب.

وأمّا قولهم: إن بعد التزوج وُجد[6] الإمكان.

قلنا: بلى، ولكن[7] في مقابلته إمكان آخر، وهو أن يكون من الزوج الثاني، وهو[8] أولى؛ لأن (فراشه قائم)[9]، وفراش الأول منقضى، والقائم أولى بالاعتبار من المنقضي، وأما إذا لم يُعرَف[10] زوج (آخر)[11] ولا وطء

---

(١) في (ز): حالة.
(٢) في (ز): أو.
(٣) في (ز): فثبت.
(٤) في (ز): توهم.
(٥) في (ز): العبارة هكذا: «صحة هذه الشريطة أن إقرارها لا يقبل».
(٦) في (ز): قد وجد في.
(٧) في (ز): بياض.
(٨) في (ز): وهذا.
(٩) في (ز): ما بين القوسين مكرر.
(١٠) في (ز): يعلم.
(١١) زيادة من (ز).

بشبهة فلا يمكن اعتبار هذا التوهم لأنا إذا اعتبرنا ذلك يضيع[١] نسب الولد؛ لأنه لم يُعرف زوج آخر ولا واطئ بشبهة حتى يثبت النسب منه، فسقط هذا الجانب وبقي الجانب الآخر وهو توهم العلوق بالولد في (النكاح الأول، وقد)[٢] بيّنا أنه سبب تام في ثبوت النسب.

وأمّا قولهم: إن الإمكان سبب في المنكوحة والمعتدة.

قلنا: قد بيّنا أن العدة باقية في حق النسب وعلى أن هذا[٣] دعوى لا دليل عليه[٤]، بل الأصل أنه إذا وجد التوهم الذي ذكرناه ثبت النسب.

وأمَّا قولهم: إن النسب لم يثبت حتى تكون المرأة بالإقرار مسقطة إياه.

قلنا: الولد تعلّق على النسب كما تعلّق على الحرية، وفي إقرارها إسقاط حقه، ألا ترى أنه لولا إقرارها (لثبت نسبه)[٥].

وقولهم: إنه انعدم سبب الثبوت.

قلنا: قد بيّنا وجود سبب الثبوت فلا نعيد[٦]. والله أعلم.



---

(١) في (ز): ضاع.
(٢) في (ز): نكاح الأول فقد.
(٣) في (ز): هذه.
(٤) في (ز): عليها.
(٥) في (ز): لكان نسبه يثبت.
(٦) في (ز): فلا نعيده.

※ (مَسْأَلَة):

إذا وجبت عدّتان على امرأة واحدة من رجلين لم نحكم فيهما[1] بالتداخل ووجب عليها أن تعتد بكلتا[2] العدّتين عندنا[3].

وعندهم: تتداخل[4].

ومعنى التداخل هو: الاكتفاء بعدةٍ واحدةٍ عنهما وتصير بتلك العدة الواحدة[5] قاضية (كلا الحقين)[6] بكلتا العدتين، وعندنا: هذا لا يوجد ولا يتصوّر قضاء كلا الحقين[7] بمدةٍ واحدةٍ، ونبين[8] حرف الخلاف إذا شرعنا في فقه المسألة.

لنا:

أن الواجب حق مقدر معلوم محصور فلا يكتفي ببعضه عن كله.

دليله: سائر الحقوق والتعليل لمجموع العدتين، ونعني بقولنا: «مقدر معلوم»: إنه قد اجتمع عليها وجوب الاعتداد بستة أقراء، فإن المسألة مصوّرة في امرأة طلقها زوجها ثم وطئها [٢٦٢/أ] آخر بشبهة أو بنكاحٍ فاسدٍ، وفي هذه

(١) في (ز): فيها.
(٢) في (ز): بكلا.
(٣) الأم: ٢٣٣/٥، المهذب: ٥٦٣/٤، الروضة: ٣٨٥/٨، المنهاج مع المغني: ٣٩٢/٣.
(٤) المبسوط: ٤١/٦، البدائع: ١٩٩٥/٤، رؤوس المسائل: ص٤٤١.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): على الحقين معتدة.
(٧) في (ز): الواجبين.
(٨) في (ز): يتبنى.

الصورة وجب عليه الاعتداد بثلاثة أقراء عن الزوج وبثلاثة أقراء عن الوطء بالشبهة[١]، ولا يمكن منع هذا؛ لأن سبب العدتين وُجد[٢]، وإذا وُجد سببهما اجتمع وجوبهما، فإذا اجتمع وجوبهما يكون الواجب[٣] بالقدر المذكور وإذا وجب بالقدر المذكور لم يكتف ببعضه، وهذا لأن الواجب هو الاعتداد بستة أقراء والاعتداد بستة أقراء لا يوجد إلا عند وجود ستة أقراء، وهذا لأن الاعتداد بثلاثة أقراء إذا وجب على امرأةٍ لا يجوز أن يكتفي ببعض الثلاث كذلك هاهنا، وقد قال المحققون من أصحابنا: أن الواجب فعلُ كفٍ مقدرٍ بمدةٍ، وإنما قلنا: إن الواجب فعل كفٍ؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾[٤] وهذا خبر بمعنى الأمر، وفعل التربص ليس هو إلا فعل الكَفّ؛ لأن التربص هو الانتظار والمنتظر للشيء هو الكافّ[٥] عن الشيء.

يبينه: أن قوله: «بأنفسهن» دليل على أنها فاعلة فعل التربص في نفسها ولا فعل[٦] لها في نفسها سوى فعل الكف، ولأنه يصح أن يقال: لها اعتدى، ويقال: اعتدت تعتد والأمر لا يكون إلا بفعلٍ والتصريف في الفعل يدل على حقيقة الفعل فثبت أن الواجب عليها فعل، وقد قدّر الشرع هذا الفعل بمدةٍ مثل فعل الإمساك في الصوم قدر بمدةٍ وهي بياض النهار، فلم يتصور وجود فعلين في مدةٍ واحدةٍ؛ لأن الوقت الواحد إذا استوعب فعلا لم يسع[٧] لفعل

(١) في (ز): بشبهة.
(٢) في (ز): قد وجد.
(٣) بياض في (ز).
(٤) سورة البقرة، آية: ٢٢٨.
(٥) في (ز): كافٍ.
(٦) في (ز): نجعل.
(٧) في (ز): يتسع.

آخر يستوعبه كاليوم الواحد لا يسع لصومين والزمان الواحد لا يسع لقومتين أو قعدتين.

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: العدة مجرد أجلٍ، فوجب أن يُكتفى عن المدد فيه بمدةٍ واحدةٍ.

دليله: آجال الديون، وإنما قلنا: «بمجرد أجل» لأن الله تعالى سمّاها كذلك فقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوٓا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾[1] وقال: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾[2]، ولأن الأجل مدة مضروبة لتأخير حق قد انعقد سببه، ويظهر ذلك عند مضي تلك المدة، ألا ترى أن الحكم في سائر الآجال يكون هذا، فإنه إذا باع شيئًا بألفٍ إلى شهرٍ، فإن الشهر مدة داخلة[3] لتأخير حقٍ، وهو المطالبة بالدين بعد انعقاد سببه، ويظهر ذلك الحق عند مضي المدة، كذلك هاهنا إذا طلّق امرأته ثلاثًا، فإن الطلاق الثلاث سبب (لحل الأزواج)[4]، وهذا حق المرأة، وقد دخلت مدة العدة لتأخير هذا الحق، ويظهر عند مضي المدة.

قالوا: وكذلك إذا طلَّق طلاقًا واحدًا فإنه سبب للبينونة[5] ودخلت العدة لتأخير البينونة، وتظهر عند مضي المدة فعلمنا بهذا تحقيقًا أن العدة مجرد

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٥.

(٢) سورة الطلاق، آية: ٢.

(٣) في (ز): أجله.

(٤) في (ز): الحل للأزواج.

(٥) في (ز): البينونة.

أجل. وربما يقولون: حقيقة العدة مدة مضروبة لإطلاق نكاح، أو قطع نكاحٍ، وتفسيره ما بيّنا.

قالوا[١]: وأمّا التربص الذي تتعلقون به فهو بمعنى الانتظار والأجل إذا تضمّن تأخير الحق فلا شك (أن معنى)[٢] الانتظار (يوجد فيه فكذلك في سائر الآجال يوجد فيها معنى الانتظار)[٣]، وأمّا فعل الاعتداد فهو على طريق المجاز مثل فعل الكف عن المطالبة في الآجال، وكذلك فعل عدّ الشهور والأيام لينقضي الأجل المضروب، وتتوجه المطالبة فلا فرق بين العدة وأجل الدين بحال.

قالوا: ولهذا تنقضي العدة من غير علم المرأة بالعدة[٤]، ولهذا لو اعتدت مع ترك الكف عن المحظورات انقضت العدة بخلاف الصوم، وهذا لأن الصوم عبادة محضة ولهذا افتقر إلى النية (فكان الركن فيه الفعل)[٥]، أمّا هاهنا ليست العدة بعبادة بدليل وجوبها على الكافرة والصغيرة ولأنها معقولة المعنى في أنها حق الزوج، إمّا لاستبراء الرحم أو لقضاء حق النكاح وإذا لم تكن عبادة لم يجب تحقيق الفعل فيه[٦] فرجعنا إلى المعقول من العدة والمعقول منها ليس إلا مجرد منع وتأخير عن حق ثبت لها بعد انقضاء العدة.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): أنه بمعنى.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): العدد.
(٥) في (ز): وكان الفعل ولنا فيها.
(٦) في (ز): فيها.

وربما يقولون هي في الحقيقة: تحريمات[1] اجتمعت عليها من عقدٍ نكاحٍ وتمكينٍ من وطءٍ وبروزٍ عن البيت وتزيُنٍ للأزواج، والركن انعدام هذه الأشياء في هذه المدة، والعدم[2] لا تضايق فيه ولا تزاحم، ويجوز أن يُقضَى بعدم الشيء في مدةٍ واحدةٍ لأسباب شتى، ويحصل قضاء حق الكل وتوفية موجب الأسباب بأجمعها وهذا كالفعل [٢٦٢/ب] من الوطء وغيره يحرم بالصوم والاعتكاف والإحرام وأسباب آخر، وكذلك الآجال تحرم المطالبة، والشهر الواحد لكل الآجال، وكذلك إذا طلّق امرأته ثلاثًا ثم تزوّجت بزوج آخر وطلقها ثلاثًا قبل الدخول هكذا في أزواج ثم تزوجت بزوج[3]، ودخل بها، انتهى بهذا الزوج جميع المدد الثابتة في الأسباب المتقدمة، وَجُعِلَ الزوج (الثاني)[4] في حق كل سبب كالمنفرد فيه كذلك هاهنا، واستدلوا أيضًا في أن الركن تحريم فعلٍ عليها دون[5] وجود فعلٍ منها، إنما المغلب على العدة لما كان حق الآدمي، والأفعال على العباد لا تجب لحق العباد، وإنما تجب الأفعال لحق الله تعالى ابتلاءً واختبارًا على ما عُرف من الأصل الممهّد في الشرع، وأما في حق العبد فلا معنى لتعيين فعل بالإيجاب[6] إذا كان غرضه ومقصوده يحصل بدون فعله، ألا ترى أن الزكاة لا تتأدّى إلا بفعلٍ من العبد من مباشرةٍ، أو أمرٍ، والدَّين يجوز أن يقضَى من غير فعلٍ يوجد من

---

(١) في (ز): تجردات.

(٢) في (ز): العدة.

(٣) في (ز): بزوجٍ واحدٍ.

(٤) زيادة من (ز).

(٥) في (ز): لا.

(٦) في (ز): الإيجاب.

الذي عليه الدين؛ لأن المقصود هو الوصول إلى الدين ولا فرق فيه بين أن يحصّل بفعل مَنْ عليه أو بفعل غيره كذلك هاهنا، المقصود صيانة[1] ماء المعتد منه عن ماء الغير، أو ظهور فراغ الرحم، وهذا المعنى يوجد في حق صاحبي العدة بعدةٍ واحدةٍ، ويحصل أيضًا إذا[2] جعلنا الركن مجرد منع لها عن ارتكاب محظور، ولا[3] حاجة لنا[4] إلى أن نجعل الركن تحقق فعلٍ منها؛ ليصير الأمر[5] إلى ما قلتم من منع التداخل.

قالوا: وأما الأقراء الثلاثة فإنما لم يجز الاكتفاء ببعضها؛ لأن استبراء الرحم وظهور فراغه لا يحصل في الشرع إلا بثلاثة أقراء، فلهذا لم[6] يجز الاكتفاء ببعضها، وأما في مسألتنا فقد وُجد ما يحصل به استبراء الرحم في الشرع على التمام والكمال وهو ثابت في كل واحدٍ من صاحبي العدة واكتُفي بالواحد من ذلك؛ لأن طلب الزيادة مجرد إدخال ضرر على المرأة من غير معنىً، وعلى هذا اعتذروا عن الصوم أيضًا لأن المقصود من الصوم مجاهدة النفس وإتعابها ليظهر طواعيته لمعبوده فيما يشق على نفسه وتركه مراده وهواه في تقديم رضاه، وهذا المعنى لا يوجد في بعض الشهر (عن جميع الشهر)[7] ولا في اليوم الواحد عن اليومين، وفي مسألتنا بخلافه على ما سبق.

---

(١) في (ز): تحصين.
(٢) في (ز): وإن.
(٣) في (ز): فلا.
(٤) في (ز): بنا.
(٥) في (ز): الأقراء.
(٦) في (ز): لا.
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

واستدلوا على مجموع ما قالوا بالعدتين من رجل (واحد)[١].

وصورته: إذا طلق امرأته ثم وطئها بشبهة فإنه لا يجب عليها أن تعتد بعدّتين وكما أن قضاء حقين لرجلين واجب[٢] لا يسوغ الإخلال به فكذلك[٣] في الحقين (إذا وُجد من رجل مثل سائر)[٤] الحقوق من الديون وغيرها. والمسألة مشكلة في الإلزام ولابد من زيادة اعتناء في الجواب عنها، وألزموا أيضًا مسألة الحربي وهي المعتدة[٥] من الحربي إذا تزوّجت في العدة ثم أسلما وفرّق القاضي بينهما وجب عليها أن تعتد من الثاني وسقطت[٦] بقيّةُ العدة الأولى.

قالوا[٧]: والمسألة منصوص عليها.

قالوا: وليس يدخل على ما قلنا[٨] النكاحان على امرأة لا يتصور اجتماعهما وكذلك عقد الإجارة على دارٍ واحدةٍ؛ لأن المسألتين ليستا نظير مسألتنا، ولهذا لم يصح النكاح[٩] الثاني ولا العقد الثاني من الإجارة وفي مسألتنا قد انعقد السبب الثاني موجبًا للعدة بالإجماع ولا مانع من الشرع[١٠]،

---

(١) زيادة من (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): كذلك.
(٤) في (ز): لرجل واحد كسائر.
(٥) في (ز): أن المعتدة.
(٦) في (ز): تسقط.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): قلناه.
(٩) في (ز): لا النكاح.
(١٠) في (ز): الشروع.

إذ لا مزاحمة للأولى مع الثانية، فوجب أن يحصل الشروع[1] وتصير معتدة من الثاني كما هي معتدة من الأول، وهذا لأن النكاح عقد استحلال والإجارة عقد ملك المنفعة وبين الاستحلال والاستحلال والمِلك والملك في المحل الواحد تضايق بخلاف مسألتنا على ما سبق.

۞ **الجواب:**

قولكم: إن العدة مجرد أجل، ليس كذلك، بل هو حق مقدّر[2] مؤجل على ما سبق بيانه، وأما تعلقهم بالآية.

قلنا: قد عارض الآية التي تعلقوا[3] بها آية أخرى وهي الآية التي ذكرنا[4] فعملنا بالآيتين، وقلنا[5]: هي فعل كفٍ مقدرٍ بأجلٍ، وأمّا الحد الذي ذكروه للأجل فلا[6] ننكر ذلك، ولكن هذا ليس بأجلٍ.

وقوله[7]: إن حقيقة العدة مدة مضروبة لإبطال نكاح أو[8] إطلاق نكاح قد أجبنا عن هذا، وبيّنا أن حقيقة العدة غير هذا، ويمكن أن يقال: إن العدة لما خرجت في الشرع على صورة إيجاب الفعل يخالف[9] الأجل الذي خرج

(١) في (ز): المشروع.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): تعلقتم.
(٤) في (ز): ذكرناها.
(٥) في (ز): فقلنا.
(٦) في (ز): فلسنا.
(٧) في (ز): قولهم.
(٨) في (ز): و.
(٩) في (ز): بخلاف.

على صورة تأخير [٢٦٣/أ] الحق في الشرع وإن اتفقا في المعنى، هذا[١] كما قالوا: إن رجلًا لو قال لامرأته: إن لم أشاء طلاقكِ فأنتِ طالق، فإنه لا يقع الطلاق ما لم يمت ويقع اليأس عن المشيئة وبمثله[٢] لو قال: «إن أبيتُ طلاقك فأنتِ طالق»، وقال: «أبيتُ» وقع الطلاق في الحال، وإنما افترقا لأن لأول كلام خَرَجَ على صورة عدم المشيئة وقد علّق الطلاق به فما لم ينعدم[٣] حقيقةً لم يقع، وفي المسألة الثانية خَرَجَ الكلام على صورة فعل الإباء وقد وُجد بقوله: «أبيتُ طلاقك»[٤] فوقع[٥] الطلاق فقد حصل هذا الاختلاف لاعتبار[٦] صورة اللفظ مع اتفاق المسألتين في المعنى.

وأما قولهم: إن العدة تنقضي وإن لم يوجد فعل الكف.

قلنا: ليس كذلك، فإن كل زمان لا يوجد فيه فعل الكف لا يكون محسوبًا من العدة إلا أن الأصل فعل الكف عن[٧] التمكين من الوطء؛ لأن به[٨] يقع صيانة الماء فأما الكف عن النكاح فإنما وجب لأنه سبب الوطء، وأما الكف عن البروز والخروج لتحقيق الكف عن النكاح فلما كان الأصل هو الكف عن الوطء فلا جَرَمَ نقول: لو لم تكف عنه فإن زمان الوطء لا يكون

---

(١) في (ز): وهذا.
(٢) في (ز): ومثله لو.
(٣) في (ز): يعدم.
(٤) في (ز): وقد أبيتُ.
(٥) في (ز): فيوقع.
(٦) في (ز): فاعتبار.
(٧) في (ز): من.
(٨) ليست في (ز).

محسوبًا من العدة، وأما ترك الكف عن سائر الأشياء فلا يقدح في العدة؛ لأنها اتباع الوطء ونظير الوطء في مسألتنا الوطء والأكل في الصوم ونظير ما سواه الغِيبة والرفث فيه، فإن قالوا: هل تقولون: إن العدة تنقطع بوجود الوطء مثل ما ينقطع الصوم بوجودها وبوجود الأكل؟.

قلنا: لا، فإن قالوا: لِمَ؟ قلنا: لأن المقصود من العدة لا يفوت بترك احتساب ذلك القدر، أعني: زمان الوطء من العدة، وأما المقصود من الصوم يفوت بوجود الأكل أو الوطء بالنهار(١)، وإن قلّت مدتهما.

وأمّا قولهم: إن العدة تنقضي من غير علم المرأة بها.

قلنا: يبطل بالصوم، فإن الإنسان لو قال: نَويتُ الصوم بالليل ثم أُغمى عليه قبل الصباح إلى أن أمسى(٢) فإنه يصح صومه عندكم(٣) وعلى أن الواجب فعل الكف وفعل الكف لا يفوت بعدم (العلم مثل الصوم، فإن فعل الإمساك لا يفوت بعدم)(٤) العلم به.

وأمّا(٥) قولهم: إن الأفعال لا تجب لحق(٦) العباد، فليس بشيء، ويجوز أن تجبَ لحق العباد، ألا ترى أن(٧) في الإجارات يجوز أن يستحق بها أفعال

---

(١) في (ز): نهارًا.
(٢) في (ز): يمسى.
(٣) في (ز): عندهم.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): فأما.
(٦) في (ز): كحق.
(٧) في (ز): ليست في (ز).

لحق العباد خصوصًا إذا عيّن الفعل وَسَمّاه، وعلى أن في مسألتنا قد اختلط حق العبد في العدة بحق الله تعالى على ما عُرف في المسائل فيجوز أن يحكَم باستحقاق الفعل فيها من هذه الجهة. وأما الذي تعلقوا به من قولهم: إن[1] المقصود من العدتين يحصل بالعدة الواحدة.

قلنا: إذا حكم الشرع بإيجاب العدتين ولم يُسقط واحدة منهما للأخرى فلابد من النظر في حقيقة العدة فإنه هل يتصور انقضاؤهما بمدة[2] واحدة أم لا ؟ وقد بيّنا أنه لا يتصوّر وإذا لم يتصوّر فلا معنى للنظر إلى حصول المقصود ولأن حصول المقاصد الشرعية تبع لوجود الأسباب التي تعلقَ[3] بها (المقاصد فإنما يحكم بوجود)[4] المقاصد شرعًا عند حصول الأسباب شرعًا، وأما مسألة العدتين من رجلٍ واحدٍ فقد خبط الأصحاب في الجواب (عن هذا)[5]، ويمكن سلوك طريق المجادلة وطلبهم[6] بتحقيق الشَّبهيّة بين الحقين إذا وجب الواحد أو (وجب الاثنان)[7]، ويقال: الحرمة واحدة إذا كانت العدتان (من واحد)[8]، والحرمة اثنتان إذا كانتا من رجلين فالحرمة هي المعوّل عليها في باب العدة.

---

(١) في (ز): من أن.

(٢) في (ز): بعدة.

(٣) في (ز): علق.

(٤) في (ز): وإنما علم وجود.

(٥) في (ز): عنها.

(٦) في (ز): مطالبتهم.

(٧) في (ز): وجبا لاثنين.

(٨) في (ز): وجبتا لواحدٍ.

وقد قالوا: إن[1] المرأة إذا وطئها واحد مرات لا يجب إلا مهر واحد، وإذا وطئها جماعة بشبهةٍ يجب على كل واحد مهر على حياله. ثم الجواب المعتمد إن عندنا تسقط بقية العدة الأولى، وتجب عدة مستأنفة بالوطء بالشبهة، ولا تجب النفقة، ولا تثبت الرجعة في الطلاق الرجعي ولا يُبالَى بذلك؛ لأنه هو الذي عمل بنفسه، وكان ينبغي أن يحتاط ويحترز حتى لا يقع في هذه الشبهة.

فإن قالوا: لِمَ يسقط وهذا هو المشكل.

قلنا: لأن الأصل استبراء الرحم أو[2] صيانة الماء، والعدة المستأنفة مُغنية عن بقية العدة الأولى، وصاحب الحق[3] واحد، فيكتفي بالعدة الواجبة ابتداءً عن بقية الأولى مثل مَنْ اشترى منكوحته يرتفع النكاح؛ لأن ملك اليمين صار مُغنيًا عن ملك النكاح، كذلك [٢٦٣/ب] هاهنا، وهذا يتصور في حق الواحد، فأما في حق الاثنين فلا يتصور؛ لأنه لا يغني حق زيد عن حق عمرو في صورةٍ مَّا، فحكم ببقاء الحقين، ولهذا بالإجماع لم يسقطْ واحد من العدتين وإنما قالوا تصير المرأة معتدة بكلتا العدتين بالأقراء الثلاثة، فهذا غاية الإمكان، وتمشيته ممكن والله المعين بمنّه.

وأما مسألة الحربي فلا نسلم[4]، وللشافعي قول: أنها تعتد بقية العدة الأولى، ثم تعتد العدة[5] الثانية، وهذا هو الأصح، فأما إن قلنا أن ماء الحربي

(١) في (ز): في.
(٢) في (ز): و.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): نسلّمها.
(٥) ليست في (ز).

لا حرمة له، فلهذا سقط[1] بقية العدة منه، يقولون: ينبغي على هذا أن لا تجب العدة عن الحربي أصلًا، والصحيح المنع ذكره الشيخ أبو حامد الإسفرائيني رحمه الله، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا أعتق أم ولده أو مات عنها وجب التربص بقرءٍ واحدٍ عندنا[2].

وعندهم: يجب التربص بثلاثة أقراء[3]، وروي مثل قولنا[4] عن عمر وعثمان وزيد رضي الله عنهم، وهم يروون مثل قولهم عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما.

لنا:

أن الواجب محض تربص لاستبراء الرحم عن ماء موضوع بملك اليمين، فيُكتفى فيه بقرءٍ واحدٍ.

دليله: استبراء الرحم المملوك عند الشراء.

وحقيقة هذا الكلام: أن هذا التربص واجب لصيانة ماء السيد، كي لا يختلط بماء آخر وبالقرء الواحد يحصل هذا المقصود فلا معنى لزيادة شيء آخر.

---

(١) في (ز): سقطت.

(٢) الأم: ٢١٨/٥، المهذب: ٥٧٢/٤، الروضة: ٤٢٥/٨، المنهاج ومغني المحتاج: ٤١١/٣.

(٣) المبسوط: ٥٤/٦، البدائع: ٢٠٠١/٤، رؤوس المسائل: ص ٤٤٢.

(٤) في (ز): مذهبنا.

فإن قيل[1]: لَمْ يجبْ لهذا قلنا: قد وُجد هاهنا شغل الرحم بالماء، والماء محترم فوجب[2] صيانتُه عن اختلاطه بماء آخر ومن صيانته منعها عن الأزواج إلا بعد ظهور فراغ الرحم، وهو يظهر بقرءٍ واحدٍ، فاكتفى به، ولم تجب زيادة عليه؛ لأنه لا دليل عليه.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: تربص وجب عن زوال الفراش فلم يُكتف فيه بقرءٍ واحدٍ.

دليله: المنكوحة، وإنما قلنا ذلك لأن الفراش ثابت على أمّ الولد بدليل ثبوت النسب ادّعى أو لم يدّع، وهو فراش مُحترم لحرمة النسب، فزواله يوجب قضاء حقه بوجوب العدة، مثل فراش المنكوحة سواء.

قالوا: وَلِمَ يجبُ لصيانة الماء عن الخلط على ما قلتم؛ لأنه لو كان كذلك لوجبت عند انعقاد سبب الحِلّ مثل استبراء المماليك وحين وجبت عند زوال الفراش قبل انعقاد سبب الحِلّ لأحدٍ عرفنا أنها وجبت لقضاء حق الفراش وحق الفراش لا يُقضَى إلا بعدةٍ كاملةٍ.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الفراش ناقص في مسألتنا لأنه فراش ملك اليمين (فيكون ناقصًا من وجهٍ دون وجهٍ)[3]، إلا أنه قد تأيّد هذا الفراش بالحرية العارضة، وهذا لأنه وجب التربص عليها حين وجب وهي حرة والأصل أن تربص الحرائر بالوظيفة الكاملة فإذا وُجدت الحرية حين وجوب

---

(١) في (ز): قالوا.

(٢) في (ز): يوجب.

(٣) في (ز) العبارة هكذا: «فإنه وإن كان فراش ملك اليمين يكون ناقصًا من وجه...».

التربص كملت الوظيفة، ويمكن أن يقال: إن النقصان الحكمي الذي كان في الفراش قد زال بزوال الرق وتبدله بالحرية وهذا كما لو قال زوجُ الأمة المنكوحة: «إذا أعتقكِ سيدكِ فأنتِ طالق» فأعتقها سيدها يجب عليها الاعتداد بثلاثة أقراء، وكذلك لو قال لها السيد: «إذا جاء الغد[1] فأنتِ حرة»، وقال لها زوجُها: «إذا جاء الغد[2] فأنتِ طالق»، فإنه يجب عليها أن تعتد بثلاثة أقراء، وكان المعنى تأيد الفراش بالحريّة العارضة الحاصلة عند وجوب[3] العدة.

قالوا: وأمّا حصول استبراء الرحم بقرءٍ واحدٍ فلا ننكره ولكن لم يجب في مسألتنا لهذا وإن كان يحصل تبعًا لقضاء حق الفراش بل وجب لما بينا[4]، وعلى أن استبراء الرحم كما يحصل بقرءٍ واحدٍ في مسألتنا يحصل أيضًا بقرءٍ واحدٍ في المعتدة المنكوحة، ومع ذلك وجب التربص[5] بثلاثة أقراء، واعترضوا أيضًا على نقصان الفراش، (وقالوا: نقصان الفراش)[6] بملك اليمين لا يكون فوق نقصانه بفساد النكاح وعدمه في الوطء بالشبهة ومع ذلك قد وجب التربص فيه بثلاثة أقراء كذلك في مسألتنا يجوز أن يكون الأمر كذلك.

قالوا: وأمّا عدة الوفاة فليس يدل عدم وجوبها على عدم وجوب الأقراء

(١) في (ز): غدٍ.
(٢) في (ز): غدٍ.
(٣) في (ز): وجود.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).




الثلاثة بدليل النكاح الفاسد، والوطء بالشبهة، وعلى أن عدة الوفاة وجوبها بانتهاء النكاح بالموت نصًا غير معقول المعنى فلا يوجد هذا إلا في صورة واحدة فلا[1] يلحق بها غيرها.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: تربص وَجَبَ لزوال الفراش.

قلنا: لا، بل وَجَبَ لصيانة الماء على ما سبق، وكذلك نقول في عدة المنكوحة إلا أن الماء هناك شرف بشرف المحل، فإن المحل بُضع حرة وشرف السبب فإن السبب هو النكاح المشروع (للفراش فزيد)[2] في الوظيفة وقوبل كل شرف بقرءٍ واحدٍ، ولم يوجد في مسألتنا واحد من الشرفين، وقد وُجد أصل الماء فوجب صيانته مما يكون سببًا للصيانة من غير زيادة، ولهذا وجب التربص على الأمة المنكوحة بقرؤين؛ لأنه وُجد أحد الشرفين فاكتفى بزيادة قرءٍ واحدٍ، وأمّا قضاء حق الفراش لا يُعرف، والذي قلناه من صيانة الماء مخيل معقول المعنى.

وقولهم: إنه يجب قبل انعقاد سبب الحل.

قلنا: ليرد العقد[3] على رحمٍ فارغٍ وهذا لأن النكاح لما كان معقودًا للحل فوجب استبراء الرحم من قبلُ لكي لا يتراخي الحِلّ عن سببه، وأمّا ملك اليمين (لمّا لم)[4] يكن معقودًا للحل فلا ينافي فيه بتراخي الحِلّ، فلهذا

(١) في (ز): ولا.
(٢) في (ز): في الفراش وزيد.
(٣) في (ز): عقد الحل.
(٤) في (ز): فلم.

وجب الاستبراء في مسألتنا قبل انعقاد سبب الحِلّ، وفي[1] المشتراة (يجب بعد انعقاد السبب وعلى أنا إن سلمنا أن التربص)[2] وجب لزوال الفراش إلا أن فراش أم الولد ناقص في حكم النسب، ألا ترى أنه ينتفي بمجرد النفي عندكم وبدعوى الاستبراء عندنا ويملك نقل فراش أم الولد بالترويج إلى غيره بخلاف فراش المنكوحة، وحرفنا: أن هذا الفراش لا يشبه ذلك الفراش في الوكادة واللزوم.

وقولهم: إنه تأكد بالحرية.

قلنا: الزائل كيف يتأكد؟ ولأن[3] الفراش فراش ملك اليمين والحرية تنافي فراش ملك اليمين فكيف يتصور تأكده بها؟، وأمّا المسألتان فالأولى مسلّمة؛ لأن الماء قد شرُف بالحرية والفراش قد كَمُلَ فإن الحرية وَرَدَتْ على فراشٍ مستقرٍ، ثم تعقبها الطلاق بخلاف مسألتنا، والمسألة الثانية ممنوعة على الإطلاق، وأمّا[4] النكاح الفاسد والوطء بالشبهة فقد ألحقتا[5] بالنكاح الصحيح في النسب على ما عرف. والله أعلم.



(١) في (ز): و.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): على أن.
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): أُلحاقا.

كتابُ الرِّضاع والنَّفَقات

※ (مَسْأَلة):

الرضعة الواحدة لا توجب الحرمة حتى تبلغ خمسًا عندنا[١].

وعندهم: المحرم أصل الرضاع والعدد ساقط[٢]. والمسألة لنا خبرية والأولى أن يُوضع الكلام في أنه لا يثبت التحريم بالرضعة والرضعتين[٣].

ونستدل: بما (روي عن ابن أبي مليكة عن ابن)[٤] الزبير عن عائشة رضي الله عنها أن النبي عليه السلام قال: **(لا تحرم المصة[٥] ولا المصتان)**[٦]، وروى عبد الله[٧] بن الحارث عن أم الفضل أن رجلا سأل النبي عليه السلام وقال: تزوجتُ

(١) المهذب: ٥٨١/٤، الروضة: ١٦/٩، شرح النووي على مسلم: ٢٩/١٠، مغني المحتاج: ٤١٤/٣.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٨٨، مختصر الطحاوي: ص ٢٢٠، تبيين الحقائق: ١٨١/٢، المبسوط: ١٣٤/٥.

(٣) في (ز): ولا بالرضعتين.

(٤) في (ز): روى وهيب بن أيوب بن أبي مليكة عن أبي.

(٥) المصة والإملاج بمعنى واحد، يقال: ملج الصبي أمه إذا رضعها وامتلج الفصيل ما في الضرع امتصمه، والملج: المص. النظم: ١٥٦/٢، شرح النووي على مسلم: ٢٩/١٠.

(٦) صحيح مسلم: ٢٧/١٠ مع النووي، كتاب الرضاع.

(٧) عبد الله بن الحارث بن نوفل بن الحارث بن عبد المطلب الهاشمي أبو محمد المدني أمير البصرة، له رؤية ولأبيه وجده صحبة، قال ابن عبد البر: أجمعوا على توثيقه، مات سنة ٩٩هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ١٧٠.

امرأة وتحتي أخرى، فزعمت الأُولى أنها أرضعت الأُخرى رضعة أو رضعتين، فقال النبي ﷺ: **(لا تحرم الإملاجة والإملاجتان)**[(١)] والخبر الأول صحيح، وأما التقدير بالخمس فإنا أخذنا ذلك ممَّا روي مالك عن عبد الله[(٢)] بن أبي بكر، عن عمرة، عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: **(أنزلت في القرآن عشر رضعات معلومات نسخ من ذلك خمس وصار إلى خمس رضعات معلومات، فتوفّي رسول الله صلى الله عليه والأمر كذلك)**[(٣)]، قال أبو عيسى رحمه الله حين روى هذا الحديث: وكانت عائشة تفتي بهذا وبعض أزواج النبي ﷺ[(٤)].

۞ أمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى ظاهر قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾[(٥)] (وهو معطوف على قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ﴾ ومعناه وحرمت عليكم أمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة)[(٦)]، فيكون المعنى: حُرمت بسبب الرضاع مثل قول القائل: «أستاذك الذي علمك»، يعني بسبب التعليم، فإذًا دلت الآية أن الرضاع هو المحرِّم، وذلك حاصل بنفس الفعل، وإن لم يكثر منه، فإن الإرضاعَ فعل كالإعطاء والضرب وما أشبهه فيتصف الفاعل به، وإن قَلّ الفعل مثل الإعطاء

---

(١) صحيح مسلم: ١٠/٢٨ مع النووي، كتاب الصحيح.
(٢) عبد الله بن أبي بكر
(٣) صحيح مسلم: ١٠/٢٩ مع النووي، كتاب الرضاع.
(٤) سنن الترمذي: ٥/٩٢ مع العارضة، أبواب الرضاع، باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان.
(٥) سورة النساء، آية: ٢٣.
(٦) ما بين القوسين زيادة من (ز).

والضرب الذي ذكرنا وغيره.

قالوا: وأمّا التقدير بالخمس زيادة على النص، فلا يجوز بالخبر الواحد لأن، (وصف الفعل)[١] لا يقتضي التكرار في الفعل بنفسه بحال فيكون إثبات التكرار زيادة لا محالة.

قالوا: وقد عَرَفَ كلٌّ واحدٍ[٢] أن القائم يُسمى بهذا الاسم [٢٦٤/أ] بقومةٍ واحدةٍ، لا بقومات والضارب، سُمّي بهذا الاسم بضربةٍ واحدةٍ لا بضربات، وإذا ثبت أن التقدير بالخمس زيادة على النص فلا يجوز بالخبر[٣] الواحد؛ لأنها نسخ الكتاب، ونسخ الكتاب لا يجوز بأخبار الآحاد، وقد ادّعوا أيضًا أن شرط العدد كان ثابتًا في ابتداء الإسلام حين كان رضاع الكبير موجبًا للحرمة، ثم نُسخ حين نُسخ رضاع الكبير، ورووا عن ابن مسعود أنه قال: آل أمر الرضاع إلى أن قليله وكثيره يحرّم[٤]، (وعن علي رضي الله عنه أنه)[٥] قال: قليل الرضاع وكثيره سواء في التحريم[٦]، وقيل لابن عباس رضي الله عنه: الناس يقولون أن الرضعة الواحدة لا توجب الحرمة، فقال: كان كذلك ثم نُسخَ[٧].

قالوا: وأما الخبر الذي زعمتم[٨] **(لا تحرم المصة ولا المصتان)** فهو دليل

(١) في (ز): الوصف بالفعل.

(٢) في (ز): أجد.

(٣) في (ز): بخبر.

(٤) رواه الدارقطني في سننه: ١٧١/٤، وابن أبي شيبة في مصنفه: ٢٨٦/١٤، وعبد الرزاق في مصنفه: ٤٦٩/٧، رقم (١٣٩٢٤)، وليس فيهم لفظة: «آل أمر الرضاع».

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) رواه الدارقطني في سننه: ١٧١/٤، وعبد الرزاق في مصنفه: ٤٦٩/٧ رقم (١٣٩٢٤).

(٧) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن طاووس وليس عن ابن عباس: ٤٦٧/٧ رقم (١٣٩١٦).

(٨) في (ز): رويتم.

عليكم ؛ لأن مفهومه يقتضي أن الثلاث تحرم ، وعندكم يكون[1] المفهوم حجة .

وأمّا المعنى قالوا: الرضاع فعل يتعلق به تحريم موبّد ، فيتعلق بنفسه من غير اعتبار عددٍ.

دليله: الوطء.

ووجه الفقه في المسألة:

أن اللبن في حق الصغار الذين يقع تربيتهم به جُعل بمنزلة الماء في إثبات الحرمة بسبب البعضية فإن[2] الماء به أصل الخلقة واللبن به تربية الخلقة فذلك به التربية[3] وهذا به النشؤ ، ثم الحرمة لم تتعلق بالرضاع في جميع المدة ولا بما تَروّى الصبي به وَيَرد جوعَه كلِّه ، فثبت أنه متعلق بأدنى ما ينطلق عليه الاسم كسائر الأحكام المتعلقة باسم لشيءٍ ، فإنه إمّا أن يتعلق بالكل أو بأدنى ما ينطلق عليه الاسم. والحرف: أنه لمّا لم يشترط كل الرضاع وجب أن يقع الاكتفاء بجنس الرضاع.

يبيّنه: أن الماء سبب اللبن والنكاح سبب الماء ، وإذا لم يعتبر العدد لا في النكاح ولا في الماء فكذلك اللبن. وربما يستدلون بالفطر في الصوم فإنه يتعلق بأصل التناول ولا يعتبر فيه العدد كذلك في مسألتنا.

۞ **الجواب:**

أمّا تعلقهم بالآية.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): لأن.
(٣) في (ز): البدو.

قلنا: الآية إنما تضمَّنت ثبوت الحرمة بأصل الرضاع، وأمّا العدد فليس في الآية دليل عليه لا اعتبارًا ولا عدم اعتبار فإنا إن اعتبرنا العدد أو لم نعتبره فيكون الرضاع محرِّمًا في الموضعين.

فإن قيل: إذا اعتبرتم العدد فلا يكون الرضاع نفسُه محرّمًا[١].

قلنا: ليس في الآية أن الرضاع يحرّم بنفسه، أو لا يحرّم بنفسه، والحرف في الجواب أنا قائلون بالآية، وأمّا الذي اختلفنا فيه هو[٢] العدد، وليس في الآية تعرض لا بالإيجاب ولا بالإسقاط، فتعرّضت له السنّة؛ لأن ما لا يثبت بالكتاب يجوز أن يثبت بالسنّة.

فإن قيل[٣]: أليس أنه[٤] لو لم ترد السُّنّة كان الرضعة الواحدة محرّمة؟.

قلنا: بلى، ولكن لا بنفس الآية، لكن لعدم قيام الدليل على العدد، وإذا لم يقم الدليل على العدد فلابد أن تكون الرضعة الواحدة محرّمة لوجود الرضاع بها، وهذا فصل قد ذكرناه في غير (هذا من)[٥] المسائل من[٦] مسألة الجلد والتغريب، ومسألة اعتاق الرقَبة الكافرة في كفارة الظهار، والمقصود نفي قولهم: إن اعتبار العدد زيادة في الآية، بل هو في الحقيقة إثبات حكم بدليلٍ آخر سوى الآية، ولم تتعرض له الآية أصلًا فصح بالسنّة والقياس،

(١) في (ز): قالوا: إن اعتبرتم العدد فلا يكون الرضاع يحرم لنفسه.
(٢) في (ز): وهو.
(٣) في (ز): قالوا.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): هذه.
(٦) في (ز): مثل.




وذلك دليل يجوز أن تثبت به الأحكام.

وأمّا قولهم: إن العدد منسوخ فدعوى لا برهان عليها، والذي رووا عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أنه نسخ، فقد روينا عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: تُوفّي رسول الله صلى الله عليه والأمر كذلك[1]، والنسخ بعد زمان رسول الله لا يتصور.

وأمّا الذي تعلقوا به من مفهوم قوله عليه السلام: **(لا تحرم المصة ولا المصتان)** فإنما يكون المفهوم عندنا حجة إذا لم يرد نص في مقابلته، وقد وَرَدَ نص في مسألتنا يدل على اعتبار العدد الخمس وهو ما ذكرناه من خبر عائشة رضي الله عنها، فسقط التعلق بالمفهوم.

وقد قيل: إن قوله عليه السلام: **(لا تحرم المصة ولا المصتان)** خرج على وفق سؤال السائل، ولم يكن المراد هو[2] التقدير به[3]، وقد تعلق بعض المخالفين بما رووا من طريق علي رضي الله عنه، أن النبي عليه السلام قال: **(تحرّم الجرعة من اللبن ما يحرّمه الحولان الكاملان)**[4]، وهذا خبر باطل لا أصل له، (هكذا قال)[5] أحمد بن حنبل، ويحيى بن معين، وأبو داود السجستاني.

وأما المعنى الذي تعلقوا به فلا يقبل في مقابلة السنّة والاعتماد عليها، وقد ذكر الأصحاب أن معنى النشؤ لما كان هو المعتبر فلابد من [٢٦٤/ب]

---

(١) سبق تخريجه ص٥٧٨ حاشية ٣.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) لم أجده.

(٥) في (ز): قاله.

اعتبار زيادة على أصل الرضاع؛ لأن[1] النشؤ لا يقع بنفس اللبن إلا بعد وجود مقدار له أثّر في النشؤ عادة، ثم أمر النشؤ أمر يخفى عمله، ويختلف فيه الصبيان اختلافًا فاحشًا فعلق الشرع الحكم بالسبب الظاهر وهو الرضاعات؛ لأنها سبب النشؤ كما أن الماء لما خفي أمره أقيم سببه مقامه، ولما قام الارتضاع الذي هو السبب الظاهر مقام النشؤ قلنا: إذا كثر الفعل تعلقت الحرمة، وإذا لم يكثر لم تتعلق به، فلا ينظر إلى كثرة اللبن وقلته، ولكن ينظر إلى كثرة الفعل وقلّتِه؛ لأنه هو السبب، ولكن تقدير الكثير بنص الرسول ﷺ، والذي قالوا أنه لما لم يعتبر كل الرضاع تعلق الرضاع بجنس الرضاع. قلنا: لم يعتبر كل الرضاع؛ لأن اعتباره لا يمكن لأجل الإجماع، واعتبر الكثير من الرضاع لوجود قيام الدليل عليه، ويجوز أن يعتبر العدد فيما يوجب التحريم، دليله: الطلاق، ويخرج الوطء على ما قلنا[2]؛ لأن تعلق التحريم به لكونه سببًا للماء فالواحد منه، والعدد في هذا المعنى سواء.

وأما في مسألتنا فإنه تعلق التحريم بالرضاع؛ لأنه سبب النشؤ والواحد مخالف للعدد فيه فجاز أن يتعلق بالعدد وإن لم يتعلق بالواحد، وهذا كلام يقابل ما قالوه من غير أن يعتمد عليه ابتداءً في المسألة، فإن الاعتماد في المسألة ابتداءً على السُّنّة على ما سبق، والله أعلم.



(١) في (ز): فإن.

(٢) في (ز): قلناه.

※ (مَسْأَلَة):

اللبن المحلوب من ثدي الميتة لا تقع به حرمة الرضاع عندنا[(١)].

وعندهم: تقع[(٢)].

❖ لنا:

أن اللبن انفصل من محل خالي عن الحرمة فوجب أن لا يتعلق به الحرمة.

دليله: لبن البهيمة، ونعني بالحرمة الحرمة المناسبة بحرمة الرضاع، وهي حرمة النكاح، بل ليس[(٣)] حرمة الرضاع إلا حرمة النكاح، وليست الميتة بمحل حرمة النكاح، ولا يتصور حرمة النكاح إلا في محل النكاح، فإنه يصح أن يقال: إن الأمهات والبنات محل حرمة النكاح؛ لأنهن محل النكاح ولا يصح أن يقال: إن البهيمة محل حرمة النكاح؛ لأنها ليست بمحل النكاح، فكذلك الميتة. وإذا ثبت هذا فنقول: حرمة اللبن تبع لحرمة صاحبة اللبن، فإذا لم يكن صاحبة اللبن محل الحرمة لم تتعلق باللبن الحرمة، وإذا لم تكن له حرمة من هذا الوجه لم تثبت به حرمة.

❖ وأمّا حجّتهم:

قالوا: وصل اللبن المغذِّي إلى جوف الصبي في زمان الرضاع فيتعلق

(١) الأم: ٥/٢٧، المهذب: ٤/٥٨٩، الروضة: ٩/٢، مغني المحتاج: ٣/٤١٥.
(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ١١٣، مختصر الطحاوي: ص ٢٢٢، المبسوط: ٥/١٣٩، بدائع الصنائع: ٥/٢١٨٠، تنوير الأبصار: ٣/٢١٨، رؤوس المسائل: ص ٤٤٦.
(٣) في (ز): ليست.

به حرمة الرضاع.

دليله: إذا حُلب في حال الحياة ثم سقي بعد الموت، وأما بيان قولنا: «مغذي» إن اللبن مغذي لكونه لبنًا ولا يبطل فيه معنى التغذية بموت المرأة كاللحم مغذي لكونه لحمًا، ولا يبطل فيه معنى التغذية بموت الحيوان، فلبن الميتة مثل لحم الميتة مغذي، فأما التأثير في التغذية حصول التربية بها، ولأن النبي ﷺ اعتبره في حرمة الرضاع، فقال: **(الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم)**[1] وقال: **(الرضاع ما فتق الأمعاء)**[2]، وحرفهم: أنهم يقولون غاية ما في الباب: أن بموت المرأة يتنجس الوعاء واللبن في الوعاء النجس، مثل اللبن في الوعاء الطاهر في ثبوت الحرمة. دليله: سائر الأوعية النجسة.

قالوا: وأمّا قولكم: إن اللبن انفصل عن محل خالي عن الحرمة، ليس[3] كذلك؛ لأن حرمة الآدميين باقية بعد الموت بدليل حرمة النظر واللمس.

وأيضًا قالوا: حرمة اللبن ليست بتابعة لحرمة المرأة بل له حرمة أصلية مثل الولد حرمة أصلية، وهذا لأنه ليس بجزءٍ من الأصل حتى يتبعه في الحرمة، بل هو شيء مُودَع في ثديها (في أصل)[4] الخلقة مثل الولد، مُودَع في بطنها في أصل الخلقة، فثبت له حرمة نفسه كما يثبت للولد حرمة نفسه،

---

(١) رواه أبو داود في سننه: ١/٥٤٩ رقم (٢٠٥٩، ٢٠٦٠)، والدارقطني في سننه: ٤/١٧٣، والبيهقي في سننه: ٧/٤٦١، وقال الألباني في الإرواء انه ضعيف.

(٢) رواه الترمذي في سننه: ٥/٩٧ مع العارضة، وقال: حديث حسن صحيح، والدارقطني في سننه: ٤/١٧٣، وصححه الألباني في الإرواء ٧/٢٢١.

(٣) في (ز): فليس.

(٤) في (ز): بأصل.

والمعنى(١) من الاعتراض لهم هو أنا إن(٢) سلمنا أن حرمة اللبن تبع لحرمة الأصل، ولكن المعتبر هو حالة الحدوث، وحين حدث اللبن كانت حرمة الأصل باقية(٣)، فتعلقت باللبن، وثبت به من التحريم ما يثبت إن لو حلب اللبن في حال حياة المرأة ثم سُقي بعد موتها.

واستدلوا في أن اللبن معتبر قبل الحلب بفصل الربا فإنه لو باع شاة لبونًا بلبن لا يجوز، ولأنه محسوس وجوده في الضرع مثل ما يحس وجوده بعد الحلب.

قالوا: وعندنا لو وهب لبنًا في الضرع ثم حلبه وسلّمَه فإنه يصح، ويملكه الموهوب له، فثبت أن اللبن معتبر قبل الحلب حسًا وحقيقة، وإذا ثبت اعتباره [٢٦٥/ب] تعلق به من الحرمة ما يتعلق بلبن الحية، هذا هو حرف المسألة وإليه يرجع الكلام فيها.

قالوا: وأمّا الوطء فهو خارج على ما قلنا(٤)؛ لأنه إنما كان سببًا للحرمة؛ لأنه سبب البعضية ووطء الميتة لا يكون سببًا للبعضية، فلم يكن سببًا للحرمة، وأمّا اللبن إذا(٥) صار سببًا؛ لأنه سبب التربية والتغذية، وهذا المعنى موجود قائم، وإن انفصل من ثدي ميتة.

---

(١) في (ز): المعتقد.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): قائمة.

(٤) في (ز): قلناه.

(٥) في (ز): فإنما.

۞ **الجواب:**

قولهم: إنه وصل اللبن المغذّي إلى جوف الصبي.

قلنا: هذا يوجد في لبن البهيمة ومع ذلك لا يتعلق به الحرمة، فإن زعموا أنه لا يوجد التغذية بلبن البهيمة ويفسد به مزاج الصبي، قلنا: يوجد قطعًا ويصلح لبن البقرة والشاة لتغذية الصغار إلا أن لبن الآدميين أصلح. ثم الجواب المعتمد هو: أن التغذية وإن حصلت بهذا اللبن فليست الحرمة؛ لأنه غذاء، فإن الغذاء والطعام واحد، ولو جاز أن يكون هذا الطعام سبب الحرمة جاز أن يكون سائر الأطعمة سبب الحرمة، وإنما صار اللبن سبب الحرمة؛ لأنه حصل وانفصل من محل الحرمة، فتثبت له الحرمة تبعًا للأصل على ما سبق بيانه، فإذا سقطت حرمة الأصل سقطت حرمة التبع.

وأمّا قولهم: حرمة الآدمي بعد الموت قائمة.

قلنا: بلى، في أشياء مخصوصة، ولكن لا هذه الحرمة[1]، والمعتبر هذا[2] الحرمة.

(وقولهم: إن حرمة اللبن ليست بتبعٍ محال؛ لأن حرمته لمّا لم يكن لأنه طعام أو غذاء)[3] وهو ليس في نفسه إلا هذا، فلابد أن تكون حرمته تابعة للأصل، وهذا لأن محل الحرمة هو الآدمي، واللبن غير الآدمي، إلا أنه طعام الآدمي، فإذا كان غيره والأصل هو الآدمي في الحرمة فلابد أن يكون حرمته

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): هذه.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

تبعًا لحرمته، وخرج على هذا الولد؛ لأنه آدمي مثل الأصل فيكون له حرمة أصلية لا تابعة.

وأمّا قولهم: إن المعتبر هو حالة الحدوث[١].

قلنا: لا، بل المعتبر حالة الانفصال؛ لأن المحرّم هو الرضاع، والرضاع يوجد بانفصالٍ واتصالٍ، فالانفصال من ثدي المرأة والاتصال بجوف الصبي فصار اللبن قابلًا محليّة[٢] الرضاع بعد انفصاله من ثدي المرأة. فأمّا قبل الانفصال فهو ساقط الاعتبار في الرضاع؛ لأنه لا يتصور به الرضاع.

يبينه: أن ما بعد الاتصال بجوف الصبي ساقط العبرة حتى لو انتفى الاتصال الموجود بأن قاء الصبي اللبن الذي شربه حتى لم يبق في جوفه منه قطرة، لا[٣] تنتفي الحرمة الثابتة، فكذلك ما قبل الانفصال وجب أيضًا أن يكون ساقط العبرة، ويصير كأن اللبن المغذّي المحرّم إنما وُجد بعد الانفصال ولم يكن من قبل موجودًا.

وأمّا فصل الربا فهو منقطع الحكم عن سائر الأشياء، ألا ترى أن مَنْ باع الشَّيْرَج[٤] بالسمسم لا يجوز، ونحن نعلم قطعًا أن الشَّيْرَج يوجد بعد العصر، ولم يكن موجودًا من قبل، ومع ذلك حرم البيع؛ لأنه يوجد منه الشَّيْرَج بالعصر، فكذلك هاهنا يجوز أن يحرم البيع في بيع الشاة اللبون

(١) في (ز): الحياة.

(٢) في (ز): لمحلية.

(٣) في (ز): فلا.

(٤) الشيرج معرب من شيره وهو دهن السمسم. ينظر: المصباح مادة (الشرج) ص٣٠٨.

باللبن؛ لأنه يوجد اللبن المعتبر بعد الحلب، وخرج على ما ذكرنا المسألة التي أوردوها وهي إذا حلب اللبن في حال الحياة ثم سُقي بعد الموت؛ لأنه انفصل حين انفصل، وحرمة الأصل موجودة بخلاف مسألتنا على ما سبق، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

المبتوتة[1] إذا كانت حائلًا لا تستحق النفقة عندنا[2].

وعندهم: تستحق[3].

❈ لنا:

قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[4] فالله تعالى أطلق إيجاب السكنى للمطلقات وقيّد إيجاب النفقة بحالة الحمل فإذا أوجبناها على الإطلاق مثل ما نوجب السكنى أدّى إلى إبطال هذا التقييد[5]. وقد قال جماعة من العلماء: إن المطلق يحمل على المقيِّد، فأما[6] لم يقل أحد أن المقيِّد يحمل

(١) المبتوتة: هي التي لا رجعة للزوج عليها، مأخوذة من البت، وهو القطع. المصباح مادة (بت) ص٣٥.

(٢) المهذب: ٤/٦٢٠، معالم السنن للخطابي: ٢/٧١٣، مغني المحتاج: ٣/٤٠٢.

(٣) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٥٥٦، المبسوط: ٥/٢٠١، أحكام القرآن للجصاص: ٣/٤٥٩، فتح القدير: ٤/٤٠٣، ٤٠٤.

(٤) سورة الطلاق، آية: ٦.

(٥) في (ز): القيد.

(٦) في (ز): و.

على المطلق.

يبينه: إن كلمة «إِن» للشرط، فقد شرط الحملَ لوجوب النفقة، والمالُ[1] المعلقُ وجوبه بشرط لا يجب بدونه، كالرجل يقول لغلامه أو وكيله: «انفق على ذوات الأحمال من نسائي»، لا يجوز أن ينفق على غيرهن.

وأما الدليل من جهة السنّة هو ما رواه جرير[2] عن مغيرة[3] عن الشعبي قال: قالت فاطمة بنت قيس: طلقني زوجي ثلاثًا [٢٦٦/أ] على عهد النبي ﷺ، فقال رسول الله صلى الله عليه: **(لا سكنى لكِ ولا نفقة)**[4] والخبر نص في[5] الصحيحين[6]، قالوا: الآية إنما قيّد إيجاب النفقة بحال الحمل لينبه بإيجاب النفقة في هذه الحالة على إيجاب النفقة حال عدم الحمل؛ (لأن مدة)[7] الحمل تطول في العادة؛ لأنها متربصة تحتاج إلى النفقة أكثر مما تحتاج[8] غيرها، فإيجاب النفقة لها دليل على إيجاب النفقة للحامل على

(١) في (ز): الحال.

(٢) هو: جرير بن عبد الحميد بن قرط الضبي الكوفي، نزيل الري وقاضيها، ثقة صحيح الكتاب، قيل: كان في آخر عمره يهمُ من حفظه مات سنة ٨٨هـ، وله ٧١ سنة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٥٤.

(٣) وهو: مغيرة بن مقسم الضبي مولاهم أبو هشام الكوفي الأعمى، ثقة متقن إلا أنه كان يدلس، ولا سيما عن إبراهيم بن السادسة، مات سنة ١٣٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب: ص ٣٤٥.

(٤) ينظر: سنن الترمذي: ١٤٠/٥ مع العارض، باب المطلقة ثلاثًا.

(٥) في (ز): وهو في.

(٦) يقصد أصله في الصحيحين من طرق أخرى. ينظر: صحيح البخاري: ٤٧٧/٩ مع الفتح، رقم (٥٣٢٣، ٥٣٢٤)، صحيح مسلم: ٩٩/١٠ مع النووي، باب المطلقة البائن لا نفقة لها.

(٧) في (ز): فمدة.

(٨) في (ز): تحتاج إليها.

طريق الأولى.

وزعم أبو زيد: أن في الآية تقديمًا وتأخيرًا، وهو على المعنى كأنه قال: اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فانفقوا عليهن ولا تضارُوهن لتضيقوا عليهن، وإن كن أولات حمل، وذكر أن في[1] قراءة ابن مسعود على هذا الوجه[2]، فنحمل هذه القراءة في المعنى على تلك القراءة.

قالوا: وأمّا الخبر فهو خبر واحد، وإنما يقبل على وجه حسن الظن بالراوي، وإنما يجب حسن الظن بالراوي ليجب العمل به إذا عرى عن طعن السلف، فأما إذا لم يَعْرِ عن طعن السلف فلا[3] يقبل، وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لا ندع كتاب ربنا ولا سنّة نبينا بقول امرأة لا ندري لعلها نسيت[4] أو شُبّه عليها، وروى أن الشعبي روى هذا الحديث فقال له الأسود بن يزيد: أتروي حديثًا ردّه عمر[5]، وعن سعيد بن المسيب قال: تلك امرأة فَتِنت الناس برواياتها[6]، قالوا: ولأنه يحتمل أنها كانت ناشزة، ولهذا أسقط النفقة، ولهذا أسقط السكنى، وأجمعنا على وجوبها، وقد ضَمّ بعضُهم إلى حديث عمر أنه قال حين قال: لا ندع كتاب ربنا ولا سنّة نبينا سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول: **(للمطلقة ثلاثًا: السكنى والنفقة)**[7].

---

(١) ليست في (ز).
(٢) لم أجدها في مظانها من كتب القراءات والتفاسير، وذكرها السرخسي في المبسوط: ٥/٢٠٢، وأجاب عنها المؤلف في ص٥٩٣.
(٣) في (ز): لم.
(٤) رواه مسلم في صحيحه: ١٠/١٠٤، الدارقطني في سننه: ٤/٢٤.
(٥) رواه مسلم في صحيحه: ١٠/١٠٤ مع النووي، والدارقطني في سننه: ٤/٢٣.
(٦) رواه الدارقطني في سننه ٤/٢٧، وقال: اشعث بن سوار ضعيف الحديث.
(٧) ينظر: قول المصنف عن هذا في ص٥٩٣.

۞ **والجواب:**

أمّا قولهم: إن وجوب النفقة لغير الحامل بطريق الأولى.

قلنا: لا، أَولَى أصلًا.

وقولهم: إن مدة الحمل تطول ما لا تطول مدة الأقراء.

قلنا: هو على العكس أولى؛ لأن مدة الأقراء تطول ما لا تطول مدة الحمل للعدة[(١)]، فإنه يجوز أن يطلّق، وهي حامل وتضع الحمل لمدة قريبة فتنقضي العدة ولا يتصور انقضاء العدة بالأقراء بمثل تلك المدة.

يبينه: إنه كيف يدّعي التنبيه ومعلوم أن معتمد الخصم[(٢)] في إيجاب النفقة للمطلقة هو أنها محبوسة، وليس معنى الحبس إلا أنها مشغولة بقضاء حق لهذا الزوج المطلِّق، ومعلوم أن الشغل عليها أكثر إذا كانت حاملًا منه، إذا كانت حائلًا فكيف يستدل بطريق الأَولى؟، والأمر على هذا السبيل وعلى أنه لو كان ذكر الحمل للتنبيه على غير[(٣)] حالة الحمل لكان من حق النظم أن يقول: وانفقوا عليهن وإن كن أولات حمل، فلما قدّم قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ﴾[(٤)] دل أنه محض شرط. وأمّا التقدير الذي قالوه فهو مغيّر لنظم الآية ومعناها، فيكون باطلًا فإن ذكروا موضعًا قدّر فيه تقديم وتأخير، قلنا: نعم، يجوز لضرورة وهي أن لا يظهر للآية معنى، فأمّا إذا كانت الآية على

(١) نقله ابن حجر في الفتح عن السمعاني: ٩/٤٨٠.

(٢) في (ز): الخصوم.

(٣) ليست في (ز).

(٤) سورة الطلاق، آية: ٦.

نظمٍ ولها معنى على ذلك النظم فقلبُه تحريف القرآن وتبديله، وتغيره، والذي ادعوا من ذلك في حرف ابن مسعود فلا نعرف.

وأمّا الذي اعترضوا به على الخبر فالخبر إذا ثبت وَجَبَ قبوله، ولا يجوز الاعتراض(١) عليه بوجهٍ مَّا، وأمّا الذي ذكروه من قول عمر وغيره فالأشبه بالحق ترك الالتفات إلى اعتراض المعترضين وطلب تأويل لقولهم: وأن لا نترك الحديث بقول (أحدٍ مَّا)(٢)، بعد أن ثبت، ووجه التأويل لقول عمر إن ثبت، وإنما قلنا: «إن ثبت»؛ لأن إبراهيم النخعي روى تلك الكلمة عن عمر، وإبراهيم وإن كان من الأئمة الثقات لكنه لم يلق عمر فيكون مرسَلًا(٣)، والمرسَل لا يكون حجة، ثم وجه قول عمر: أن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إنما قال ما قال لأجل روايتها إسقاط السكنى بدليل أنه قال: لا ندع كتاب ربنا، وفي الكتاب إيجاب السكنى لا إيجاب النفقة، وأمّا إسقاط السكنى فلم يكن إسقاطًا حقيقة، بل نقلها رسول الله صلى الله عليه إلى بيت ابن أم مكتوم، لأنها كانت تبذو على أحمائها وتستطيل عليهم بلسانها، وقد روى عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾(٤) قال: الفاحشة المبينة أن تبذو على أحمائها(٥)، وإذا فعلت ذلك حل لهم إخراجها، فقول النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ: لا سكنى لك، إنما كان بهذا السبب، وكان في الحقيقة مجرد نقل [٢٦٦/ب] لها من بيت إلى بيت ولم يكن إسقاطًا

(١) في (ز): الاشتغال بالاعتراض.
(٢) في (ز): آخر.
(٣) ينظر: فتح الباري: ٩/ ٤٨١.
(٤) سورة الطلاق، آية: ١.
(٥) أخرجه الطبري في تفسيره: ٢٨/ ١٣٤.




من الأصل، فكانت تنقل إسقاط السكنى لأجل هذا النقل الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه في حقها، وسكتت عن السبب، فهذا موضع المغمَّى عليها في الحديث. وأمّا أصله ثابت.

فإن قالوا: إنما أسقط النفقة بهذه العلة أيضًا.

قلنا: لا يصح هذا؛ لأن المطلقة إذا كانت ملازمة لبيتها وإن بَذَتْ على أحمائها لا تسقط نفقتها على أصولهم، والنقل الذي نقله رسول الله صلى الله عليه لم[1] يكن إسقاطًا للسكنى، وأمّا[2] المرأة ظنّت أنه إسقاط فروت على ما ظنّت ثم الذي يقطع الإشكال ما روى أبو داود في سننه هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه قال لها: **(لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملًا)**[3] وأما الذي ضموه إلى حديث عمر فهو قول بعض المجازفين من المتفقهة ولا يحل روايته[4]. هذا هو المعتمد في المسألة، فلأنه[5] لا مزيد على الكتاب والسنة، وإن تكلمنا بطريق المعنى فوجه ذلك: أن النفقة مال وَجَبَ بسبب الزوجية على اسم نفقة الزوجات، فيسقط بانقطاع الزوجية، وقد انقطعت الزوجية بالطلاق الثلاث من كل وجهٍ على ما قلنا[6] قبل هذا.

والحرف: أن نفقة الزوجة لا تجب إلا للزوجة[7]، فأمّا الأجنبية

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): وإنما.
(٣) ينظر: سنن أبي داود: ٢/٧١٦ مع المعالم رقم (٢٢٩٠) صححه الألباني في الإرواء ٧/٢٢١.
(٤) نقله ابن حجر في الفتح عن السمعاني: ٩/٤٨١.
(٥) في (ز): فإنه.
(٦) في (ز): قلناه.
(٧) في (ز): للزوجية.

فيستحيل[1] أن تستحق نفقة الزوجات.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: حبس النكاح عليها قائم فوجب أن يبقى وجوب النفقة، وربما يعتبرون على الحبس بملك اليد، واستدلوا على أن الحبس حبس النكاح بما ذكروه في مسألة نكاح الأخت[2] والمختلعة، وكذلك الكلام في ملك اليد قد مضى.

وحرفهم: أنه بالتمكين منها وطئًا قد صارت في يده محسوسًا؛ لأن اليد لا تعرف إلا بهذا، وهذه اليد قائمة عليها بعد الطلاق الثلاث لبقاء العدة، وادّعوا أن النفقة بازاء الحبس.

قالوا: وهذا صحيح على مناهج الشرع؛ لأن الأصل المعروف مشروعًا ومعقولًا أن الشخص إذا أُحتبس على شيء[3] لقضاء حق له أجرى الشارعُ له رزقًا من مال مَنْ أُحتبس عليه كفاية له ليتفرغ لقضاء ذلك الحق، وهذا كأرزاق القضاة والمفتين والمحتسبة وغيرهم لما أُحتبسوا على أعمال معلومة للمسلمين وجب لهم رزق في بيت مال المسلمين، كذلك هاهنا، هذا بيان قولنا: إنه مشروع كذلك، وأما بيان قولنا «معقول» كذلك أنه إذا أُحتبس عليه وإصلاح المعاش بالمكاسب والمكاسب بالتقلب والتصرف وذلك يفسد بالحبس فيكون ترك إيجاب النفقة محض ظلم، والشرع لا يرضى بالظلم.

---

(١) في (ز): فيمتنع.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): شخص.

واستدلوا من جهة الحكم بالسكنى، ووجوب (نفقة الحامل)[1]، وهما فصلان في غاية الإشكال، وقالوا: في السكنى إنها سكنى النكاح (إلا أنها تعلّق بها حق الشرع)[2] في زمان العدة؛ لأنها ليست بذات حظٍ من الزوج فلا يؤمن أنها إذا خرجت تتطلع إلى الفاحشة، والفاحشة محرّمة لحق الله تعالى، فتعلق حق الله تعالى بالسكنى من هذا الوجه. وقالوا في نفقة الحامل: أنها للحامل لا للحمل؛ لأن الحمل ليس بمحل وجوب النفقة له[3]؛ لأن الولد في حكم جزء من أجزاء الأم[4] في باب الغذاء ما لم ينفصل عنها، فلا تجب له نفقة على حده، ولأن لها أن تطلب النفقة إذا كانت حاملًا ولو كانت للحمل وجب[5] أن يكون الطلب لولي الحمل؛ ولأن الحمل إذا كان مملوكًا لا يجب نفقةً[6] على مالكه، ولو كانت النفقة للحمل وجب[7] على مالكه؛ ولأن المتوفى عنها زوجها لا تجب لها النفقة وإن كانت حبلى، ولو كانت للحمل لوجبت، إما في التركة أو على الجد إن كان قائمًا، فثبت أن النفقة للحامل لا للحمل، وإذا كانت للحامل فكذلك إذا كانت حائلًا؛ لأنه لا فرق بينهما بوجه.

۞ **الجواب:**

إن العدة ليست واجبة لحق النكاح إنما هي حق ماء محترم وقد سبق

---

(١) في (ز): النفقة للحامل.
(٢) في (ز): لأنه حق تعلق به حق الله تعالى.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): الأمر.
(٥) في (ز): يوجب.
(٦) في (ز): نفقته.
(٧) في (ز): لوجبت.

بيان هذا وكذلك بيّنا أنه ليس للزوج عليها ملك يد بالنكاح ولئن كان فقد انقطع الجميع بالطلاق الثلاث، وإنما العدة حبس ثبت عليها شرعًا من غير أن يكون لحق الزوج أصلًا، وإذا ثبت شرعًا لا لحق الزوج لا يكون سببًا لوجوب النفقة، فإن استبعدوا هذا وقالوا: كيف لا يكون لحق الزوج والنكاح حقه؟.

قلنا: ليست العدة (لقضاء حق)[1] النكاح حتى يُسمع هذا الاستبعاد، فإن قالوا: إن العدة إن لم يكن لقضاء حق النكاح فهي لقضاء حق الماء، والماء له[2] فيكون حقًا له.

قلنا: إن كان له حق فليس له حق إلا صيانة الماء لأجل الولد، فنقول: إن كان هناك ولد، [٢٦٧/أ] فإن[3] كانت المرأة حبلى نقول: أنها محبوسة بحقه، فلا جَرَمَ تجب النفقة، فأمّا إذا كانت غير حامل فلا يتصور في هذه الصورة حق الزوج لأن الماء في الرحم ليس إلا الولد، وإذا[4] لم يكن ولد فلا ماء، فكيف تجب العدة لصيانته؟.

فإن قالوا: يجب لجواز أن يكون ولد.

قلنا: هذا يظهر، والحمل يُعرف وعدمُ الحمل يُعرف فوجب إدارة الحكم عليه، وقد ظهر بهذا الجوابُ عن فصل الحبس، وعن فصل نفقة الحامل، وكان هو المشكل وعلى هذا الاعتماد. وقد قيل في نفقة الحامل:

(١) في (ز): قضاءً لحق.
(٢) في (ز): حق له.
(٣) في (ز): بأن.
(٤) في (ز): فإذا.




وجبت لأنها مشغولة (بتربية ولده في رحمها، وهذا القدر لا يمكن الاكتفاء به في الجواب، ويقولون الحامل مشغولة أيضًا)[1] بصيانة مائه في رحمها، ووجه الجواب على ما سبق، ويمكن أن يقال أيضًا أن أصل قياسكم الحائل[2] على الحامل[3] فاسد؛ لأنه يتضمن إسقاط تقييد وَرَدَ به النص في القرآن، وكذلك يقال في السكن إن الله تعالى أطلق إيجاب السكنى وقيد إيجاب النفقة بحال الحمل، وهذا التفريق منصوص عليه، فلا يجوز الجمع بين شيئين قياسًا، وقد فرّق نص الكتاب بينهما فبما جمعهما القياس؟ ثم نقول: إن السكنى وجبت لحق الله تعالى لا لحقها، والنفقة لو وجبت وجبت لحقها، وعلى الجملة سكنى النكاح قد سقطت[4] بارتفاع النكاح، وإنما هذا سكنى غير تلك السكنى على ما عُرف.

واعلم أن الأصحاب قد منعوا أن تكون النفقة بازاء الحبس، وزعموا أنها بازاء التمكين وكلاهما يعسر تمشيته، وكيف يُقابَل حبس واجب بالعقد، أو تمكين واجب بالعقد بمال زائد؟، وهم يقولون: إن النكاح عقد لا يعرف موجبه إلا بالاستحلال المجرّد والحبس حق زائد للزوج على المرأة لتتميم أغراض النكاح ومقاصده، فقوبل[5] أيضًا بحق زائد لها عليه وهو النفقة، وقد ذكرنا الجواب[6] من قبل، وعليه المعوِّل ويدخل على الحبس الذي قالوا[7]

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): الحامل.
(٣) في (ز): الحائل.
(٤) في (ز): ارتفع.
(٥) في (ز): وقوبل.
(٦) في (ز): الجواب عنه.
(٧) في (ز): قالوه.

العدة من النكاح الفاسد والوطء بشبهة وهم يقولون: المعتبرُ حبسٌ وَجَبَ لقضاء حق النكاح، والعدة في الصورتين لم تجب لقضاء حق النكاح، وليس هذا بشيء، والإلزام متوجه؛ لأن الحبس قد وَجَبَ ولم تجب النفقة، وأمّا رزق القضاة ومن أشبههم فليس يشبه مسألتنا (من وجه)[1]، وإنما أولئك قوم عملوا لله تعالى فوجبت كفايتهم في مال الله تعالى، أو يقال: قد ظهر في الشرع ثبت مالٍ مَعدٍّ للمصالح وهو خمس الخمس، وأصلح المصالح هو الصرف إلى هؤلاء ليقوموا بمصالح الناس، ومسألتنا بعيدة من هذا النمط. والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

إذا أعسر الزوج بنفقة امرأته فإنه يفرِّق بينهما[2] عندنا[3][4].

وعندهم: لا يفرِّق[5]، وقالوا[6]: لا يصلح هذا سببًا موجبًا للتفريق بحال[7].

وعندنا: يصلح[8].

---

(١) في (ز): بوجه.
(٢) في (ز): بينه وبينها.
(٣) الأم: ٥/٩١، المهذب: ٤/٦١٤، الروضة: ٩/٤٢.
(٤) ليست في (ز).
(٥) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٨٢٤، مختصر الطحاوي: ص ٢٢٣، فتح القدير: ٤/٣٨٩، رؤوس المسائل: ص ٤٤٨.
(٦) ليست في (ز).
(٧) فتح القدير: ٤/٣٨٩، رؤوس المسائل: ص ٤٤٨.
(٨) ينظر: المراجع في حاشية (٢).

❁ لنا:

قوله تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[1]، وقال تعالى: ﴿فَأَمۡسِكُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ فَارِقُوهُنَّ بِمَعۡرُوفٖ﴾[2] فقد أمر الله تعالى بأحدهما على الحتم فإذا فات أحدهما تعيّن الآخر، وإذا كان معسرًا بالنفقة فقد فات الإمساك بالمعروف، فوجب[3] التسريح بالإحسان، فإذا لم يفعل فرّق القاضي بينهما وهذا لأن هذا الواجب لحقها فإذا امتنع من إيصال[4] حقها إليها ناب القاضي في الإيصال منابه[5] مثل سائر الحقوق، ثم الدليل على فوات الإمساك بالمعروف أن الواجب باسم النفقة، والنفقة تجب لكفاية الحاجات على مرّ الأوقات، ولهذا تجب يومًا فيومًا؛ لأن الحاجة تحدث يومًا فيومًا، وقد فاتت الكفاية[6] في مسألتنا مع وجود الحاجة ففات الإمساك بالمعروف.

والحرف: أن الإمساك بالمعروف هو القيام على النكاح مع القيام بحقوقه ومن حقوقه الدّارة هو[7] النفقة، وإذا لم يوجد القيام بحقوقه الدّارة يفوت الإمساك بالمعروف قطعًا، ولهذا إذا كان مجبوبًا أو عنّينًا ثبت حق التفريق وكان المعنى هو[8] فوات الإمساك بالمعروف، بل فوات الإمساك بالمعروف

(١) سورة البقرة، آية: ٢٣٠.
(٢) سورة الطلاق، آية: ٢.
(٣) في (ز): فتعين.
(٤) في (ز): إيصالها إليها.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): هي.
(٨) في (ز): فيه هو.

لفوات النفقة أشد منه بفوات الوطء؛ لأن الصبر عنها أشق والحاجة إليها أشد، ونفعها[1] أكثر لتعلق بقاء الأصول بها، وأمّا[2] الوطء فهو[3] مشروع لبقاء النسل لا لبقاء الأصل، فدل أن ثبوت التفريق بفوات النفقة أولى من ثبوت التفريق بالوطء يدل عليه أن الله تعالى قال ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى [٢٦٧/ب] ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعۡضَهُمۡ عَلَىٰ بَعۡضٖ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنۡ أَمۡوَٰلِهِمۡ﴾[4]، وحقيقة القوامية (القيام بعقدة)[5] النكاح وثبوت الولاية عليها بالإمساك والإطلاق، والله تعالى جعل هذه القوامية بالنفقة، وفيه نص الكتاب فإذا فاتت النفقة واستمرت القوامية صار النكاح عين ضرر ومضرة عليها، والإمساك بالمعروف[6] لا يوجد مع تحقق الضرر من غير دافع.

۞ أمّا حجّتهم:

قالوا: النفقة مال، وجبت[7] بعقد النكاح والعجز عنها[8] لا يوجب التفريق.

دليله: المهر.

و(أمّا)[9] فقههم (في المسألة)[10]، قالوا: المال تبع في باب النكاح

(١) في (ز): والضرر بفقدها.
(٢) في (ز): فأما.
(٣) ليست في (ز).
(٤) سورة النساء، آية: ٣٤
(٥) في (ز): بقيام عقدة.
(٦) في (ز): بمعروف.
(٧) في (ز): وجب.
(٨) في (ز): عنه.
(٩) زيادة من (ز).
(١٠) ليست في (ز).

سواء كان مهرًا أو نفقة، وإنما قلنا: ذلك لأن النكاح يُعقد للسكن والازدواج والتناسل والتوالد، وأيّ ذلك كان فالمال تبع فإن الأصول في العقود ما تعقد لها العقود وتشرع لها ونحن نعلم أن النكاح لا[١] يعقد لطلب المال، وما شُرِعَ لأجله، وإنما شُرع لما بيّنا[٢] أو لقضاء الشهوة، فدل أن المال تبع وفوات التبع لا يوجب رفع الأصل وهذا لأن العقد إذا كان شرع لشيء وذلك الشيء باقٍ يبقى العقد ببقائه، ولا يُبالَى بفوات تبع أو ثمرة.

قالوا: وعلى هذا خرج الوطء؛ لأنه أصل وليس بتبعٍ، وفواته[٣] جاز أن يوجب ثبوت الخيار، ثم قالوا: الفوات لم يتحقق في مسألتنا إنما وُجد مجرّد تأخير إلى زمان اليسار، فإن لها أن ترجع[٤] الأمر إلى القاضي فيقضي بالنفقة وتصير دينًا في ذمَّته، وإذا صار دينًا لم يُوجد الفوات بخلاف الوطء، فإنه يتحقق الفوات فيه؛ لأنه لا يصير دينًا عليه بحال، وربما يقولون أن الزوج إذا كان مجبوبًا أو عنّينًا إنما ثبت الخيار لوجود ظلم التعليق بأن[٥] قضاء الشهوة إذا كان مقصودًا وقد تعيّن الزوج لها لهذا المقصود إذ لا وصولَ لها إلى هذا المقصود إلا من قبله[٦] وقد استدام النكاح عليها فقد صارت مظلومة بظلم التعليق، ومعنى ظلم التعليق أنها لا ذات بعلٍ ولا أيّمٍ فتكون متروكة معلّقة، وقد نهى الله تعالى عنها على ما ورد به النص.

---

(١) في (ز): ما.

(٢) في (ز): بيناه.

(٣) في (ز): ففواته.

(٤) في (ز): ترفع.

(٥) في (ز): فإن.

(٦) في (ز): جهته.

وأمّا[١] في مسألتنا فلا[٢] يوجد ظلم التعليق باعتبار الزوج، لأنه[٣] غير متعينٍ لهذا المقصود فإنها إن لم تصل إلى هذا المقصود من قبله[٤] فتصل من قبل غيره، وما عليه يصير دينًا في ذمته إلى أن يتيسر، ومال الله تعالى غادٍ ورائحُ، (وفضل الله تعالى متوقَّع في كل زمان)[٥].

قالوا: وأمّا الذي قلتم[٦] من بقاء القواميّة مع فوات النفقة قالوا: بلى، هو كما قلتم ولكنها[٧] تزيل[٨] عنها ولاية الحبس، حتى لها أن تخرج وتكتسب فيندفع الضرر ويزول بعض ولاية القواميّة، وهذا لأن الضرر الذي عليها ليس إلا مجرد تأخير لحقها والذي من قبله إذا فرّقنا بينهما محض فوات (فلا يتحمل)[٩] التفويت بوجود مجرد تأخير للحق[١٠].

وأمّا في المجبوب والعنّين ففي الجانبين وُجد[١١] فوات الحق فنظرنا إلى الترجيح فنقول: الترجيح لجانبها لأن السبب الموجب للفوات من قبَله لا من قبَلها، فقدمنا حقها على حقه، لهذا المعنى ولمشايخهم مسائل إلزامية

(١) في (ز): فأما.
(٢) في (ز): فلم.
(٣) في (ز): فإنه.
(٤) في (ز): جهته.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) في (ز): قلتموه.
(٧) في (ز): ولكن.
(٨) في (ز): زوال.
(٩) في (ز): ولا يحمل.
(١٠) في (ز): الحق.
(١١) في (ز): وجود.

يسهل الخروج عنها فلم نشتغل بها. وربما يوردون العاجز عن نفقة أمّ الولد والطفل لا يؤمر بإعتاقهما.

وقد قال بعضهم: إن النفقة ليست في مقابلة ملك البُضع فلا يجوز إسقاط ملك البُضع بالعجز عن مَا لَا يَقابله.

وقد تعلق بعضهم بقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾[1] وإنما[2] ثبت الإنظار والإمهال من قِبَل الشارع (سقطت المطالبة، وإذا سقطت المطالبة بالنفقة)[3] سقطت المطالبة بالتفريق؛ لأن المطالبة بالتفريق بناء على المطالبة بالنفقة فإذا سقط أحدهما حُكم بسقوط الآخر.

❁ **الجواب:**

نبدأ أولًا بالفقه[4] الذي قالوه وزعموا أنه المعتمد عليه.

قولهم إن المال تبع في النكاح.

قلنا: يجوز أن يُمنَعَ، ويقال: أن المال أصل؛ لأن النكاح عقد إيجاب وكل ما يوجب به يكون أصلًا، ولأنه عقد معاوضة والمال يصلح مقصودًا في المعاوضات. ثم الجواب المعتمد هو: أن نسلّم لهم أن عين المال تبع، ولكن بفواته يفوت مقصود عظيم، وهو الإمساك بالمعروف.

---

(١) سورة البقرة، آية: ٢٨٠.

(٢) في (ز): وإذا.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): العقد.

فإن قالوا: إذا كان تبعًا فكيف يفوت الإمساك بالمعروف؟.

قلنا: إن كان هو تبعًا في المعنى الذي قلتم وهو[(١)] أنه لم يُشرع [٢٦٨/أ] النكاح لأجله[(٢)] ولكنه حق من حقوق النكاح وثمرة من ثمراته، وقد ذكرنا أن الإمساك بالمعروف هو القيام على النكاح مع إقامة حقوقه، فإذا لم يوجد يفوت، (وهذا كما نقول: في الوطء)[(٣)] فإن المال كما أنه تبع كذلك فعل الوطء تبع إنما الأصل ملك الحِلّ، فإن النكاح عقد معقود لمعنىً فالأصل فيه ما لا يخلو عنه، فأمّا ما يجوز خلوه عنه فلا يكون أصلًا وفعل الوطء يجوز خلو النكاح عنه، فأمّا الاستحلال فلا يجوز خلوه عنه، فإنه لو تزوج امرأة ولم يطأها أصلًا يكون العقد جائزًا ولا خلل فيه، فثبت أن فعل الوطء تبع ومع ذلك ثبت الخيار في مسألة المجبوب والعنّين، وإن لم يفت إلا فعل الوطء ولكن قيل[(٤)] لَمَّا كان مقصودًا في الثمرات ففواته يوجب فوات الإمساك بالمعروف فثبت الخيار لأجله، كذلك النفقة وإن لم تكن أصلًا ولكن (هو مقصود)[(٥)] في الثمرات، ففواته يوجب فوات الإمساك بالمعروف.

وأمّا قولهم: إن النفقة لم تفت أصلًا لأنها تصير دينًا في الذمة.

قلنا: قد فات المقصود الأصلي[(٦)] بالنفقة؛ لأن إيجاب النفقة لم يكن

---

(١) في (ز): فهو.

(٢) في (ز): من أجله.

(٣) في (ز): وعلى أنا نقول.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): هي مقصودة.

(٦) ليست في (ز).

ليكون للمرأة على الزوج مال[١] إنما[٢] كان لكفاية الحاجة الوقتيّة، وقد فات، فإن قالوا: كيف يكون وجوبُها لهذا وهي تجب للموسرة كما تجب للفقيرة؟.

قلنا: قد أعرض الشرع عن مالها[٣] في هذه الحاجة وجعلها كالمعدوم بدليل إيجاب هذا الحق باسم النفقة، ولا تكون النفقة واجبة إلا لهذه[٤] الجهة، وهي جهة كفاية الحاجة، وقد خرج المهر على هذا الأصل إن سلمنا على أحد القولين لأن الفوات لا يتحقق لأنه وجب دينًا في ذمته وبقي دينًا إلا أنه تأخّر وفي مسألتنا وَجَبَ نفقة، وقد فاتت النفقة، وأيضًا المقصود[٥] من التفريق هو فتح باب الوصول إلى زوجٍ آخر عليها يقوم بحقوقها وفي المهر لا تصل بالزوج الثاني إلى عين ما فات من الزوج الأول، وإنما تصل إلى مثل ما فات (في مسألتنا تصل إلى عين ما فات)[٦] من الزوج الأول؛ لأن الفائت من الزوج الأول كفاية الوقت وبالزوج الثاني تصل إلى هذا، وفصل القوامية معتمد في التفريق.

وقولهم: إنه يزول حبسه عنها.

قلنا: هذه آفة أخرى غفلتم عنها؛ لأن إثبات ولاية الحبس عليها (من أعظم مصالحها كما أن النفقة من أعظم مقاصدها في طلب الثمرات، وبالإعسار)[٧]

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): بل.
(٣) في (ز): حالها.
(٤) في (ز): بهذه.
(٥) في (ز): فإن المقصود.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

تفوت[١] المصلحة المقصودة والثمرة المطلوبة، فلا يجوز إثبات ولاية القومية عليها مع هذا الفوات العظيم في جانبها، فإن ولاية القواميّة إذا كانت بالإنفاق بنص الكتاب فلا يجوز إثباتها بدون الإنفاق فإن[٢] الشيء لا يثبت بدون سببه.

وأمّا الذي ذكروه من وجود ظلم التعليق ففي مسألتنا هو كذلك؛ لأن تركها[٣] في نكاحه بلا نفقة ظلم أيضًا، وكذلك إلجآؤها إلى البروز والتكسب وربما ترتكب فاحشة وضرره عظيم، وهو[٤] ظلم ظاهر، فإن قالوا: إن الزوج متعنِّت في القيام على النكاح مع الجب والعِنَّة لأنه يستغني عن النساء فأزيل تعنته، وفي مسألتنا هو محتاج إلى النساء مع إعساره فلا يكون متعنتًا.

قلنا: ينبغي أن يتسلى بالصبر والصوم في مسألتنا، ونقول في جانب الأصل هو أيضًا غير متعنّتٍ؛ لأنه[٥] إن لم يكن محتاجًا إلى النساء لأجل الوطء فربما يحتاج لغير الوطء وليس كل المقاصد هو الوطء.

وحقيقة الجواب: أن هذا الذي تقولون[٦] هو جاء من النظر في جانبه، ونحن إنما أثبتنا الخيار للنظر في جانبها، فهب أنه محتاج إلى النساء، ولكن حاجته لا توجب صبرها على الضرر، وقد تحقق الضرر على ما سبق بيانه، فوجب دفعه.

---

(١) في (ز): إذا أزيل لفوات.
(٢) في (ز): لأن.
(٣) في (ز): تركها من قوله.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): فإنه.
(٦) في (ز): تقولونه.

وأمّا المسائل التي يوردونها فليس يدخل شيء من ذلك على الأصل الذي قلناه.

وأمّا تعلقهم بالآية فضعيف أيضًا لأنه ثبوت الإمهال والإنظار أثره في أن لا يطالَب بالنفقة، وعندنا: لا يُطالَب بالنفقة وإنما يُطالب بالتفريق لفوات النفقة على ما سبق بيانه، وسواء كان مطالَبًا بالنفقة أو لم يكن مطالبًا بالنفقة، فالفوات قد تحقق وهو مثل الوطء سواء، فإنه كما لا مطالبة على الفقير بالإنفاق، فكذلك لا مطالبة على المجبوب بالوطء، ولكن ثبت الخيار بالطريق الذي قدمنا[1]، كذلك هاهنا وإن ألزموا إذا[2] كان موسرًا وَلم ينفق.

قلنا: لا[3] يوجد الفوات في تلك الصورة؛ لأن القاضي يجبره على الإنفاق، وإن لم ينفق صرف ماله إلى النفقة بنفسه، وفي مسألتنا تحقق [٢٦٨/ب] الفوات، وفي تلك الصورة لو صوّروا موضعًا يتحقق فوات النفقة، نقول: يفرق بينهما، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْألَة):

نفقة القرابة لا تجب عندنا إلا للوالدين والمولودين[4].

وعندهم: تجب لكل ذي رحم محرم من القرابات[5].

(١) في (ز): قدمناه.
(٢) في (ز): ما إذا.
(٣) في (ز): لم.
(٤) المهذب: ٤/٦٢٥، الروضة: ٩/٨٣، مغني المحتاج: ٣/٤٤٦.
(٥) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٨١٩، بدائع الصنائع: ٥/٢٢٣٠، المبسوط: ٥/٢٢٣.

❋ **لنا:**

أنَّ الأصل أن لا تجب (لأحد النفقة على أحدٍ؛ لأن النفقة)[1] كفاية لمن تجب له[2] النفقة، وكفاية أهل الحاجة من المسلمين في بيت مال المسلمين، ولأن مال كل إنسان حقه على الخصوص واختصاصه به يمنع ثبوت حق غيره فيه إلا بوجود إيجاب من قبله، فإذا لم يوجد فكأنه فُقِدَ سبب الوجوب فلم يجب.

يبينه: أنه لم يوجد (في مسألتنا)[3] بين الأخ والأخ إلا القرابة، ومجرد القرابة لا يكون سببًا لوجوب مال لأحدهما على الآخر، كما في حال الغناء، وكما نقول في حق سائر الأقرباء سوى المحارم، وأمّا إذا كان أحدهما محتاجًا فالمحتاج كفايته في بيت المال، إمّا لأنه ماله، فإنه ثَبْتُ مال المسلمين، وهذا واحد من المسلمين، أو لأن بيت المال مال الله ﷻ، ولابد له من مَصْرِف، وأولى الْمَصَارِفِ أن يُصرف إلى ذوي الحاجة من عبيده. وأمَا قرابة الوالدين والمولودين فإنما أوجبت النفقة (فيها بالإجماع)[4] معدولًا به عن القياس، أو بنص الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[5]، والقرابة الأخوة والأعمام ليست مثل قرابة الوالدين والمولودين حقيقة وحكمًا، أمّا الحقيقة فلانعدام البعضية، والبعضية وصف

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) زيادة من (ز).

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) زيادة من (ز)، ينظر: المغني في أصول الفقه للخبازي ص١٤٩، فتح الباري ٩/٤٩٨.

(٥) سورة البقرة، آية: ٢٣٣.

مؤثر؛ لأنه إذا كان بينهما بعضية فليصر أحدَهما مثل الآخر، وكما يجب على الإنسان نفقة نفسه يجوز أن يجب عليه نفقة بعضه.

وأما الحكم فالدليل عليه: أن النفقة مع اختلاف الدين تجب للوالدين والمولودين ولا تجب لغيرهم من الإخوة والأعمام، والمسائل كثيرة في التفريق، ولكن أخترنا هذه المسألة لأنها في النفقة، ولهذه المسألة أخوات وهي كافية.

أمّا حجّتهم:

قالوا: قرابة موجبة للصلة محرّمة للقطيعة فأوجبت[١] النفقة.

دليله: قرابة الأبوة[٢]، والدليل على أنها توجب الصلة: أنها تحرّم القطيعة، والدليل على حرمة القطيعة النصوص الواردة في (الباب، و)[٣] الكتاب والسنة على ما عُرف في مسألة عتق الأخ.

والدليل من حيث الحكم على وجوب الصلة وحرمة القطيعة: حرمة نكاح الأمهات والبنات والأخوات صلةً وكرامةً لهن، وحرمة الجمع بين الأختين، والجمع بين المرأة وعمتها، والمرأة وخالتها، احترازًا من قطيعة الرحم. وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: ترك إيجاب المنفعة قطيعة للرحم؛ لأنا إذا لم نوجب النفقة[٤] لم ينفق، وإذا لم ينفق يهلك، وإذا لم يهلك يلحقه

(١) في (ز): فتوجب.
(٢) في (ز): الولادة.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) ليست في (ز).

التعب الشديد والأذى العظيم، وتعريض القريب لهذا مع إمكانه الدّفع قطع الرحم، وقطع الرحم بهذا أعظم من قطع الرحم بالجمع بين الأختين، أو بالنكاح لها؛ لأن الأذى هاهنا أكثر.

قالوا: ويخرج ابن العم على هذا؛ لأنها[1] لا توجب الصلة، فلا تحرّم القطيعة بدليل عكس ما ذكرنا[2].

❁ **الجواب:**

إن الكلام على ما سبق وقولهم: إن هذه القرابة توجب الصلة.

قلنا: لسنا نسلّم الإيجاب ونسلّم الندبية والاستحباب[3] فإن الصلة بالمال مقدمة للأقرباء على سائر الناس، وكذلك[4] في باب الزكاة فإن الصرف إليهم أولى من صرفها إلى غيرهم، فأمّا وجوب الصلة بالمال فلا نسلّم، وأمّا تحريم المناكحة فليس على طريق الصلة بل هو محض تعبّد، وأمّا قطيعة الرحم فنسلّم حرمتها، لكن لا نسلّم أن في ترك الإنفاق قطيعة الرحم، لما بيّنا أنه[5] حقه على الخصوص، ولا يكون في إمساكه حقه وماله، وترك بذله لغيره قطيعةٍ[6] بوجهٍ مَّا.

وأمّا قوله: إنه يهلك إذا لم ينفق.

---

(١) في (ز): فإنه قرابة.
(٢) في (ز): ذكرناه.
(٣) في (ز): الإيجاب.
(٤) في (ز): فكذلك.
(٥) في (ز): من أنه.
(٦) في (ز): قطيعة الرحم.

قلنا: إنما يهلك إن لو تعيّن هذا الوجه بحياته، فأما إذا كان هناك وجوه[1] أخر سوى هذا الوجه فلا يؤدّي إلى الهلاك ولتحصيل النفقة جهات كثيرة كنفقة الأجنبي أو (ابن العم حتى)[2] إذا تعيّن وجب عليه الإطعام سواء كان قريبًا[3] أو غيره. وفصل تحريم المناكحة يدخل عليه فصل الرضاع، ويدخل عليه حال اختلاف الدين فإنه كما تحرم عليه أخته المسلمة تحرم عليه أخته الذمّية، وكذلك كما يحرم عليه الجمع بين الأختين المسلمتين يحرم عليه الجمع بين الأختين [٢٦٩/أ]، (وإن كان)[4] إحداهما مسلمة والأخرى ذمّية.

وأمّا قولهم: إنه يلحقه الأذى الشديد والتعب بترك الإنفاق.

قلنا: مسلّم، ولكن هذا القدر لا يوجب النفقة، ألا ترى أن نكاح[5] حليلة الأخ لا يحرم على الإنسان ومعلوم أن تحريم الحليلة في الوالدين والمولودين إنما كان للاحتراز عن إدخال الوحشة في قلبه وإلحاق[6] الأذى به، وبهذا الطريق حرم نكاح أزواج الرسول صلى الله عليه من بعده، وقد ورد القرآن بهذا المعنى ومع ذلك لا تحرم حليلة الأخ على أخيه، وكذلك حليلة الخال والعم، ولم يلتفت إلى ذلك الأذى الذي يلحقه بنكاح حليلته، كذلك هاهنا. والله أعلم.



(١) في (ز): وجه.
(٢) في (ز): عند اختلاف الدين أو ابن.
(٣) في (ز): بعيدًا أو قريبًا.
(٤) في (ز): فإن كانت.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): إدخال.

※ (مَسْأَلَة):

النفقة تصير دينًا بغير قضاء القاضي ولا تسقط بمضي الزمان[١].

وعندهم: لا تصير دينًا إلا أن يتصل به قضاء القاضي[٢].

❖ لنا:

أن النفقة أحد مال القُوامية فصار دينًا بنفسه، دليله: المهر ونعني أن الله تعالى أوجبها بسبب القُوامية عليها، والدليل على هذا نص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ﴾[٣] وأجمع أهل التفسير أن المراد به المهر والنفقة[٤]، والقُوامية حقيقتها ما ذكرنا[٥] من قبل، وهو قيامُه بعقدة النكاح وثبوت ولاية النكاح له رَفعًا وإبقاءً، وهذه القُوامية له ثابتة، فالمال[٦] وجب[٧] أن يكون (عليه واجبًا)[٨]، ومحل الوجوب الذمة وما وجب في الذمة لا معنى لسقوطه بمضي الزمان.

---

(١) المهذب: ٤/٦١٩، النكت: ورقة ٢٥٠/ب، الروضة: ٩/٦٩، مغني المحتاج: ٣/٤٤١.

(٢) الأسرار: كتاب النكاح: ص ٨١٦، المبسوط: ٥/١٨٤.

(٣) سورة النساء، آية: ٣٤.

(٤) أحكام القرآن لابن العربي: ١/٤١٦، الجامع لأحكام القرآن: ٥/١٦٨، جامع البيان للطبري ٥/٥٩

(٥) في (ز): ذكرناه.

(٦) في (ز): بالمال.

(٧) في (ز): فوجب.

(٨) في (ز): المال واجبا عليه.

وتحقيقه: أن النكاح عقد يشتمل على الجانبين على السواء، وكل واحد من الزوجين منكوح صاحبه على ما سبق من قبل، وولاية القوامية للرجل على المرأة معنى زائد على ما يقتضيه أصل النكاح؛ لأن أصل النكاح لا يقتضي تفرد (كل واحد منهما بحق عن صاحبه)[1] إلا أن الشرع أفرد الرجل بولاية القُوامية لتمهيد مصالح النكاح ودفع المفاسد عنها ثم أثبت لها في مقابلة ثبوت القُوامية له حقًا عليه وهو المهر والنفقة والكل زائد على ما يقتضيه أصل النكاح، وصار الأصل في مقابلة الأصل والزيادة في مقابلة الزيادة وإذا ثبت هذا الأصل ثبت ما قلناه من مقابلة وجوب المهر والنفقة بوجوب القوامية.

❁ **أمّا حجّتهم:**

تعلقوا بنفقة المحارم[2] وقالوا: نفقة واجبة فلا تصير دينًا بنفسها، وأيضًا قالوا: إن النفقة صلة ليست بعوضٍ؛ لأنها لو كانت عوضًا كانت عوضًا عن البُضع ولا تصلح عوضًا عن البُضع لأن المهر قد وَجَبَ عوضًا له فلا يجب عوض آخر، ولأنه لا تجب جملة ولو كانت عوضًا لوجبت جملة ولأن مجموع الواجب منها مجهول، والمجهول لا يكون عوضًا بحال وإذا ثبت أنها صلة لم يتصوّر أن تصير دينًا ولأن النفقة جزاء الاحتباس على ما سبق، والاحتباس لا يصير دينًا فكذلك ما يقابله وجب أن لا يصير دينًا أيضًا.

قالوا: وأمّا إذا اتصل به قضاء القاضي فإنما صارت دينًا بأحد وجهين،

---

(١) في (ز): أحدهما عن معا بالحق.

(٢) في (ز): ذوي المحارم.

إمّا لأنّ القضاء انتقل من الصلة إلى الدَّين، أو لأنها تشبه العوض من وجهٍ لوجوبها بالعقد فلهذه الشبهية صارت دينًا بقضاء القاضي، وإن لم تصر دينًا بنفسها.

۞ الجواب:

أما نفقة المحارم[1] فخارجة على ما قدّمنا[2]؛ لأنها وجبت لحاجة الوقت ودفعها، وبمضي الزمان ذهبت الحاجة ووقعت الكفاية، وفي مسألتنا الواجب مال بسبب القوامية كالمهر إلا أن المهر ليكون (بها قُنية)[3]، والنفقة ليكون لها وظيفة على الأيام، وكلاهما واجبان[4]، ثم الدليل على الفرق فصل قضاء القاضي أن نفقة المحارم لا تصير دينًا، وإن اتصل بها قضاء القاضي بخلاف نفقة الزوجات، وكان المفرّق[5] بينهما ما سبق بيانه، ثم أنه ليس حقيقة قضاء القاضي إلا إظهار واجب قد سبق من قبلُ فلولا أنها واجبة من قبل في ذمته وإلا لم تجب بقضاء القاضي.

وأمّا[6] قولهم: إنها صلة أو جزاء الاحتباس ففي ما قلناه[7] جواب عنه. والله أعلم بالصواب.

---

(١) في (ز): ذوي المحارم.

(٢) في (ز): قدمناه.

(٣) في (ز): لها فيه.

(٤) في (ز): و.

(٥) في (ز): الفرق.

(٦) في (ز): فأما.

(٧) في (ز): قلنا.

انتهى ربع المناكحات(١) من كتاب الاصطلام بعون الله تعالى وحسن توفيقه يوم الخميس الثامن من شهر الله رمضان، عظّم الله بركته وأعاده علينا أعوامًا كثيرة، سنة تسع عشرة وخمسمائة.

والحمد لله، وصلى الله على نبيه محمد وآله أجمعين.



(١) في (ز): آخر مسائل المناكحات، ويتلوه مسائل الجنايات، والحمد لله وحده، وصلاته على سيدنا محمد رسوله وآله وسلامه، حسبنا الله ونعم الوكيل

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

كتاب النكاح

الموضوع	الصفحة

كِتَابُ الصَّدَاقِ

كِتَابُ الطَّلاق

الموضوع	الصفحة

كتَابُ الظِّهَار

مَسَائلُ منَ الكَفَّارة



أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

❁ ما فكرة مشروع «أسفار» ؟

أسفار: مشروع يُعنى بطباعة الكتب الشرعية ؛ التي تهمُّ المختصين من طلبة العلم ، **ويتميَّز بأنَّ مطبوعاته تُباع بسعر التكلفة** أو قريب منه ؛ فهو مشروع خيري (غير ربحي).

❁ ما أهداف «أسفار» ؟

أسفار: مشروع يهدف لتحقيق غايات سامية ؛ منها:

ـ طباعة الكتب التراثية المحققة في جميع الفنون الشرعية (القرآن ، السنة ، العقيدة ، الفقه وأصوله ، اللغة) ، ونشر البحوث الشرعية الجادة لا سيما ذات الطابع التأصيلي ، مع التركيز والعناية بانتقاء الرسائل العلمية (الدكتوراه والماجستير) التي حقها أن تنشر ، وإشهار المصنفات المغمورة التي لم تطبع من قبل ، مع توفير الكتب النافعة بأسعار مخفَّضة من غير أرباح تجارية ، لتكون مدعومةً وفي متناول المتعلمين ؛ تقرباً إلى الله بتيسير العلم على طالبيه.

❁ تمويل «أسفار»:

يرتكز تمويل أسفار على: التمويل المباشر من المحسنين ، الذين نسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء ، ويجعل ما يقدمونه من مالٍ في موازين حسناتهم ، وأن يجعل هذا المال المبذول منهم عملاً داخلاً في قوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث... أو علمٌ ينتفع به» ، والكتب مصدر أصيل من مصادر العلم ورافد عظيم من روافد المعارف ، وما عُبِدَ الله بعبادةٍ أعظم من العلم الشرعي.

❁ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

s. faar16@gmai. com   @sfaar16

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩هـ)

تحقيق
أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الرابع

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

الطبعة الأولى
١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16



مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع
* الفرع الرئيسي : حولي - شارع المثنى - مجمع البدري
ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦ فاكس: ٢٢٦١٢٠٠٤
* فرع حولي : حولي - شارع الحسن البصري ت ٢٢٦١٥٠٤٦
* فرع المصاحف : حولي - مجمع البدري ت ٢٢٦٢٩٠٧٨
* فرع الفحيحيل : البرج الأخضر - شارع الدبوس ت ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
* فرع الجهراء : الناصر مول - ت ٩٥٥٥٨٦٠٨
* فرع الرياض : المملكة العربية السعودية - التراث الذهبي: ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
ص. ب: ١٠٧٥٠ الرمز البريدي ٣٢٠١١ الكويت
الساخن: ت: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩
E-mail: z.zahby74@yahoo.com imamzahby

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

الاصطلام

في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة

تأليف
أبي المظفر السمعاني
منصور بن محمد بن عبد الجبار التميمي المروزي
الحنفي ثم الشافعي (٤٨٩ هـ)

تحقيق
أ. د. نايف بن نافع العمري

الجزء الرابع

بسم الله الرحمن الرحيم




[١/ب]

بسم الله الرحمن الرحيم

كتَابُ القصَاص(١)(٢)

※ (مَسْأَلَة):

لا يجب القصاص على المسلم بقتل الذمي، وهو قول عامة أهل العلم(٣)، وذكر ابن المنذر مثل ذلك عن الصحابة عن عمر وعثمان وعلي وزيد(٤) رضي الله عنهم.

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ وأصحابه: يجب(٥)، ولم يوافقهم أحد من أهل العلم على هذا المذهب، إلا ما حكي عن الشعبي والنخعي(٦): أنهما أوجبا القصاص على المسلم بقتل اليهودي والنصراني خاصة، ولم يوجباه بقتل المجوسي.

وأما(٧) إيجاب القصاص على المسلم بقتل الذمي على الإطلاق فلم

---

(١) القصاص: القَوَد، المصباح مادة (قصص) ص٥٠٥.

(٢) في (ز): الجراح.

(٣) ينظر: الحاوي ١٠/١٢، النكت للشيرازي ورقة ٢٥٣/أ، كتاب الجنايات من الشامل ص١١٢ وكتاب الجنايات من التعليقة ص٢٢٣ ومعالم السنن للخطابي ٦٦٩/٤ والتهذيب ٥/٧.

(٤) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٤٠٩/٥، ومصنف عبد الرزاق ١٠٠/١٠، ومعالم السنن ٦٦٩/٤.

(٥) ينظر: المبسوط ١٣١/٢٦ والأسرار كتاب الديات ص ٣٠١ ورؤوس المسائل ص٤٥٤ ومختصر اختلاف العلماء ١٥٧/٥ ومعالم السنن ٦٦٩/٤ وأحكام القرآن للجصاص ١٧٣/١ وتبيين الحقائق ١٠٣/٦.

(٦) إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود النخعي أبو عمران الكوفي الفقيه، إلا أنه يرسل كثيرًا من الخامسة مات سنة ٩٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص ٢٤.

(٧) في (ز): فأما.

يذهب إليه غير أصحاب الرأي.

❁ لنا:

حديث علي فيما حكاه عن الصحيفة التي كتبها له رسول الله ﷺ وفيها «أن لا يقتل مؤمن بكافر»[1]، وهو خبر صحيح.

والاستدلال بهذه الرواية المطلقة، لا بالرواية التي قال في آخرها «ولا ذو عهد في عهده»[2]، فإن تلك رواية ضعيفة غير معتمدة[3].

ولا يصح حملهم الكافر على المستأمن؛ لأنّ القول بعموم اللفظ واجب ما لم يقم الدليل على صرفنا عنه.

(وأيضًا فإن الحكم الذي يُبنَى في الشرع على الإسلام والكفر إنما هو لشرف الإسلام أو لنقيصة الكفر أو بهما، وهذا أصل يشهد له عامة ظواهر الشرع؛ لأن الإسلام مدعاة الكرامات، والكفر ينبوع الهوان، وفي منع قتل

---

(١) هذه الرواية رواها أبو داود في سننه، كتاب الديات، باب إيقاد المسلم بالكافر ٤/٦٦٩، مع المعالم، وفي البخاري (لا يقتل مسلم بكافر) ١٢/٢٦٠، مع الفتح، كتاب الديات، باب لا يقتل المسلم بالكافر.

(٢) رواها أبو داود في سننه ٤/٦٦٩ مع المعالم، كتاب الديات، باب إيقاد المسلم بالكافر، ينظر ص٣ حاشية ٥، ٤.

(٣) قال ابن حجر في الفتح: «وأخرجه ابن ماجه من حديث ابن عباس، والبيهقي عن عائشة، ومغفل ابن يسار، وطرقه كلها ضعيفة، إلا الطريق الأولى والثانية فإسناد كل منهما حسن» ا. هـ ١٢/٢٦١، ويقصد بالطريق الأولى والثانية ما وَرَدَ عند أبي داود عن قيس بن عباد، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ولعل السمعاني يقصد ما ذكره ابن حجر، سنن أبي داود ٤/٦٦٩ ـ ٦٧٠ مع المعالم.




المسلم بالكافر كرامة المؤمن وهوان الكافر)[١]، دلّ أنه[٢] المشار إليه والمنبه عليه من ظاهر لفظ صاحب الشرع.

فإن قالوا: إن[٣] في الخبر نَفْيَ قَتْلِ المؤمن بالكافر، وبالإجماع يقتل إذا سبق الوجوب في حال الكفر، وطَرَأَ الإسلام.

قلنا: إذا انتفى القتل انتفى الوجوب؛ لأن وجوب القتل يراد للقتل، وتلك المسألة التي أشاروا إليها مستثناة[٤] من هذا الظاهر بدليل قام عليه سنبين إن شاء الله.

وأما الخبر الذي يروونه بطريق ابن البيلماني فخبر منقطع[٥]، وابن[٦] البيلماني في نفسه ضعيف مجهول، ولو أسند لم تقم بروايته حجة، فكيف إذا أرسل[٧]؟.

وأما الكلام من حيث المعنى: فاعلم أن المسقِط عندنا للقصاص وجود شبهة الإباحة لدم الذمي وسببها قيام الكفر المبيح للدم، والقصاص لا يجب

---

(١) ما بين القوسين نقله ابن حجر في الفتح عن السمعاني ١٢/١٦١.

(٢) في (ز): هو.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): مستثن.

(٥) رواه الدارقطني في سننه ٣/١٣٥، ولفظه: «أن رسول الله ﷺ قتل مسلمًا بمعاهد». قال الدارقطني: ولم يسنده غير إبراهيم بن أبي يحيى وهو متروك الحديث، والصواب عن ربيعة عن ابن البيلماني مرسل عن النبي ﷺ.

(٦) ابن البيلماني: عبد الرحمن بن البيلماني مولى ابن عمر مدني نزل حرّان، ضعيف من الثالثة، روى له الأربعة في السنن. ينظر: التقريب: ص ١٩٩.

(٧) قاله الدارقطني في سننه: ٣/١٣٥.

مع الشبهة، هذا هو المعتمد.

والدليل على أن الكفر مبيح الدم قوله ﷺ: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان...»(١) الخبر، وتقديره: بكفر بعد إيمان، وهذا نص في إيجاب القتل بالكفر.

ويدلّ عليه: أنا أجمعنا على أن قتال الكفار واجب، وإنما وجب قتالهم لنفي كفرهم، وحملهم على الإسلام، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ كُلُّهُۥ لِلَّهِ﴾(٢)، ومعنى الفتنة هو الشرك بالإجماع.

ولأن الرُّسُلَ ـ صلى الله عليهم ـ إنما بُعثوا لدُعاء الخلق إلى الله تعالى، وإلى دينه، وليردُّوهم إلى سواء الصراط بعد أن زاغوا عنها، هذا هو قاعدة النبوات، وقد أُعطي رسولنا ﷺ القرآن، ليكون دليلًا له على المشركين، وأُعطي السيف ليكون له سلاحًا عليهم، إذا أَبَوا الدخول في الدين، والمطلوب من الكلِّ نفي الشرك وبسط الإسلام في العالم، فعرفنا أن القتل إنما وجب لنفي الكفر، والقتل الواجب لنفي الكفر لا يكون إلا بعلة الكفر.

يبيِّنه: أن العقوبات زواجر، وأولى ما يُزجر عنه الإنسان من الجرائم هو الكفر؛ لأنه رأس الجرائم والخبائث وأمُّها، وقاعدتُها، وأُسُّها، فإذا وجب سائر الحدود للزجر عن الجرائم نفيًا لها وهي دون الكفر، فلأن يجب القتل بجريمة الكفر نفيًا لها، وزجرًا عنها أولى وأحرى.

---

(١) تقدم تخريجه ١/٣٤٢.

(٢) سورة الأنفال (٣٩).

وإذا ثبت أن الكفر مبيح، والقتل واجب نفيًا له فنقول: الذمة عهد عارض مَنَعَ القتل لنوع معنى مع بقاء العلة المبيحة للدم، فمن الوفاء بالعهد أن لا يَقْتُلَ المسلمون أهلَ الذمة، فإن اتفق القتل لم يجز وجوب القَوَد عليه؛ لأن المبيح لقتله قائم، و(إذا بقي فأدنى)[1] ما فيه أن يُوجب الشبهة [٢٧١/أ] وهو مثل ما إذا وطيء أمته[2] المجوسية، أو النفساء، أو الحائض، أو أخته من الرضاع.

۞ أمّا[3] حجّتهم:

فإنهم قالوا: المبيح هو القتال دون الكفر بدليل: أن النسوان لا يُقتَلن لعدم القتال مع وجود الكفر، والبغاة يُقَتلُون لوجود القتال مع عدم الكفر.

ولأن الله تعالى قال: ﴿فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ﴾[4].

ولأن النبي عَلَيْهِ السَّلَامُ لمّا رأى المرأة المقتولة قال: (ما كانت هذه تُقَاتِل)[5][6]، وهذا إشارة إلى علة[7] القتل، وهذا لحقيقةٍ: وهي أن الكفر جناية على محض حق الله تعالى، فجزاؤه في دار الجزاء وهي دار الآخرة،

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): الأمة.

(٣) في (ز): وأما.

(٤) سورة البقرة، آية (١٩١).

(٥) في (ز): ما بالها قتلت ولم تقاتل.

(٦) رواه البخاري في صحيحه ١٤٨/٦ مع الفتح، بلفظ «أن امرأة وجدت في بعض مغازي النبي ﷺ مقتوله فأنكر رسول الله ﷺ قتل النساء والصبيان»، والإمام أحمد في المسند برقم ٩٩٥٩ من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٧) في (ز): عِليّة.

فأما الدنيا فدار الابتلاء وليست بدار الجزاء، ألا ترى أن الثواب والعقاب والوعد والوعيد مؤخر[1] إلى الآخرة؟

يبيِّنه: أنا رأينا كثيرًا من الجرائم لم يُعاقَب عليها في الدنيا مثل عقوق الوالدين، والفرار من الزحف، والكذب، وغير ذلك، ولو كانت الدنيا دار الجزاء كالآخرة لم يخل عن جزاء هذه الجرائم كالآخرة، إلا أنه عُجِّل بعض الأجزية لمصالح تعود إلى العباد، ودفعًا لمفاسد[2] عنهم ينتفعون بذلك في العاجل، مثل حد الزنا لدفع المفاسد عن الأنساب، وحد السرقة لصيانة الأموال، وحد الشُّرْب لصيانة العقول، وحد القذف لصيانة الأعراض، وليس في تعجيل جزاء الكفر مصلحة تعود إلى العباد، فتأخر[3] إلى الآخرة، بخلاف القتال فإن ضرره عائد إلى العباد، فأوجب الشارع القتل بسببه دفعًا للضرر عن العباد، ألا ترى أن الثواب والعقاب والوعد والوعيد مؤخر[4] إلى الآخرة[5].

قالوا: ولا يلزم الأسير والمرتد؛ لأنهما محارِبانِ غير أنهما عاجزانِ عن المحاربة، ألا ترى أنهما لو وجدا فرصة كيف يحاربان؟.

وأما[6] الذمي فليس بمحارب؛ لأنه التزم أحكام المسلمين[7] باختياره

(١) في (ز): يؤخر.
(٢) في (ز): للمفاسد.
(٣) في (ز): فأُخر.
(٤) في (ز): يؤخر.
(٥) ينظر: الأسرار، كتاب الديات ص ٣٣٢.
(٦) في (ز): فأما.
(٧) في (ز): الإسلام.




وانضم إلى المسلمين[١] مَنَعَةً ودارًا ومن حكم[٢] الإسلام ترك محاربة المسلمين[٣].

وأما[٤] ابتداء الكفار بالقتال إنما جاز؛ لأنهم محارِبون حُكْمًا؛ لاعتقادهم الكفر الباعث على القتال، ولم يوجد منهم ترك المحاربة بالتزام أحكام الإسلام.

وأما البغاة فإنهم مسلمون والمسلمون مُسَالِمون، والأصل فيهم ترك القتال؛ لأن اجتماع الكلِّ على اعتقاد الإسلام باعث لهم على المسالمة، فوقف جواز القتل على[٥] القتال مباشرة.

وأما أهل الحرب محارِبون باعتقادهم الكفر الذي هو ضد الإسلام، فجاز قَتْلهم ما لم يوجد ترك المحاربة بالتزام الإسلام أو أحكامه.

يبيِّنه: أن منهم مَنْ يحارب[٦]، ومنهم مَنْ لا يحارب[٧]، وفي التمييز حرج، فأقيم الكفر (الباعث على القتال مقام القتال مباشرة)[٨] دفعًا للحرج.

قالوا: ويخرج على ما ذكرنا[٩] فصل المستأمن؛ لأنه من أهل الحرب

---

(١) في (ز): الإسلام.
(٢) في (ز): أحكام.
(٣) في (ز) زيادة: كافة.
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز) زيادة: وجود.
(٦) في (ز): يقاتل.
(٧) في (ز): يقاتل.
(٨) في (ز): مقام حقيقة القتال.
(٩) في (ز) ما ذكرناه.

ولم يلتزم أحكام الإسلام، وإنما دخل (بعارض حاجة تقضي، و)[1] يعود بخلاف الذمي على ما بينا.

وأُلزموا على (ما بينا)[2] فصل المال، وقالوا: الكفر مبيح للمال، ومع ذلك لم يصر شبهة في إسقاط القطع وهو مما يندرئ بالشبهات مثل القصاص سواء.

وأُلزموا أيضًا فصل الاستيفاء، وقالوا: لو كانت فضيلة الإسلام أو نقيصة الكفر تمنع وجوب القصاص (لمنع الاستيفاء)[3]؛ لأنه المقصود، ألا ترى أن فضيلة الأبوة كيف منعت الاستيفاء لما[4] منعت الوجوب، وكذلك شرف الإسلام في المرأة منع بقاء النكاح كما منع الابتداء.

ومما يعتمدون عليه إلزامًا على الطريقة وجوب القصاص على الذمي بقتل الذمي.

وحرفهم في هذا الإلزام هو: أن الكفر معنى في المحلّ، والمُسقِط (متى كان)[5] في المحل لم يختلف باختلاف الفاعل؛ لأن ذلك المعنى موجود في الصورتين، وكما أن القصاص الواجب على المسلم يسقط بالشبهة كذلك القصاص الواجب على الذمي يسقط بالشبهة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: بأن الكفر يصير شبهة في حق مَنْ يعتقد الكفر

(١) في (ز) (لعارضٍ حاجة له يقضيها ثم).
(٢) في (ز): أصل الطريقة.
(٣) في (ز): لمنعت استيفاء القصاص.
(٤) في (ز): كما.
(٥) في (ز): إذا كان معنى.

مبيحًا، وذلك هو المسلم دون الكافر، وذلك لأن المعتبر هو الشرع لا اعتقاد باطل يوجد من كافر، والدليل عليه: أن اليهودي لو قتل النصراني أو النصراني قتل اليهودي يجب عليه القَوَد عندكم[١] وإن كان كلّ واحد منهما يعتقد إباحة دم صاحبه، ولو[٢] كان اعتقاده أن الكفر غير مبيح يوجب القَوَد لكان اعتقاده أن اليهودية أو النصرانية مبيحة يُسقط [٢٧١/ب] القَوَد، فدل أن المعتبر في هذا المعنى هو الشرع لا اعتقاده الباطل.

وتبين بمجموع هذا أن الكفر غير مبيح في الأصل وإن كان مبيحًا فلا أثر له عند معارضة عقد الذمة إياه، وهو بمنزلة الإسلام، فإن[٣] عندكم[٤] هو[٥] عاصم ولكن لم يكن له أثر عند معارضة الزنا إياه أو القتل إياه هذا مجموع كلامهم وعمدتهم.

۞ **الجواب:**

إنّ القاعدة على ما مرّت صحيحة.

وقولهم: إن المبيح هو القتال، نقول: الكفر فوق القتال، فإذا كان القتال مبيحًا فالكفر أولى.

وأما النساء فنقول: كفرهن مبيح للقتل إلا أنه[٦] مُنع من قتلهن بالنص

(١) عند الشافعية، ينظر: التهذيب ٥/٧.
(٢) في (ز): فلو.
(٣) في (ز): فإنه.
(٤) عند الشافعية.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): أنهن.

أو الإجماع، ولولا النص أبحنا[١]، ألا ترى كيف نُبيح قتل المرتدة بكفرها[٢] (لعدم النص والإجماع)[٣]، وهذا حرف[٤] معتمد ينقطع معه الكلام، ويعود الأمر إلى المعنى، ويمكن أن يجاب، فيقال: إن الشرع مَنَع قَتْل النساء والصبيان لاعتبار نفع المسلمين، والنفع في أن يصيروا خَوَلًا للمسلمين أرقاء لهم.

وهذا جواب صحيح يمكن تمشيته، وتمامه يأتي في مسألة المرتدة[٥]، ونذكره[٦] في تلك المسألة ما يعترضون به على هذا الجواب، ونذكر وجه الخروج عنه، ووجه الاعتماد على إسقاط القتل بإثبات الاسترقاق بحيث تنزح الشبهة.

وبعضهم قال: إن كفر المرأة غير متغلِّظ، وكفر الرجل متغلِّظ بالقتال.

وهذا ضعيف؛ لأن تغلِّيظ السبب بما استقل بنفسه سببًا للحكم لا يجوز.

ولأن الكفر ممن وُجد فهو متغلط، ولا يُتَصوَّر كونه خفيفًا والاعتماد على الأول.

وأما تعلقهم بالآية فقد نُسخت (تلك الآية)[٧] بقوله تعالى: ﴿ فَٱقْتُلُواْ

(١) في (ز): لأبحنا.
(٢) في (ز): لكفرها.
(٣) في (ز): عند عدم النص.
(٤) في (ز): جواب.
(٥) ينظر ٤/١٩٥.
(٦) في (ز): ونذكر.
(٧) ليست في (ز).

ﭐلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾[١].

وقد كان الله تعالى أمر النبي ﷺ في الابتداء بالجدال، ثم أمر بالقتال إذا قاتلوا ثم أمر بالقتل على العموم والشمول.

وقوله عليه السلام في المرأة: (ما كانت هذه تقاتل) (روايتهم ولا نعرف ثبوته)[٢]، ويجوز أن يكون إشارة إلى أنها لو قاتلت قُتِلت لا أنه أراد أن يجعل القتال علة.

وأما قولهم: إن الكفر جناية على محض حق الله تعالى فيكون جزاؤه في الآخرة.

قلنا: ولِمَ وعندنا كِلا الدارين محل الجزاء إلا أن في الدنيا يُجازَى بما ينقطع، وفي الآخرة يجازى بما يتأبد ولا ينقطع، ثم الذي يقطع الإشكال أن القتل عندنا جزاء الكفر ردعًا وزجرًا ليُقلعَ الكافر عنه بتبديله[٣] إلى الإسلام فينتفى الكفر فهذا هو المطلوب من هذه المجازاة، ومثل هذه المجازاة لايُتَصَوَّر إلا في دار الدنيا، وأما الآخرة فهه دار الانتقام من أعداء الله تعالى من غير أن يشوبه معنى الردع والزجر، ولا يتصور تمكن كافر في الآخرة من ترك الكفر والجزاء على الجريمة زجرًا لا يتصور إلا بعد التمكن من الانزجار، فهذا الحرف ذهب على واضع هذه الطريقة، وهو مبطل لها بحيث لا يبقى إشكال.

---

(١) سورة التوبة، آية (٥).

(٢) في (ز): (هذه روايتهم ونحن لا نعرف ثبوتها) وهو أوضح.

(٣) في (ز): بتركه.

والذي قالوا على فصل المرتد والأسير: (إنهما محارِبانِ)[1]، ليس كذلك؛ لأن[2] عندهم لو التجأ مرتد إلى الحرم لم يُقتل، ولو كان محارِبًا قُتِلَ كما لو قَاتَلَ مباشرة.

وأما الأحكام التي تعلقوا بها فهي إشكالات عظيمة، وقد خبط كثير من الأصحاب فيها، والجواب المرضي عن الكل هو التخريج على الطريقة.

ووجه ذلك:

أما فصل المال فلا نقول: إن الكفر مبيح للمال، بل المبيح هو أن الأموال إنما خُلقت على الإباحة، وإنما يحرم تناولُها بعارض، ولم يوجد العارض، هذا على قول بعض أصحابنا[3].

وإن قلنا على ظاهر المذهب أن الأموال لم تُخلق على الإباحة فلا نقول: إنها خُلقت على الحظر بل الأمر موقوف على إذن الشرع، وقد أذن الشرع في أموال الكفار وأباحها للمسلمين بقوله تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾[4].

ولا نقول: إنه معلول بعلة الكفر؛ لأن الكفر جريمة من الشخص، والجرائم سبب العقوبة في الأبدان بدليل سائر الجرائم.

(فأما الكفر فليس بعلة في إباحة الأموال)[5]، ولا نجد مثل هذا في

(١) في (ز): أنه محارب.
(٢) في (ز): بأنه.
(٣) في (ز): الأصحاب.
(٤) سورة الأحزاب، آية (٢٧).
(٥) في (ز): فإنها ليست بعلة لإباحة الأموال.

سائر أصول الشرع حتى نلحق هذا به، فأحلنا الحكم على مجرد إذن الشرع، والحرف: أنه لما لم يصلح إباحة المال عقوبة في قواعد الشرع كانت إباحتها للمسلمين مجرد إنعام عليهم بتوريثهم ديارهم وأموالهم، وصحت الإباحة لعدم العاصم من الإسلام أو الذمة، كما صحت الإباحة في الصيود، والحطب، والحشيش لعدم اليد المحرزة وكان [٢٧٢/أ] محض نعمة، كذلك هاهنا.

وأما فصل الاستيفاء فالجواب عنه: أن المسقِط عندنا هو شبهة الإباحة، والشبهة لا تتصور إلا مقترنة[١] بالسبب، فأما بعد الفراغ من السبب لا يتصور وجود الشبهة.

وخرج على هذا فصل ميراث القصاص على الأب؛ لأنه ليس سقوط القَوَد لأجل الشبهة، فإنه لا شبهة للأب في دم ابنه، لكن المعنى في سقوط القصاص هناك هو: أن الابن ليس بأهلٍ لوجوب القتل له على أبيه، ألا ترى أنه يُمنع في الشرع من مباشرة قتل أبيه المباح قتله بالردة أو الزنا، وكذلك في النكاح شرف الإسلام منافٍ في المحل لنكاح الكافر إذ الكافر ليس بأهل لاستحلال بضع المسلمة، أما في مسألتنا لا ندعي المنافاة ولا عدم الأهلية، لكن ندَّعي الشبهة، ولا يُتصور بعد الفراغ من السبب، وهذا كعذرهم عن مسألة الجنون الطارئ، فإنهم قالوا: إذا اقترن الجنون بالسبب خرج الفعل من أن يكون عمدًا وصار خطًا، وهذا لا يُتصور في الجنون الطارئ؛ فإن الفعل إذا كان عمدًا محضًا لا يتصور انقلابه خطًا بالجنون الطارئ، كذلك في مسألتنا إذا عري الفعل عن الشبهة عند وجوده لم يتصور وجود الشبهة بالإسلام العارض.

---

(١) في (ز): مقترنة.

وأما المسألة الثالثة فتخرج على ما قلنا[١] ؛ لأن الكفر إنما يصير شبهة في حق المسلم ، أما في حق الذمي فلا ؛ لأنا جعلنا الكفر مبيحًا للقتل بواسطة الدعوة إلى الإسلام ، فإن المسلم يدعوه إلى الإسلام أولًا ، فإن لم يُسلم فيقتله جزاء على كفره ، فينفي بقتله كفره ، فيقوم قتله مقام إسلامه في جانب نفي الكفر .

فإذا ثبت هذا الأصل فالدعاء إلى الإسلام لا يُتصور من الكافر وإذا كانت إباحة القتل بواسطة الدعوة إلى الإسلام فإذا لم يوجد الواسطة لم يوجد ما يبتني عليه من إباحة القتل بالكفر ، فصار دم الكافر مباحًا في حق المسلم بمعنى لا يوجد في حق الذمي فَعَري القتل عن الشبهة ، وإذا عَرِي عن الشبهة وجب القَوَد .

وأما قولهم: إن الكفر لا يظهر عمله مع عارض الذمة .

قلنا: لا يظهر إباحةً ، أما يظهر في إيجاد الشبهة كما ذكرنا من المثال .

يبينه: أن صورة النكاح الفاسد إذا كانت[٢] توجب الشبهة فحقيقة الكفر أولى .

وقولهم: إن الإسلام لا يظهر عمله مع وجود[٣] الزنا .

قلنا: وجوب الرجم بالزنا من حكم الإسلام ، فكيف يصير الإسلام شبهة في إسقاطه ؟ وفي المسألة كلام كثير للأصحاب ، وهو عندي غير مرضيٍّ ، وقد تكلمنا عليه في التعليق ، وإنما الطريقة المرضية ما ذكرناها ، وقد تمشت وخَرَجَّنا المسائل عليها بحمد الله تعالى ، والله أعلم بالصواب .

---

(١) في (ز): ما قلناه.
(٢) في (ز): كان.
(٣) ليست في (ز).

❊ (مَسْأَلَة):

لا يجب القصاص على الحر بقتل العبد عندنا[1].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: يجب[2].

ولستُ أرى في التعلق بالظواهر كثير اعتماد، والأخبار والآثار التي رواها أصحابنا عامتها ضعيفة منقطعة، وهي بينة لمن يعرف صنعة الحديث، وكذلك ما يروونه من الآثار.

فالوجه أن نعتمد على المعنى فنقول: القصاص نفس بنفس بدليل قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾[3]، فلابد من المماثلة في النفسية ليستقيم إيجاب القصاص ويكون[4] نفسًا بنفس حقيقة، ولم يوجد بين الحر والعبد؛ لأن الحر نفس من كل وجهٍ، والعبد نفس من وجهٍ، مال من وجهٍ، فإنا إذا نظرنا إلى كونه آدميًا فهو مثل الأحرار، وإن نظرنا إلى كونه مالًا فهو مثل الثياب، والخشب، وسائر الأموال.

يدل عليه: أن إيجاب القصاص في النفس لمعنى الحرمة، ومعلوم أن حرمة النفوس أعظم من حرمة الأموال[5]، فإذا خَلُص معنى النفسية في الحر من غير أن تشوبه معنى المالية كملت الحرمة، وإذا كان العبد نفسًا من وجه،

---

(١) الحاوي ١٢/١٧، التعليقة، كتاب الجنايات من التعليقة ص ٢٤٠، التهذيب ٧/١٧.

(٢) الأسرار، كتاب الديات ص ٣٣٨، الحجة ٤/٢٦٥، المبسوط ٢٦/١٣٠، رؤوس المسائل ص٤٥٥، مختصر الطحاوي ص ٢٣٠، مختصر اختلاف العلماء ٥/١٥٠.

(٣) سورة المائدة، آية (٤٥).

(٤) في (ز): فيكون.

(٥) في (ز): المال.

مالًا من وجه انتقصت الحرمة، وزالت المماثلة في حرمة النفسية التي هي ركن القصاص فسقط القصاص.

ألا ترى أن العبد يُبتَذَل ويمتهن مثل السلع والأموال، وهذا علامة نقصان الحرمة، والحر كاسمه حر عن الابتذال والامتهان، وهذا دليل كمال الحرمة.

والحرف الوجيز من العبارة: أن القصاص نفس بنفس من كل وجه بدليل نص الكتاب، وفي الحر بالعبد نفس بنفس من وجه ونفس بمال [٢٧٢/ب] من وجه، وهو مما لا يجوز بمال، فسقط نفس بنفس؛ لأنه لا يخلو عن نفس بحالٍ بخلاف العبد بالعبد؛ لأنه نفس من وجه بنفسٍ من وجه، وسقط النظر إلى المال بإسقاط الشرع ذلك، وحصلت المماثلة في النفسية التي هي محل القصاص.

❁ **والحرف لنا:**

أن النفس بالنفس بوصف المماثلة لا يوجد في الحر والعبد، وسائر الأصحاب اعتمدوا على الطرف(١)، وزعموا(٢) أن امتناع القصاص في الطرف دليل امتناع القصاص في النفس، ووجه الشبه: أنه قصاص وقصاص إو(٣) الطرف بعض النفس، فإذا امتنع استيفاء البعض بالبعض امتنع استيفاء الكل بالكل.

والاعتماد على الأول، وسنذكر وجه كلامهم على فصل الطرف وما أجابوا عنه.

---

(١) في (ز) هذه العبارة فيها تقديم وتأخير.

(٢) في (ز): قالوا.

(٣) في (ز): إذ.

۞ أمّا[1] حجّتهم:

قالوا: العبد محل القصاص بدليل أنه لو (قتل عبدًا)[2] آخر قُتل به، فإذا قتله الحر، إما أن يمتنع بشبهة أو بنقيصة الرق، أو يكون هذا المحل مالًا ولا يجوز دعوى الشبهة؛ لأن العبد محقون الدم على الكمال، إما لإسلامه أو لكونه من أهل دار الإسلام وهو في هذين مثْل الحر سواء.

يبينه: أن الآدمي خُلق معصوم الدم؛ لأنه خُلق ليكون خليفة الله في أرضه، وليحمل أمانة الله تعالى، ولن يوجد منه هذا إلا ببقائه، ولا بقاء إلا بالعصمة، وإنما يُباح دمه بعارض[3] معصية، ولا معصية في الرق، فرُبَّ[4] عبد يكون أتقى[5] من كثير من الأحرار فلا يُتَصَّور وجود شبهة الإباحة من غير سبب الإباحة.

ولأن المعصية فعل العبد والرق حكم الرَّب، فلا يجوز أن تؤخذ شبهة الإباحة المتعلقة بمعصية العبد من الرقّ الذي هو حكم الرَّب تعالى، ولا يجوز أن يسقط بنقيصة الرق؛ لأنه لا رِقَّ في محل القصاص، فإن العبد من حيث أنه آدميٌ حي بمنزلة الحر بدليل بقاء الخطاب عليه، وبدليل أن جميع الكرامات التي تثبت لبني آدم ثابتة له، وهذا لأن القتل تفويت حياة بتفويت حياة ولا رِقّ في الحياة، وإراقة دم بإراقة دم ولا رِقّ في إراقة الدم.

---

(١) في (ز): وأما.
(٢) في (ز): قتله عبد.
(٣) في (ز): لعارض.
(٤) في (ز): ورب.
(٥) في (ز): اتقى لله تعالى.

قالوا: ولهذا لو أقرَّ على نفسه بالقصاص يقبل إقراره، وصار في هذا بمنزلة الحر والاعتراف بالقصاص في حق الغير لا يجوز، فلمَّا جاز عرفنا أنه حقه، وأما الدية فهي حق العبد أيضًا إلا أنه ليس بأهل المِلْك[1] فاستحقه المولى عليه؛ لأنه أقرب[2] الناس وأولاهم[3] به كالحر الميت إذا خرج عن أهلية المِلْك استحقه الوارث عليه.

قالوا: وخرج الأطراف على هذا، لأنه يد بيد، والرق ثابت في أجزاء النفس وأطرافها؛ لأنها تُستَعمل استعمال الأموال وتُبتذَل ابتذالَها، ولهذا المعنى لم يكن عندنا طرف العبد محل القصاص أصلًا، وتبين أن تعلقكم بالطرف[4] تعلق بمحض تركيب؛ لأن الكلام في نفسٍ هي محل القصاص بالإجماع فلا يلزم عليه الطرف الذي ليس محلًا للقصاص عندي[5] أصلًا.

وربما فرّقوا، وقالوا: المساواة تعتبر في الطرف فعلًا ومحلًا بدليل الشلَّاء مع الصحيحة، وكاملة الأصابع مع ناقصة الأصابع، وفي النفس تعتبر فعلًا لا محلا بدليل وجوب القصاص بين الذكر والأنثى، والمساواة في المحل لم توجد بدليل البدل، ولو وجدت المساواة في المحل استويا[6] بدلًا.

قالوا: وأما المولى إذا قَتَل عبده إنما سقط القصاص؛ لأن لا يمكن

(١) في (ز): للملك.
(٢) في (ز): أحق.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): بفصل الطرف.
(٥) في (ز): عندنا.
(٦) في (ز): لاستويا.

إيجاب[١] القصاص[٢]، فإنه لو وجب (القصاص عليه)[٣] لوجب[٤] على نفسه، وهذا لا يجوز.

واعترضوا على قولنا: إن المماثلة في النفسية لم توجد، وقالوا: قد وُجد[٥] بدليل ما بيّنّا من وجود محلية القصاص في العبد وكونه مالًا من وجه، إن كان يُسقط القصاص عن الحر لا يسقط القصاص أصلًا؛ وهذا لأن النفسية كاملة في العبد مثل الحر إلا أن المالية زيادة في أحد المحلين من غير أن يُخلّ بحرمة النفس، وهو مثل زيادة عَقْلٍ أو صحةٍ أو غنىً وما أشبه ذلك، ثم ألزموا على ما ذكرنا[٦] الذكر مع الأنثى؛ فإن المماثلة في النفسية معدومة في هذه الصورة بدليل البدل، ومع ذلك جرى القصاص بينهما بين الطرفين.

۞ **الجواب:**

أمّا تعلّقهم بكون العبد محل القصاص فنحن إنما اعتمدنا على فوات المماثلة في النفسية، وهناك وُجدت المماثلة؛ لأن كل واحد منهما نفس من وجه مال من وجه.

فإن قالوا: كونه مالًا من وجه يوجب أن يسقط أصل القَوَد.

قلنا: وجوب (أصل القَوَد)[٧] [٢٧٣/أ] باعتبار أنه نفس، وكذلك الخطاب

(١) في (ز): إيجابه.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): لوجب له.
(٥) في (ز): وجدت.
(٦) في (ز): ما ذكرناه.
(٧) في (ز): القصاص.

وجميع الكرامات ثابتة من هذه الجملة، لا من حيث إنه مال، وليس[1] يظهر نقصان النفسية؛ لأنه لم يقابله كامل، فأما إذا قتله حر فالآن جاء وقت ظهور النقصان.

والحرف أن في العبد بالعبد نفس ناقصة بنفس ناقصة، وفي الحر بالعبد كاملة بناقصة، ويمكن أن يقال في العبد بالعبد أوجبنا القصاص بنص الكتاب، ولولا النص لم نوجب.

أما قولهم: إن العبد من حيث إنه آدمي حي بمنزلة الحر.

قلنا: بلى، ولكن يقابله من حيث إنه مال بمنزلة سلعة[2]، ولا نقول إن المالية من حيث إنه آدمي حي، لكن هذا الآدمي الحي مال.

وقولهم: إن الحياة لا تُوصف بالرق.

قلنا: ولا توصف بالحُرية لكن هذا الشخص الحي أو الشخص الدموي[3] بهذه الصورة المخصوصة يكون حرًّا (من وجه)[4] ومالًا أخرى، ثم إذا كان حُرًّا كمل معنى النفسية، وإذا كان مالًا انتقص معنى النفسية على ما ذكرنا.

وفصل الإقرار بالقصاص يبطل عليهم بما لو أقر على نفسه بالسرقة تقطع يده، وقد سلموا أن المالية ثابتة في اليد.

وهذا الفصل يُبطل قول مَنْ قال منهم: إن الطرف فيه معنى المال، أو

(١) في (ز): ولا.
(٢) في (ز): السلعة.
(٣) في (ز): المصور.
(٤) في (ز): مرة.

أُجري مجري الأموال؛ لأنه لو كان كذلك لم يصح إقرار العبد فيه بما يوجب الإهلاك وهذا بطريق الإلزام على مذهبهم.

وأما[١] عندنا فالمالية ثابتة في النفوس والأطراف من العبيد وإقرار العبد صحيح؛ لأنه لما امتنع إقرار السيد عليه بنوع تهمة أُطلق للعبد الإقرار حتى لا يتعطل القصاص والحد، فإن البينة قد توجد وقد لا توجد، فإذا لم يُقبل إقرار العبد تعطل.

وأما الفرق بين الطرف والنفس بإثبات المالية في الطرف دون النفس ففي غاية البعد، وليس النفس إلا أجزاء مجتمعة فإذا ثبت المالية في الأجزاء ثبتت في النفس وإن أوردوا الحياة فقد أجبنا عنه.

وقولهم: إن الأجزاء مستعملة استعمال الأموال.

قلنا: وكذلك النفس.

والذي قالوا: إن المساواة في الطرف معتبرة فعلًا ومحلًا.

قلنا: وكذلك في النفس، وفي كاملة الأطراف مع ناقصة الأطراف النفسية كاملة بدليل البدل، وفي مقطوعة الأصابع مع كاملة الأصابع لم توجد المساواة في اليدِّيّة بدليل البدل، وكذلك الشلاء مع الصحيحة.

فأما إلزامهم الذَّكر مع الأنثى.

قلنا: وُجدت المساواة في النفسية، ونقصان البدل بالنص، ولولا النص لم تنقص، وهو مثل نقصان الإرث لم يعرف إلا بالنص. ألا ترى أنا لا نعلم

(١) في (ز): فأما.

معقولًا أن نقصان الأنثى في النفسية بمقدار النصف من الذكر.

وأما قولهم: إن الطرف في العبد ليس بمحل القصاص أصلًا.

قلنا: هو مناقضة على مناقضة، وكلامنا قائم في الإلزام وعلى أن الاعتماد هو على الفقه الذي قدمناه.

أما قولهم: إن النفسية في العبد كاملة لكن المالية زيادة.

قلنا: زيادة من حيث المالية نقصان من حيث النفسية بالوجه الذي قدّمناه.

يدل عليه: أن الدية بدل النفس، ولا تجب في العبد، وإنما تجب القيمة، ولو كان بمنزلة الحر في هذه الجهة والمالية زيادة لوجبت الدِّية وضُمنت النفس بها، ثم أوجب لمكان الزيادة ضمان آخر مثل ما في ضمان الأموال، وهذا لا يقول به أحد، فبطل ما قالوه جملة، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

قيمة العبد تجب بالغةً ما بلغت بالقتل عندنا[(١)].

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ ومحمد: لا تزاد على دية الحر، بل[(٢)] ينقص منها[(٣)] عشرة دراهم[(٤)].

---

(١) الحاوي ١٩/٢، ٢٠، النكت ورقة ٢٦١/ب، روضة الطالبين ٢٥٨/٩.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ليست في (ز).

(٤) الأسرار، كتاب الديات ص٣٩٣، المبسوط ٢٨/٢٧، مختصر الطحاوي ص٢٤٣، الحجة ٣٦٨/٤، ٣٦٩.

لنا:

أن الواجب هو القيمة فيجب ما هو القيمة، دليله[1]: سائر[2] المقومات.

وإنما قلنا: إن الواجب هو القيمة؛ لأن المسألة في قيمة العبد لا في غيرها، ومَن قال: إن الواجب ليس هو القيمة فهو مكابر معاند[3].

ثم الدليل على أن الواجب هو القيمة دون الدية: أنه لو وجبت الدية لوجبت الدية المعهودة شرعًا[4]، وهذا لأن قوله ﷺ: «في النفس[5] مائة من الإبل»[6] لفظ عام يتناول الأحرار والعبيد جميعًا، والقول بالعموم واجب إلا أن يقوم دليل التخصيص، وحين لم تجب الدية المعهودة دلّ أن ضمان العبد القيمة.

وأما من حيث التحقيق فهو أن قتل العبد يوجب بدل العبد، والبدل الحقيقي هو القيمة في غير ذوات الأمثال، وأما الدية بدلُ [٢٧٣/ب] توقيفي وليس ببدل حقيقي بدليل أن الشرع وَرَدَ بالإعراض عن الصفات في الدية مثل الصغر والكبر والقبح والحسن، والعقل والجنون، وما أشبه ذلك، ولا يتصور البدل الحقيقي مع الإعراض عن الصفات؛ لأن البدل بدل الشيء بأوصافه، فكيف يؤخذ[7] البدل حقيقة مع الإعراض عن الصفات[8]؟

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): كسائر.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): (في النفس المؤمنة...).
(٦) رواه البيهقي في سننه ٨/٨٠ بهذا اللفظ في كتاب عمرو بن حزم الذي تلقته الأمة بالقبول.
(٧) في (ز): يوجد.
(٨) في (ز): الأوصاف.

والمعنى[1] بالبدل الحقيقي ما تدل عليه الأصول والمعقول.

وإذا ثبت هذا فنقول: البدل التوقيفي قد سقط في العبد، فوجب البدل الحقيقي وهو القيمة.

ولأن القيمة مال، وضمان المال بالمال جارٍ على وفق الأصول لوجود المماثلة[2]، أما الدم فليس مماثلًا للمال وضمان الشيء بما لا يماثله خارج عن الأصول، فلا يُصار إليه إلا بتوقيف أو إجماع [ولم نجد إجماعًا ولا توقيفًا فوجب][3] ترك الجري على الأصول وإذا كان المضمون هو المال[4] فلابد وأن يكون الواجب القيمة.

ويدل عليه: أن الواجب للسيد، وإنما وجب[5] للسيد؛ لأنه بدل المال[6] الذي هو حقه، ويدخل على هذا القصاص، فإنه يجب للسيد وإن كان المضمون هو الدم دون المال.

ولا يصح قول مَنْ قال: إن المضمون في القصاص هو المال؛ لأن تضمين المال بالقصاص لم يرد به توقيف، ولا يدل عليه معقول ولا ضرورة في جعل المضمون هو المال، وأوضاع الشرع وقواعده لا تُترك إلا بدليل قاطع، واعتمد كثير من الأصحاب على العبد القليل القيمة، وسنذكر وجه

(١) في (ز): أعني.
(٢) في (ز): بمماثل.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): مال.
(٥) في (ز): يجب.
(٦) في (ز): مال.

كلامهم عليه وضعفَه.

❁ **أمّا[١] حجّتهم:**

ذهبوا إلى أن المضمون هو الدم، قالوا: ومعنى هذا أن المضمون ما[٢] هو المضمون من الحر، وربما يعبرون عن الدم بالنفس.

والدليل عليه: أنه اجتمع في العبد معنى الدَّمية ومعنى الماليّة، ومعنى الدَّمية متبوع، ومعنى المالية تبع؛ لأن المتبوع ما يقوم بنفسه، والتبع ما يقوم بغيره.

والماليّة قائمة[٣] بالدَّمية بدليل: أن الماليّة تذهب وتبقى الدَّمية، ولا يتصور بقاء الماليّة مع فوات الدَّمية.

ولأن حرمة النفس لذاتها وحرمة المال بها، وبهذا نقطع أنه تبع لها.

ولأن القتل تصرف في النفس من حيث الإهلاك، وإنما المال يَهلِكُ تبعًا، فدل أن المال تبع، فلا يجوز الإعراض عن المتبوع وتضمين التبع، بل المتبوع بالتضمين أولى إذا تعذر الجمع ولم يكن بد من ترجيح إحدى الجهتين على الأخرى.

يبينه: أن في تضمين المتبوع تضمين التبع، وليس في تضمين التبع تضمين المتبوع فيؤدي إلى إهدار الدم من كل وجه وإذا ضمّنا من حيث

(١) في (ز): وأما

(٢) في (ز): من العبد.

(٣) في (ز): تقوم.

الدَّمية لا يهدر المال من كل وجه.

واستدلوا في أن المضمون هو الدم بالقصاص والكفارة، والمضمون لا يختلف بالعمد والخطأ، ولا يختلف أيضًا بالواجب، والواجب ـ أعني ـ الكفارة والدية.

وإذا ثبت أن المضمون هو الدم فغاية ضمان الدماء معلومة شرعًا ومجاوزته الغاية محال.

يبيِّنه: أن نفس الحر لا يُضمن بما فوق هذا القدر مع فضيلة الحرية، فالعبد أولى؛ لأن النقصان لا يكون سببًا للزيادة بحال.

قالوا: وقولكم: إن الواجب القيمة، لا، بل الواجب الدية مقدَّرة بقيمة المالية ما لم يجاوز المقدار المشروع، كالتعزير موكول إلى اجتهاد الإمام ما لم يجاوز الحد المشروع، وأرش ما دون الموضحة موكول إلى الاجتهاد ما لم يجاوز أرش الموضحة، وإنما لم نوجب الدية المعهودة؛ لأن الشرع وَرَدَ بإيجاب الإبل في الأحرار لا في العبيد؛ لأنه عليه السلام قال: «في النفس مائة من الإبل»[1]، وهذا عند الإطلاق يتناول الأحرار، والعبيد ليسوا في معنى الأحرار حتى يُلحَقوا بهم.

وإذا بطل الرجوع إلى الشرع[2] قدرنا بدل الدم ببدل المالية التي في العبد مثل ما يُقَدّر بدل البضع ببدل بُضع نساء العشيرة، وهذا كما يقدّر بدل الجناية فيما دون الموضحة بما يُقَدّر من الرق، إلا أن هناك رقًّا تقديريًّا،

(١) سبق تخريجه في ص٢٧.

(٢) في (ز): الشروع.

وهاهنا رق حقيقي، وهذا لأن الرق نقصان من وجه، زيادة من وجه، فلأجل النقصان منعنا إلحاقه بالأحرار؛ لأن الناقص لا يقاس على الكامل، ولأجل الزيادة فإنه[1] معنى متقوم قدرناه[2] بدل الدم.

وأما إذا زادت القيمة على أعلى الديات منعنا؛ لأن بدل النفس الكاملة بالحرية إذا لم يزد على هذا القدر، فبدل النفس الناقصة أولى، ومحال أن يكون النقصان [٢٧٤/أ] سبب الزيادة.

ولأن النقصان له مدخل في بدل الدم بدليل: الأنثى، والجنين[3]، والكافر على أصلكم[4]، والزيادة ليس لها مدخل، وإثبات ما له مدخل لا يدل على إثبات ما ليس له مدخل.

وأما إثبات نقصان غير مقدر فكان لما بينا أن بدل الدم قُدّر ببدل المالية، وبدل المالية غير مقدر كذلك بدل الدم.

قالوا: وليس يلزم الغصب؛ لأن المضمون هو المالية في الغصب؛ لأنه لا يُضمن بسبب الغصب إلا المال، وكذلك في الرهن إذا كان عبداً فقتله الراهن، المضمون هو المالية؛ لأنه إنما يُضمن بسبب الرهن، والرهن لا يصح إلا بالمال.

وأما الضمان في مسألتنا بسبب القتل، وهو سبب يُضمن به الدم والمال،

(١) في (ز): أنه.
(٢) في (ز): قدرنا به.
(٣) في (ز): الخنثى.
(٤) في (ز): أصولهم.

والدم أولى كما بينا.

قالوا: وأما العبد المبيع إذا قُتل قبل القبض إنما بقي البيع وإن كان المضمون هو الدم؛ لأن العقد يبقى إذا وجدنا في إبقائه فائدة، فبقّينا لوجود الفائدة، وهي اتباع القاتل بالقيمة، وهذا لا يدل على أن المضمون هو المال كما لو كان القتل عمداً، والقاتل عبد يبقى لأجل القصاص، والمضمون هو الدم بالاتفاق.

قالوا: وأما استحقاق السيد بدل العبد فقد تكلمنا عليه وبيّنا معناه في المسألة الأولى.

الجواب:

إنا ذكرنا أن المضمون هو المال، والمعتمد ما ذكرنا[1] أن الواجب هو القيمة، والقيمة لا تكون إلا بدل المال.

وقولهم: إن الواجب هو الدية، زعم باطل؛ لأن هذا البدل عُرف بالشرع والتوقيف، فإن صاروا إلى التوقيف فليوجبوا ما ورد به التوقيف، وإن صاروا إلى القياس فبدل التوقيف لا يُعرف بالقياس، ثم الذي يزيل الإشكال ويكشف الشبهة: أن التقويم واجب لمعرفة البدل.

فأما أن يُقوّم الدم، أو يُقوّم المالية ليكون بدلًا عن الدم، والأول باطل؛ لأن تقويم الدم لا يمكن، والثاني: باطل أيضًا؛ لأن تقويم المال ممكن ليكون الواجب بدلًا من المال.

---

(١) في (ز): ما ذكرناه.

فأما ليكون بدلًا عن الدم فلا يمكن البتة ؛ لأن المال ليس بمثلٍ للدم بحال من الأحوال ، وتقدير بدل الشيء بقيمة ما لا يماثله محال ، وكيف يقوّم الشيء ليقدّر به بدل ما ليس بينهما مماثلة بوجه من الوجوه؟ وهذا معتمد المسألة ، والحرف الذي يشكل عليهم الخروج منه.

(يدل عليه)[١]: أنه لابد في تقويم المال من اعتبار الأوصاف (والمنافع ، ولهذا انخفض تارة وارتفع تارة)[٢] ، وفي بدل الدماء هذا ساقط بإجماع الأمة.

وخرج على هذا: فصل التبع والمتبوع ؛ لأنا لا ننكر أن المالية تبع من الوجه الذي قالوه ، لكن لم يمكن إيجاب ضمان الدم لما بينا ، وما[٣] لا يمكن الوصول إليه فالسعي في تحصيله ضائع ، فتعيّن ضمان المال.

وعلى أن الأصل الذي ذكروه من التبع والمتبوع يعارضه أصل آخر ، وهو: أنا إذا ضمنّا المال ضمنّاه بما يماثله ، وإذا ضمنّا الدم ضمنّاه بما لا يماثله ، ولهذا قلتم في القتل العمد: يجب القصاص لا غير ، وهو أحد قولينا ، والأصل إذا عورض بأصل سَقَطَ ، والاعتماد على الأول.

وليس يدخل على ما ذكرناه أَرْش المُوضِحة ؛ لأنا لا نقوّم الشخص بتقدير الرق ، ونوجب قيمة المالية فيكون بدلًا عن الدم ، لكن لنعرف مقدار بدل الفائت بالجناية من الدية الواجبة للجملة بأصل الشرع ، فإِنّا قوّمنا باعتبار الرق التقديري لنعرف المأخوذ بالجناية ثم الواجب ما يقابله من أصل الدية

(١) ما بين القوسين ليست في (ز).

(٢) في (ز) العبارة هكذا «ولهذا ينخفض تارة ويرتفع أخرى».

(٣) ليست في (ز).

ولهذا وَجَبَ الإبل بخلاف مسألتنا.

وفي ولد المغرور إذا قوّمنا الولد نقول: المضمون هو المال، (ويقوم منع الرق)[1] مقام إتلاف الرق القائم حقيقة.

وأما تعلقهم بالقصاص يمكن أن يقال: إن العبد لما اجتمع فيه المال والدم، فعند إيجاب القصاص جعلنا المضمون هو الدم، وعند إيجاب المال جعلنا المضمون هو المال تقسيمًا للحكم بحسب انقسام المضمون، وهم يقولون على هذا إنما يصار إلى تقسيم[2] إذا تعذر الترجيح والتغليب، وقد بينّا أن اعتبار التبع ساقط في مقابلة المتبوع.

والمعتمد من[3] الجواب: أن في القصاص لا يمكن تضمين المال، فأوجبناه في مقابلة الدم، وكذلك الكفارة، وأما في مسألتنا فلا يمكن إيجاب القيمة في مقابلة الدم، فأوجبناه في مقابلة المال.

وأما باقي كلامهم يسهل [٢٧٤/ب] الجواب عنه ويخرج على ما ذكرنا[4]، ويقال لهم: إذا جعلتم الرق مُنقِصًا لبدل الدم كيف تُقدّرون به بدله؟

وقولهم: إنه زيادة من وجه.

قلنا: فينبغي أن يتقابل الزيادة والنقصان، ويتعارضا ويتساقطا، ويرجع إلى البدل المعهود.

(١) في (ز) العبارة هكذا: ونقول منع الولد الرق وقام.
(٢) في (ز): التقسيم.
(٣) في (ز): في.
(٤) في (ز): ما قلناه.

وأيضًا ينبغي إذا كثرت قيمة العبد يقلّ الواجب لكثرة الْمُنقِّص، وإذا قَلّت قيمة العبد يكثر الواجب لقلة المُنقِّص، وهذا لا يصير إليه أحد، والكلام هو الأول، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألَة):

الأيدي تقطع باليد الواحدة عندنا[١].

وعندهم: لا تقطع[٢].

لنا:

أن الأنفس تُستوفى بالنفس الواحدة، فكذلك الأيدي تقطع باليد الواحدة بل أولى؛ لأن حرمة النفس أعظم من حرمة الطرف، هذا هو عمدة الأصحاب.

وإذا اقتصرنا على مجرد التمثيل[٣] والتشبيه يدخل عليه في الفرق بينهما إذا وضع أحدهما السكين من جانب، والآخر من جانب، فإن بهذا الفعل لا تقطع يدان بيدٍ واحدة، وتقتل نفسان بنفسٍ واحدةٍ، والمنع الذي حكي من صاحب التقريب لا ينفع؛ لأن التفريق قد حصل.

ألا ترى أن كلتا اليدين لم تقطعا على الكمال، وكلتا النفسين قُتُلا.

وأيضًا فإن القصاص في النفس يجب بسراية الجناية، ولا يجب في

---

(١) الحاوي ٣٢/١٢، كتاب الجنايات من التعليقة ص ٢٩٧، التهذيب ٢٧/٧.
(٢) الأسرار، كتاب الديات ص ١٥٢، المبسوط ١٣٧/٢٦، مختصر الطحاوي ص٢٣١، اللباب ١٥١/٣، مختصر اختلاف العلماء ١٤٩/٥، بدائع الصنائع ٤٧٩٥/١٠.
(٣) ليست في (ز).

الطرف لسراية الجناية.

والذي ذكر أن معنى الخطأ يمكن في الطرف ولم يمكن في النفس، ضعيف؛ لأن الكف كما لا تُقصد بالجناية على الأصابع عادة، فكذلك النفس لا تُقصد بالجناية على الطرف عادة خصوصًا لقطع أنملة أو أصبع، وَمَنْ قَصَدَ النفس يقتل كما أن مَنْ قَصَدَ الطرفَ يُقطعُ ومع ذلك إذا سرى وجب القصاص في النفس ولم يجب في الطرف ومع التفريق الشرعي لا يصح التمسك بمجرد التمثيل[١] والتشبيه.

والمعتمد: أن نبيّن المعنى في النفس، ونبني عليه الطرف، ونقول: إنما وجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد؛ لأن سبب وجوب القصاص على الجماعة قد وُجِدَ، وهو قتل النفس، وتعطيل القصاص بعد وجود سببه لا يجوز، فَجُعِلَ كلُّ واحدٍ منهما بمنزلة المنفرد بجميع الفعل كأنه ليس معه غيره، وَجُعِلَ الآخرُ بمنزلة المُعين له وأمكن ذلك؛ لأن كل واحد منهما وُجد منه فعل القتل في جميع النفس إلا أنه مع غيره، فجعلنا الغير في حقه كالمُعين له على مقصوده، وجُعل هو كالمنفرد بجميع القتل، فكذلك في اليد قد وُجد من كل واحد قطع جميع اليد إلا أنه مع غيره.

ألا ترى أنه ما من جزء من اليد إلا وقد وُجد فيه فعل القطع من كل واحدٍ منهما، فجعلنا كل واحد منهما بمنزلة المنفرد بالقطع فيما يرجع إليه، وجعل الآخر معينًا له في تحصيل مقصوده حتى لا يتعطل سبب القَوَد (عن القَوَد)[٢].

---

(١) ليست في (ز).

(٢) ليست في (ز).

وهذا الكلام في غاية القوة، ويتبين عند إبطالنا كلامهم، وهو أولى مما قاله بعض أصحابنا: أنا إنما أوجبنا القَوَد على الجماعة بقتل الواحد؛ (لصيانة الدماء)[١]، ولتقرير حكمة الحياة المنصوص عليها، فإنا إذا لم نوجب أدّى إلى إهدار الدماء، وسفكها، فإن الغالب أن القتل يكون بالتغالب، وإن الواحد يقاوم الواحد، وإنما يعجز في يده إذا استعان بغيره، فإذا لم نوجب القَوَد في صورة قتل الجماعة الواحد أدَّى إلى ما قلنا[٢]، وهذا في اليد موجودة[٣]، وهذا مع ظهوره[٤] حكمة إيجاب القَوَد، والقَوَد يجب بسببه لا بحكمته، فينبغي أن ننظر إلى السبب هل يصلح موجبًا أم لا؟ ثم إذا صلح أوجبنا لهذه الحكمة، والاعتماد على الأول.

ولا يلزم على ما قلنا[٥]: إذا وضع السكين أحدهما من جانب، والآخر من جانب؛ لأنا إنما جعلنا كل واحد منهما بمنزلة المنفرد؛ لأنه قد وُجد من كل واحد منهما فعل قطع جميع اليد إلا أنه مع غيره، فأمكن أن يُجعَلَ الآخر[٦] معينًا له ويُنسب إليه على الكمال، ومثل هذا لم يوجد في تلك الصورة فلم يمكن هذا التقدير.

ومسألة السراية في الطرف نقول: إن سَقَطَ الكفُّ[٧] يجب القَوَد[٨]،

(١) في (ز): صيانة للدماء.
(٢) في (ز): ما قلناه.
(٣) في (ز): موجود.
(٤) في (ز): ظهور.
(٥) في (ز): ما قلناه.
(٦) في (ز): الغير.
(٧) ليست في (ز).
(٨) ليست في (ز).

وإن شَلَّ[1] لا يجب؛ لأنه لا يمكن استيفاء[2] القَوَد في هذه الصورة، وأمكن في الصورة الأولى.

(وإن ألزموا على ما ذكرنا)[3] إذا سرق رجلان نصابًا، وقالوا: لا يجب القطع عليهما، وإن كان كل واحد منهما سرق جميع النصاب مع غيره، ومع ذلك لم يجعل كالمنفرد.

والجواب عنه[4]:

إنه خارج على ما قلنا؛ لأن المقصود في مسألتنا: لكل واحد منهما وجود القطع لا تحصيل المقطوع، فأمكن أن نجعل الآخر معينًا له، ويجعل [٢٧٥/أ] هو بمنزلة المنفرد لحصول مقصوده، وأما في السرقة فالمقصود ليس نفس السرقة، بل المقصود تحصيل المسروق، وهذا بالعادات يُعرف ولم يحصل لكل واحد إلا نصف النصاب فلم يمكن أن يجعل الآخر معينًا له لعدم حصول مقصوده فيما جُعل سببًا لوجوب القطع.

وعلى أنا[5] ادعينا هذا في الطرف؛ لأنا وجدنا أصلًا مجتمعًا[6] عليه وهو النفس، ولم نجد معنى أقوى من هذا في النفس فألحقنا به الطرف، وأما

---

(١) شَلَّ: يقال شَلّت يده: إذا فسدت عروقها فبطلت حركتها، ورجل أشل وامرأة شلاّء. المصباح مادة (شلّت).

(٢) في (ز): إيجاب.

(٣) في (ز) العبارة هكذا: وأُلزموا على ما ذكرنا ما...

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): أنا إنما.

(٦) في (ز): مجمعًا.

في السرقة فالقطع فيها حق الله تعالى، وهو باب آخر فلم نجد له أصلًا مجمعًا عليه نلحقه به في هذا المعنى فرجعنا إلى الحقيقة، وفي الحقيقة كل واحد سارق بعض النصاب.

۞ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد، وكل اليد لا يقطع ببعض اليد.

قالوا: والدليل على أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد: أن قطع بعض اليد متصوَّر، وكُلّ ما يتصور من الواحد مباشرة بعضه فإذا باشره اثنان يكون كل واحد منهما فاعلًا لبعضه.

والدليل عليه: سائر الحَسيات من حمل الخشبة، وتخريق الثوب، وغيره، وفي الحكميات لو اشترى اثنان عبدًا يكون كل واحد منهما مشتريًا نصفه، لا كلّه.

يبيِّنه: أنه فَعَلَ القطع مع غيره، فكيف يكون فاعلًا بنفسه جميعه؟

قالوا: وليس كالنفس؛ لأن كل واحد من الجماعة فاعل جميع القتل؛ لأن وجود بعض القتل لا يتصور، وما لا يتبعَّض فالبعض منه كلٌّ، بدليل الطلاق.

وربما يقولون: ما لا يتبعّض إذا بُعِّض انعدم.

يبينه: أن حدّ القتل هو جرح يعقبه[1] زهوق الروح، وقد وُجد من كل

(١) في (ز): يتعقبه.

واحد هذا المعنى، فصار كل واحد منهما فاعلًا قتلًا كاملًا. ويدل عليه: أنه يجب على كل واحد كفارة كاملة، وليس ذلك إلا لوجود قتل كامل منه، (فإن ببعض)[1] القتل لا تجب كل الكفارة، ولهذا لو حلف جماعة أن[2] لا يقتُلوا فاشتركوا في القتل حنثوا[3] بخلاف القطع.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن القتل جرح يتعقبه زهوق الروح به، وفي هذه الصورة انزهقت الروح بمجموع الجراحات؛ لأن مقادير الآلام لا يمكن الوقوف عليها، والجرح علة القتل بواسطة الآلام، فتُرِك اعتبار مقادير الآلام، واعتبر وجود جرح يتعقبه زهوق الروح، وجُعل بهذا قاتلًا، ولهذا[4] سُوِي بين الجراحة الواحدة توجد من كل واحد، والجراحات الكثيرة توجد من آخر.

وتعلقوا من حيث الشبه على هذا الأصل بقولهم: إن اليد الواحدة لا تماثل الأيدي، فالأيدي لا تماثل اليد الواحدة؛ لأن هذا الثاني من ضرورة الأول، وإذا ثبت الأول ثبت ما هو من ضرورته.

وربما قالوا: قتل النفس بمنزلة قتل العَالَم، والقصاص إحياء العَالَم، بدليل نص الكتاب، فالمماثلة وُجدت سواء قتل الجماعةُ واحدًا، أو الواحدُ قتلَ الجماعة، وهذا في الطرف لا يوجد؛ لأنا إنما صرنا إلى هذا بالنص، والنص في النفس لا في الطرف، ولا يجوز أن يلحق بهذا في هذا المعنى؛

(١) في (ز): لأن بعض.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): لحنثوا.
(٤) ليست في (ز).

لأن حرمة الطرف دون حرمة النفس.

وقالوا أيضًا: زيادة العدد أعظم من زيادة الوصف، فإذا كانت الزيادة من حيث الوصف في الطرف تمنع وجوب القَوَد في[(١)] الصحيحة، و[(٢)] الشلاء، وكاملة الأصابع، و[(٣)] الناقصة، فلأن يمنع الزيادة من حيث العدد أولى، هذا مجموع كلامهم في المسألة.

وزعم بعضهم أن وجوب القصاص على الجماعة بقتل الواحد على خلاف القياس، بل هو بأثر عمر[(٤)] - رضي الله عنه - فتُرِكَ للأثر، والمخصوص من القياس لا يُقاس عليه غيره، وليس في معناها حرمةً حتى يلحق بها.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إن كل واحد قاطع بعض اليد.

قلنا: لا، بل قاطع جميع اليد مع غيره.

(فإن قالوا)[(٥)]: فَعَلَه مع غيره، بدليل[(٦)] أنه فعل بعض القطع.

قلنا: قد جُعل من حيث الحكم كأنه منفرد، بدليل ما بيّنا، ثم فصل

---

(١) في (ز): وذلك في.
(٢) في (ز): مع.
(٣) في (ز): مع.
(٤) رواه البخاري في صحيحه ١٢/٢٢٧ مع الفتح، كتاب الديات، باب إذا أصاب قوم من رجل، والبيهقي في سننه ٨/٤١، وعبد الرزاق في مصنفه ٩/٤٧٥.
(٥) في (ز): قولهم بأن.
(٦) في (ز): دليل.

النفس داخل على هذا الكلام.

وقولهم: إن القتل لا يتبعّض.

قلنا: هذا مسلم، على معنى أنه لا يتصور وجود بعض القتل، غير أنه يتصوّر وجود القتل من جماعة واشتراكهم فيه، فإذا اجتمعوا عليه فالموجود قتل واحد، ولا يتعرض لتبعيضه وتقسيطه[1]، بل نقول: هذا قتل واحد وُجد من جماعة كعتقٍ من جماعة، ورهنٍ من جماعة، يقال: هو عتق واحد، ورهن واحد، ولا يتعرض لتبعيضه وتقسيمه.

وأظهر من هذا: لو جرح واحدٌ واحدًا عشر جراحات وقَتَلَ[2]، لا يُقسم القتل على الجراحات، ولا يقال: وُجد منه عشر قتلات، ولهذا لا يجب إلا كفارة واحدة، ولكن [٢٧٥/ب] يقال: هو قتل واحد بعشر جراحات، ولا يتعرض لتقسيط القتل وتوزيعه، كذلك هاهنا.

يبينه: أنهم فروا من شيء، ووقعوا فيما هو أعظم منه؛ لأنهم فروا من القول بتبعيض القتل، ووقعوا في تعدد[3] الفعل الواحد، والقتل فعل واحد حسي، ولا يتصور تعدده، وإذا وجد من واحد على الكمال لم يتصور وجوده من آخر.

فإن قالوا: أليس أنكم فعلتم هكذا[4]؟

---

(١) في (ز): وتقسيمه.

(٢) في (ز): فمات.

(٣) في (ز): تعديد.

(٤) مثل هذا.

قلنا: ادّعينا هذا من طريق الحكم والتقدير، وقلنا: الموجود من حيث الحسّ قتل واحد، ولكن جعلنا كل واحد كالمنفرد بهذا القتل الواحد حكمًا وتقديرًا لما بينا، أما أنتم ادّعيتم من حيث الحسّ وهو محال.

وأيضًا فإن للحكميات من فسحة المحال ما ليس للحسيات، ولأنا ادّعينا هذا من طريق الحكم لفائدة إلحاق الطرف بالنفس، وأنتم ادّعيتم محسوسًا (وهو)[1] لا يعقل.

ثم نقول: أجمعنا على أن شريك الخاطئ سَقَطَ[2] عنه القَوَد، ولو جعل كل واحد منهما قاتلًا على الكمال لم يسقط، ولا يدخل على ما ادّعيناه؛ لأنا نجعل كأن كل واحد انفرد بجميع الفعل[3] الموجود من الجماعة، ويصير كأنه جرح جراحتين: إحداهما: خطأ، والأخرى: عمد، وسنذكر تمام هذا في مسألة شريك الأب بمشيئة الله تعالى.

فإن قالوا: إن القتل واحد في حق المقتول؛ لأن المقتول واحد، ويتعدد[4] في حق القاتلين لتعددهم، وتعدد أفعالهم.

قلنا: إذا كان واحدًا في حق المقتول، فمن ضرورته: أن يكون واحدًا في حق القاتلين، والتعدد الذي قالوا في الأفعال قد أجبنا عنه.

وخرج[5] الكفارة على ما ذكرنا[6]؛ ....

(١) في (ز): (و).
(٢) في (ز): يسقط.
(٣) في (ز): القتل.
(٤) في (ز): متعدد.
(٥) في (ز): وخرجت.
(٦) في (ز): ما ذكرناه.

لأنا (جعلنا كأن)[1] كل واحد منفرد[2] بالقتل، فلهذا أوجبنا على كل واحد كفارة.

وهذا الطريق أولى من قول مَنْ قال: إنا نجعل الجماعة إذا قتلوا واحدًا بمنزلة الواحد إذا قتل الواحد؛ لأن هذا التقدير يدخل عليه فصل تعدد الكفارة، ولا يدخل على ما ذكرناه أولًا.

ومسألة اليمين هي على أصولهم، (ونحن)[3] لا نفرق بين النفس والطرف، والحد الذي قالوا[4] للقتل[5] حد ينفردون به، وعندنا: القتل جرح تنزهق[6] به الروح، وفي مسألتنا انزهق[7] الروح بفعل جماعتهم، لا بفعل أحدهم.

وقولهم: إن مقادير الآلام لا تعرف.

قلنا: إن كان هذا لا يعرف، فيعرف أن القتل حصل بالكل.

وأما قولهم: إن اليد الواحدة لا تماثل الأيدي، فالأيدي لا تماثل اليد الواحدة.

قلنا: عندنا في الموضع الذي تماثل الأيدي اليد الواحدة، فاليد الواحدة

---

(١) في (ز): نجعل.
(٢) في (ز): منفردًا.
(٣) في (ز): فأما نحن.
(٤) في (ز): قالوه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): تزهق.
(٧) في (ز): تزهق.

تماثل الأيدي، وذلك في الجماعة قطعوا يدًا واحدة، وفي الموضع الذي لا تماثل اليد الواحدة الأيدي، فالأيدي لا تماثل اليدُ الواحدة، وذلك في الواحد يقطع أيدي جماعة.

فإن قالوا: ما الفرق بين الصورتيْن من حيث المعنى؟

قلنا: أما الواحد إذا قطع أيدي جماعة اعتبرنا المحسوس؛ لأنه لم يقم دليل يصرفنا عنه، وأما الجماعة إذا قطعوا يدًا واحدة جعلنا كأن كل واحد بمنزلة المنفرد، وكأنه ليس معه غيره بالدليل الذي قدّمناه، وإذا جعلنا هكذا فكأنا أثبتنا المماثلة بين اليد[1] الواحدة واليد الواحدة، لا بين الأيدي واليد الواحدة، فخرج من هذا الوجه على ما قلنا[2].

وأما قولهم: إن قتل الواحد بمنزلة قتل العَالَم بنصّ الكتاب.

قلنا: هو مذكور في الكتاب بطريق التغليظ على الجاني، وهو في حقّ الإثم لا غير.

وأما[3] الزيادة من حيث الوصف قلنا: القصاص في مقابلة الفعل، ولا يتصور زيادة الصفة التي قالوها من حيث الفعل، إنما هي زيادة صفة في محل الفعل، ثم نقول: زيادة الصفة موجودة في الصورة التي قالوها، وزيادة العدد غير موجودة في مسألتنا إذا قدّرنا على ما بينّا.

يبينه: أن في تلك المسألة قَطَعَ يدًا ذات أربع أصابع أو شَلَّاء، فكيف

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): ما قلناه.

(٣) في (ز) العبارة هكذا: «وأما قولهم الزيادة من حيث الوصف تمنع».

يُقطع منه يد صحيحة أو كاملة؟ وههنا قَطَعَ كلُّ واحد منهم يدًا كاملة مع غيره، فلم يفوت منه ما لم يفت على المجني عليه، وهنا[1] لو قطعنا لفوّتنا على الجاني ما لم يفُت على المجني عليه.

وأما قولهم: إن قتل الجماعة بالواحد مخصوص من القياس.

قلنا: إذا اعتبرتم بمجرد الأثر المرويّ عن عمر، فقولوا: إن الجماعة يقتلون بالواحد، ولا يُقتَل الواحد بالجماعة رجوعًا إلى أصل القياس، وعلى أن المعنى إذا اتجه لا يُعطل ولا يترك، والله أعلم.



※ (**مَسْأَلَة**):

الواحد لا يُقتَل بالجماعة عندنا[2][3].

وعندهم: يُقتَل، ويكتفى به[4].

واعلم أنا إذا عرفنا المسألة الأولى يسهل الكلام [٢٧٦/أ] علينا في هذه المسألة.

---

(١) في (ز): وهناك.

(٢) في (ز): الواحد إذا قتل جماعةً لا يقتل بهم عندنا.

(٣) عند الشافعية تفصيل، فيقولون: «إذا قتلهم مرتبًا قتل بالأول وإذا قتلهم معًا، مثل أن يهدم عليهم جدارًا ونحوه، فبالقرعة وللباقين الديات».
المنهاج مع المغني ٢٢/٤، روضة الطالبين ٢١٨/٩، النكت للشيرازي، ورقة ٣٥٦/أ، كتاب الجنايات من التعليقة ص٢٩٠، التهذيب ٢٨/٧.

(٤) الأسرار، كتاب الديات ص١٥١، المبسوط ١٢٧/٢٦، اللباب ١٥٠/٣، رد المحتار ٥٥٧/٦.




ونقول[١]: أجمعنا على أن اليد الواحدة لا تقطع بالأيدي، (فكذلك النفس الواحدة وجب أن لا تقتل بالأنفس)[٢]؛ وهذا لأن المماثلة معتبرة في القصاص، ولا مماثلة بين النفس الواحدة وبين الأنفس الكثيرة، ولا بين القتل الواحد والقتلات المتعددة.

يبينه: أن الواحد إذا قتل جماعة فالموجود منه قتلات، فإذا[٣] اجتمعوا وقتلوه فالموجود فيه قتل واحد، والقصاص ضمان حق[٤] الآدمي، والواحد لا يفي بالعدد في الضمانات، دليله: سائر الضمانات.

۞ أمّا[٥] حجّتهم:

احتجوا بجانب الجماعة إذا قتلوا واحدًا، وقالوا: الجماعة مثل الواحد، (فيكون الواحد)[٦] مثل الجماعة؛ لأنه[٧] لا يتصور أن يكون الشيء مثل الشيء، ولا يكون الثاني (مثل الأول)[٨].

وأما كلامهم من حيث المعنى هو ما قالوه في المسألة الأولى: إن العشرة إذا قتلوا واحدًا فالموجود عشر قتلات، فكذلك الواحد إذا قتل عشرة، وجاء أولياء القتلى[٩] فقتلوه فقد استوفوا من هذا المحل عشر قتلات، وإذا استوفوا

---

(١) في (ز): فنقول.
(٢) في (ز) العبارة هكذا: فالنفس الواحدة لا تقتل بالأنفس اكتفاءً.
(٣) في (ز): وإذا.
(٤) في (ز): لحق.
(٥) في (ز): وأما.
(٦) في (ز): فالواحد.
(٧) في (ز): فإنه.
(٨) في (ز): مثلا له.
(٩) في (ز): المقتولين.

حقوقهم على الكمال والتمام لم يبق شيء ليُستوفى من بعد، وهذا لأن الحقائق لا تتبدل بالجواز وعدم الجواز والحق والتعدي.

❁ **الجواب**[1]:

من أصحابنا مَنْ قال: إن الجماعة إذا قتلوا واحداً إنما وجب القصاص عليهم بأثر عمر أو[2] بالإجماع، ولا[3] يقاس عليه غيره، وسؤالهم على هذا أنه لو كان لهذا المعنى لم تقطع الأيدي باليد الواحدة فَلِمَا قستم الأيدي على الأنفس؟ دلّ أن وجوب القصاص على الجماعة منقاس معنوي.

ومن أصحابنا مَنْ قال: إن الجماعة إذا قتلوا واحداً فالواجب عليهم قتل واحد متقسط[4] على رؤوسهم، ثم إذا لم يمكن استيفاؤه إلا باستيفاء جميع النفس ذهب ما في النفس مؤونة للقدر الواجب، وهو كالسراية في القطع قصاصاً على أصلنا وسرقة (بالإجماع)[5]، وكالثوب يُشترى بعضه ويقبض كله.

وهذا الجواب يحكي عن الحليمي[6]، وهو ضعيف[7]؛ لأنه إذا لم

(١) في (ز): والجواب.
(٢) في (ز): و.
(٣) في (ز): فلا.
(٤) في (ز): فقط.
(٥) في (ز): على أصولهم.
(٦) الحليمي: الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم أبو عبد الله الحليمي ت٤٠٣هـ، شيخ الشافعية بماوراء النهر، وأَنْظَرُهم بعد أستاذيه أبي بكر القفال وأبي بكر الأدوني، تولى القضاء في بلاد خراسان، ومن مصنفاته: المنهاج في شعب الإيمان. ينظر: طبقات السبكي ٤/٣٣٣ ـ ٣٤٣، وذيل طبقات الشافعية للنووي ص ٧٤٢، وينظر جوابه في طبقات السبكي ٤/٣٣٦ ـ ٣٣٧.
(٧) طبقات السبكي ٤/٣٣٧ ـ ٣٣٨.

يصل إلى الواجب إلا باستيفاء ما ليس بواجب مباشرة، فأدنى ما فيه أن يصير شبهة في سقوط القَوَد، وقد أسقط الشرع القصاص بأقل من هذا؛ فإن مَنْ قطع من نصف الساعد لم يجب القَوَد للاحتراز عن الزيادة المتوهمة، فكيف يُطلَق الزيادة المتحققة؟

وفي مسألة السراية: لم يباشر استيفاء ما ليس من حقه، فلا يشبه مسألتنا.

وفي مسألة شراء بعض الثوب: القبض فيما لم يشتره غير مستقر بل البائع يستردّ منه الثوب لحقه ويتهأيآن في الإمساك والانتفاع.

والجواب المعتمد: أن الجماعة إذا قتلوا واحدًا جعلنا كل واحد كالمنفرد بالدليل الذي قدّمنا(١).

ولأنا إذا لم نجعل هكذا أدّى إلى فتح باب العدوان، وإلى تعطيل سبب القَوَد عن القَوَد، وهذا المعنى لا يوجد في الواحد إذا قتل الجماعة فرجعنا إلى القاعدة الكلية، وهو أن الواحد لا يماثل العدد.

فإن قالوا: إن صيانة الدم وإن وجب ولكن بشرط المماثلة، أو يجب صيانة الدم ولكن الظلم حرام، والزيادة على المثل ظلم.

قلنا: إذا قدّرنا على الوجه الذي قدّمنا ذهب الظلم، وتحققت المماثلة من حيث الحكم، وإذا جاءت المماثلة حُكمًا أُعرض عن الزيادة حِسًّا؛ لأن العبرة بالحكمي لا بالحسِّي، وإذا دُلّ على اعتبار شيء وجب الإعراض عن المحسوس، والله أعلم.

---

(١) في (ز): قدمناه.

※ (مَسْأَلة):

القتل بالمثقّل يوجب القَوَد عندنا، وهو قول عامة أهل العلم[١].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: لا يوجب[٢].

وكذلك عندنا إذا ضرب بالسوط[٣]، وَوَالَى بين الضربات حتى هَلَكَ المضروب[٤].

وعندهم: لا يجب[٥].

❖ لنا:

حديث أنس: «أن يهوديًّا رضخ[٦] رأس جارية عليها أوضاح[٧]، فأُخذ اليهودي فاعترف بذلك، فأمر رسول الله ﷺ أن يُرْضَخ رأسه بين حجرين»[٨].

والخبر صحيح، وهو النص في الباب.

وأما الخبر الذي يروون أن النبي ﵇ قال: «ألا إن قتيل خطأ العمد

(١) الحاوي ١٧٦/١٥، النكت للشيرازي ورقة ٢٥٤/ب، كتاب الجنايات من الشامل ص١٩٣، البيان ٣٣٤/١١، المغني ٤٤٧/١١.

(٢) المبسوط ١٢٢/٢٦، مختصر الطحاوي ص٢٣٢، اللباب ١٤٢/٣، رؤوس المسائل ص٤٥٦.

(٣) في (ز): بالسوط الصغير.

(٤) في (ز) زيادة: يجب القَوَد عندنا.

(٥) رد المحتار ٥١٣/٦.

(٦) رضخ الحصى: كَمَنَعَ وضرب كسرها. القاموس مادة (رضخ) ٢٦٩/١.

(٧) أوضاح: جمع وَضَح وهي حُلمي من الفضة، فتح الباري ١٩٩/١٢.

(٨) رواه البخاري في صحيحه ٢٠٠/١٢ مع الفتح، كتاب الديات، باب إذا قتل بحجر أو عصا.

قتيل السوط والعصا، فيه[١] مائة من الإبل»[٢].

(فالخبر ضعيف في الإسناد)[٣]، أرسله عقبة[٤] بن أوس مرة، فقال: رجل من أصحاب النبي عليه السلام[٥]، وأسنده مرة فقال: عبدالله بن عمرو[٦].

على أنه محمول على العصا الصغيرة بدليل أنه [٢٧٦/ب] قرنه بالسوط.

وقولهم: إنه أثبت خطأ العمد لمعنى يعود إلى الآلة.

قلنا: هو كذلك عندنا؛ لأن العصا الصغيرة والسوط في الوضع للتأديب، فإذا استعمل بقدر ما يؤدّب به وهلك الإنسان كان خطأ عمدًا باعتبار الآلة.

والذي يروون أن النبي ﷺ قال: «كل شيء خطأ إلاّ السيف، وفي كل خطأ أرش»[٧] مداره على جابر الجعفي، وهو كذاب[٨].

وأما الذي يروون أن النبي عليه السلام قال: «لا قَوَد إلا بحديدة»[٩]، وفي

(١) ليست في (ز).

(٢) رواه أبو داود في سننه ٤/٦٨٢، ٧١١ مع المعالم، والدارقطني في سننه ٣/١٠٤ ـ ١٠٥، قال الشوكاني في النيل ٧/١٦٧، قال ابن القطان: هو صحيح لا يضره الاختلاف.

(٣) في (ز): والخبر ضعيف الإسناد.

(٤) في الأصل عمرو بن أوس، وفي (ز): محمود بن أوس، والتصويب من سنن أبي داود ٤/٦٨٢، ٧١١.

(٥) رواه مرسلًا الدارقطني في سننه ٣/١٠٤ ـ ١٠٥.

(٦) رواه الدارقطني بهذا الإسناد. ينظر: السنن ٣/١٠٤، وأبو داود في سننه مع المعالم ٤/٦٨٣.

(٧) رواه الدارقطني في سننه ٣/١٠٦ ـ ١٠٧.

(٨) جابر بن يزيد بن الحارث الجعفي أبو عبد الله الكوفي ضعيف، رافضي، من الخامسة مات سنة ١٢٧هـ، وروى له الترمذي وأبو داود وابن ماجه. ينظر: التقريب ص٥٣.

(٩) رواه الدارقطني في سننه ٣/٨٧.

رواية: «لا قَوَد إلا بالسيف»[1]، فاللفظ الأول رواه معلى بن هلال[2]، والثاني رواه أبو معاذ سليمان بن أرقم[3] وكلاهما متروكان، ذكره الدارقطني في كتاب السنن الذي لقبه بالديباج[4].

وأما الكلام من حيث المعنى فاعلم أن عندنا هذا القتل عمد محض، وعندهم خطأ عمد، فنقول:

سبب وجوب القَوَد قد وُجد فوجب القَوَد، ونعني بالسبب قتل هو عمد محض.

أما القتل فدليل وجوده الحسّ والعيان؛ ولأن القتل فعل لا تبقى معه الحياة وقد وُجد.

وأما دليلنا في العمديّة فلأن هذا فعل قاتل لا محالة، والقصد إلى الفعل القاتل قصد إلى القتل كما أن القصد إلى البيع الموجب للملك قصد إلى التمليك، وكما إذا قتل بالسيف فإنه عمد محض وليس محض العمدية إلا ما بيَّنا.

يبيِّنه: أن الفعل ما صار قتلًا بكونه جارحًا للبشرة بل إنما صار قتلًا؛ لأنه مفوّت للحياة؛ لأن القتل إهلاك الشخص، والإهلاك بتفويت الحياة؛

(١) رواه الدارقطني في سننه ٣/٨٧.

(٢) معلى بن هلال بن سويد أبو عبد الله الطحان الكوفي اتفق النقاد على تكذيبه، من الثامنة، روى له ابن ماجه. ينظر: التقريب ص ٣٤٣.

(٣) أبو معاذ سليمان بن أرقم البصري، ضعيف، من السابعة، روى له أبو داود والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب ص١٣٢.

(٤) ينظر: السنن للدارقطني ٣/٨٧ ـ ٨٨.

لأنه لا وجود للحيوان إلا بالحياة، فإذا ذهبت الحياة هلك الحيوان.

وإن شئت قلت: المثقل آلة غير مُلبِّثة بمنزلة السيف، فكل ما يجب بالقتل بالسيف يجب بالقتل بهذه الآلة؛ لأن جميع هذه الآلات في الإهلاك واحد، وكذلك السوط إذا وَالَى بين الضربات به فهو فعل مُهَلِك لا محالة فصار كالسيف أيضًا.

❁ **أمّا حجّتهم:**

ذهبوا إلى أنه وُجد في هذا القتل شبهة، وليس بعمد محض، وذلك لأن آلة القتل هو الحديد بدليل قوله تعالى: ﴿ وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ ﴾[1]، والمراد من البأس هاهنا هو القتال، ومعنى (أنزلنا) أي: خَلَقْنا.

فقد أخبر أنه تعالى خلق الحديد للقتال، فهو آلة القتل، والعادة تدل على هذا؛ فإن في العادات يُقصد القتل بالحديد، وأما الخشب ليس بآلة القتل بل هو للبناء[2] والإحراق، وإنما يقتل به نادرًا.

فإذا عُرف هذا فقد وجد القتل هاهنا بغير آلة القتل، فأخذ شبهة العدم، لعدم الآلة؛ لأنّ كلّ فعل بآلته.

وذكروا من وجه آخر في بيان الشبهة، وهو: أن الجرح معدوم، والقتل بتخريب البنية، فإذا فقد الجرح فالبنية خربت باطنًا لا ظاهرًا، فصار القتل موجودًا من وجهٍ ومعدومًا من وجهٍ.

---

(١) سورة الحديد، آية (٢٥).

(٢) في (ز): للبناء والإيقاد.

يبيِّنه: أن القتل عقوبة متناهية، فلا يجب إلا بجناية متناهية، وإنما تتناهى الجناية بالقتل إذا خربت البنية ظاهرًا وباطنًا، فأما إذا سلمت من وجه وخربت من وجه فلا تتناهى الجناية ولا تبلغ كمالها.

قالوا: وكان ينبغي أن يُعتبر خراب جميع البنية في الظاهر إلا أنه لا يمكن اعتباره؛ لأن بتخريب بعضه ينزهق الروح، ولا يبقى إلى أن يخرب جميعه، فلو اعتبرنا أسقطنا القَوَد.

وربما عبّروا عما قلنا، وقالوا: إنه يشبه الميت حتف أنفه، فهذه الشبهة[1] في الصورة أوجبت شبهة؛ لأن[2] الشيء بصورته ومعناه، فإن وجد القتل معنىً فقد انعدم صورةً.

قالوا: وليس يلزم شُبهيّة القتل بغير حق القتل بحق؛ لأن تلك الشَّبهيّة لا يمكن اعتبارها، فإنه يؤدي إلى إسقاط القَوَد أصلًا ورأسًا، وفي مسألتنا إذا اعتبرنا الشبهة التي بينّاها لا يؤدي إلى إسقاط القَوَد أصلًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال؛ لأنه يؤدي إلى الإهدار[3]؛ لأن[4] كل مَنْ أراد أن يقتل يقتل بهذه الآلة فلا يجب القَوَد؛ لأن هذا نادر، وانظروا إلى العادات لتعرفوا أن هذا نادِر، فإسقاط القتل بآلة يندر القتل بها لا يؤدي إلى إسقاط أصل القصاص.

---

(١) في (ز): الشبه.

(٢) في (ز): فإن.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): أن.

واستدلوا من حيث الحكم بالسوط والعصا الصغيرة، قالوا: ولو وجب القصاص بالقتل بهذه الآلة لم يختلف صغيرها وكبيرها كالحديد.

يبينه: وهو[1] أنه لو قطع أنملة أو غَرَزَ بإبرة فهلك يجب القَوَد، والفعل القاتل لا محالة معدوم، ولكن لوجود الجرح وجب القَوَد فإذا نظر الشرع إلى [٢٧٧/أ] الجرح في هذه الصورة، وجعل القصد موجودًا، وإن عُدِمَ حقيقة جاز أن يُنظر إلى عدم الجرح في مسألتنا ويلغى القصد، وإن وُجِدَ حقيقةً وهذا الإلزام مشكل.

واستدلّوا في الفصل الثاني، وهو أنه إذا وَالَى بين الضربات، قالوا: لو قتل بضربة لم يجب القَوَد بالإجماع، والضربة الواحدة علة تامة في القتل، ألا ترى أنها تَقتل، ويبنى عليه حكم القتل، فإذا وَالَى فقد اجتمعت علل كثيرة للقتل، وآحادها[2] غير موجبة فمجموعها لم يوجب القتل؛ لأن انضمام ما لا يوجب إلى ما لا يوجب لا يفيد الإيجاب.

وليس كالإقرار الواحد في الزنا، والشاهد الواحد، كذلك الأيمان في القسامة؛ لأن الأسباب في هذه المسائل حجج، ولا تَتِمّ الحجج إلا بمجموع هذه الأشياء فلا يعتبر في الحجة التامة بعضُ الحجة، أما هاهنا كل ضربة علة تامة فقد اجتمعت علل كثيرة على ما بينّا.

وليس[3] يلزم إذا شرب أقداحًا فَسَكِرَ حيث يجب الحد، وإن كان

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): وأحدها.

(٣) في (ز): ولا.

بآحادها لا يجب؛ لأن بآحادها يجب إذا سَكِرَ، وإنما لا يجب به[١] إذا لم يُسكِر، وفي مسألتنا القتل وإن وجد بالضربة الواحدة لم[٢] يجب القَوَد، وهو موجود في الضربات، وفي تلك المسألة غاية ما في الباب إن القدح الواحد موجود في الأقداح لكن هو موجب عند السكر.

وربما يقولون: توهم القتل بالضربة الأولى موجود مع وجود توالي الضربات، وهذا التوهم يوجب شبهة، ودليل وجود التوهم تصور حصول القتل بالضربة الواحدة.

الجواب:

قد بيّنّا: أن القتل[٣] عمد محض فلا نعيد.

وأما قولهم: قد وُجدت شبهة في هذا القتل.

قلنا: هذا طمع في غير مطمع، وطلب في غير مطلب.

أما[٤] قولهم: إن آلة القتل هو الحديد خاصة.

قلنا: كل ما يحصل به القتل فهو آلة القتل[٥].

وقولهم: إنه[٦] خُلق لكذا[٧]، والحديد خُلق لكذا.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): لا.
(٣) في (ز): الفعل.
(٤) في (ز): وأما.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): غير الحديد لكذا.

قلنا: كل ما يُحصّل بالحديد فالحديد مخلوق له، وكل ما يُحصّل (بالخشبة فالخشبة مخلوقة)[1] له، وهذا لأن هذه الأشياء خلقت لمنافع العباد، فكل[2] منفعة للعبد يُحصّل بها فهو مخلوق لذلك، فلم يبق إلا التعلق بالعادة، وهي غير معتبرة بالإجماع بدليل السكين الصغيرة، والمِسلّة[3]، والنار[4]، وعلى عكسه حجر المنجنيق[5] يُعَدّ للقتل عادة، وعندكم: لا يجب به القَوَد[6].

ثم الجواب المعتمد: أنه[7] وإن لم يكن للقتل عادة أو خِلقة، لكن يتصور به القتل، فإذا قُتل به تحقق من كل وجه ولم يأخذ شبهة العدم؛ لأن فقد العادة باستعمال هذه الآلة للقتل لا يعارض تأتي القتل بها[8]، ووجوده؛ لأن العادات إنما تعتبر قبل وجود الشيء؛ إذ هي حكاية ما عليه الناس، وأنهم لم[9] يقتلوا بهذه الآلة، فأما إذا وُجد الشيء وتحقق من الإنسان ذهب[10] في مقابلته حكاية ما عليه الناس تركًا أو[11] فعلًا.

وأما الفصل الثاني الذي ذكروه.

---

(١) في (ز): بالخشب فالخشب مخلوق.
(٢) في (ز): وكل.
(٣) المسلة: مِخْيَطٌ ضخم، القاموس مادة (السَّل).
(٤) في (ز): والكاز.
(٥) المنجنيق: آلة ترمى بها الحجارة، القاموس مادة (المنجنيق).
(٦) في (ز): القتل.
(٧) في (ز): هو أنه.
(٨) في (ز): به.
(٩) في (ز): لا.
(١٠) في (ز): ذهبت.
(١١) في (ز): و.

قلنا: ليس في كل ما قالوه (إلا أنه)[1] عدم الجرح، والفعل ما صار قتلًا من حيث الجرح، إنما صار قتلًا من حيث تفويت الحياة على ما بيّنّا.

قولهم: إن البنية خربت باطنًا لا ظاهرًا.

قلنا: هذه البنية هالكة ظاهرًا وباطنًا، وتلك السلامة التي تُشاهد في الظاهر ليست بسلامة معنى، وهذا كالميت فإنه هالك من كل وجه، وإن كان باقيًا صورة، كذلك هذا الشخص مُهلَك من كل وجه وإن كان سليمًا صورة.

على أنا لا نقول: إن القتل بتخريب البنية بل هو بتفويت الحياة، ثم قد توجد تخريب البنية الظاهرة، وقد لا توجد، والقتل في الموضعين موجود لوجود تفويت الحياة، وعلى أن الشبهية[2] صورة لا تعارض الحقائق، وإذا لم تعارضها كيف توقع شبهة فيها[3]؟ وقد ذكرنا في مسائل كثيرة أن الصورة لا عبرة بها.

وأما إذا قتل بالسوط أو العصا الصغيرة.

قلنا: ذلك الفعل في الوضع للتأديب، فإذا قتل به أخذ جهة الخطأ باعتبار الوضع؛ لأنه قصد الأدب فأصاب به[4] النفس، وصار من هذا الوجه كَمَنْ قَصَدَ شيئًا بالرمي فأصاب غيره، وفي مسألتنا هذا الفعل في الوضع للقتل فتمحّض عمدًا.

---

(١) في (ز): أكبر من.

(٢) في (ز): الشبهة.

(٣) ليست في (ز).

(٤) ليست في (ز).

وأما[1] إذا قطع أنملة[2] أو غرز[3] بإبرة نمنع[4] فصل الغرز بالإبرة على أحد الوجهين، والجواب على التسليم: أن قطع الأنملة مسلم بلا إشكال.

قلنا: أولًا هو دليل عليكم؛ لأنه إذا وجب القَوَد في هذه الصورة ولم يقصد فعلًا قاتلًا لا محالة لكن اتفق القتل، فإذا وجب بالاتفاق من غير قصد [٢٧٧/ب] (فعند تحقيق)[5] القصد بما يقصد به أولى أن يجب، وهذا حسن جدًا[6].

ثم الجواب: أن الإعراض عن القصد محال؛ لأن العمديّة ركن في القصاص، وركن الشيء كيف يُترك؟ وأما في تلك المسألة وجب القَوَد لمعنى هو[7] أن الشرع أقام الجرح مقام حقيقة القصد، وإنما أقامه مقامه؛ لأنه طريق القتل.

ألا ترى أنه لا يباح التأديب (بمثل هذا)[8]، ولا يطلق الشرع قط إلا عند خوف الهلاك ليدفَعَ أخوفَ طريقى الهلاك بما هو دونه في الخوف، فإذًا ليس في هذه المسألة ما يدل على أن الشرع أعرض عن القصد، لكن أوجده[9]

---

(١) في (ز): وأما.
(٢) في (ز): أُنملته.
(٣) في (ز): غرزه.
(٤) في (ز): منعوا.
(٥) في (ز): فتحقيق.
(٦) في (ز): جَدالًا.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): بمسَلَّة.
(٩) في (ز): أوجبه.

اعتبارًا لسلوك طريقه ليرتدع الناس عن سلوك طريقه بالكلية، فإذا وجب القَوَد بقصد اعتباري لسلوك طريقه فكيف يُلغى حقيقة القصد المقترن بفعل[١] شاهد على (القتل، و)[٢] القصد دالٌ عليه، وأما الطريقة الثالثة[٣] قد بينّا أنه عمد محض.

وقولهم: إن الضربة الواحدة إذا قتلت لم توجب القَوَد.

قد أجبنا[٤]، وهذا؛ لأنه إذا اقتصر على الضربة والضربتين فهو خطأ عمد[٥]، وإذا[٦] وَالَى بين الضربات فالكل عمدٌ محضٌ، فصار الحرف أن الضربة الواحدة لا توجب القَوَد[٧] أن لو اقتصر عليها، فإذا لم يقتصر[٨] فالفعل من أوله إلى آخره علة واحدة في جهة العمدية المحضة، ولم يعتبر فيها الآحاد؛ لأنه إنما كان الواحد[٩] غير موجب بشرط الاقتصار عليها فإذا لم يقتصر فات الشرط فسقط حكمه أصلًا.

وهو كمسألة الأقداح يباح عنده القدح الواحد لاستمراء الطعام بشرط الاقتصار عليه، فإذا لم يقتصر عليه انقلب الجميع شيئًا آخر، وصار حرامًا

(١) في (ز): بقصدٍ.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): قلنا قد.
(٤) في (ز) زيادة: عنه.
(٥) في (ز): محض.
(٦) في (ز): فإذا.
(٧) في (ز): القتل.
(٨) في (ز): لم يقتصر عليه.
(٩) في (ز): الواحدة.

(موجبًا للحدّ)[1] من أوله إلى آخره.

وقولهم: إنه لو سَكِرَ من الأول وجب الحد.

قلنا: ولو تحققت العمديّة المحضة بالضربة الأولى بأن ضرب في المقتل يجب القَوَد أيضًا والعمديّة هاهنا كالسكر[2].

وقولهم: إنه يُتوهم زهوق الروح[3] من الضربة الأولى، وعلى هذا اعتمدوا وفرّقوا بهذا بين هذه المسألة وبين مسألة الأقداح.

وهذا أيضًا ليس بشيء؛ لأن انزهاق الروح بالضربة الواحدة نادر، والموالاة علة ظاهرة في القتل، والنوادر لا تعتبر في الظواهر؛ لأن الأصل في النوادر العدم وإنما يعتبر عند تحقق وجودها، فأما أن يعتبر وجودها في الأسباب الظاهرة فمحال، وعلى أنا بينّا أن الضربة الواحدة لا توجب القَوَد بشرط الاقتصار عليها وإذا لم يقتصر[4] سقط حكمه أصلًا.

فقد انزاحت الشبهة في هذه المسألة، وبقى الكلام الذي ذكرناه كالشمس البازغة ظهورًا ووضوحًا.

وقد تعلق كثير من الأصحاب في هذه المسألة بالرجم، قالوا: لما ورد الشرع بالقتل[5] بالحجارة دلّ أنه عمد محض؛ إذ لا يتصور ورود الشرع

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): بالسكرية.
(٣) في (ز): روحه.
(٤) في (ز): لم يقتصر عليه.
(٥) في (ز): بالرجم.

بالخطأ[(١)]، وهم يقولون على هذا: لو اتفق القتل بحجر واحد وقع موقع الحدّ، وهو خطأ عمدٍ بالإجماع، ثم قالوا: هو عمد شرعي، وكلامنا في الحسّي والاعتماد على ما سبق، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

موجب القتل العمد أحد شيئين، إمّا القَوَد، وإمّا الدِّية، يختار[(٢)] أيّهما شاء على أحد قولي الشافعي ـ رضي الله عنه ـ وهو المختار عندنا[(٣)].

وعند أبي حنيفة ـ رحمة الله عليه ـ: الواجب هو القَوَد لا غير[(٤)].

❊ لنا:

حديث أبي[(٥)] شريح الكعبي وغيره أن النبي ﷺ قال: «مَنْ قُتل له قتيل فأهله بين خيرتين أن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا العقل»[(٦)]، والخبر ثابت،

---

(١) في (ز): بالتعمد بالخطأ.

(٢) في (ز): يختار الولي.

(٣) الحاوي ٩٧/١٢، النكت للشيرازي ورقة ٢٥٥/ب، كتاب الجنايات من الشامل ص ٣١٥ ـ ٣١٦، النووي على مسلم ١٢٩/٩، كتاب الجنايات التعليقة ص ٣٩٩، التهذيب ٧٤/٧، حلية العلماء ٥٠٥/١٠.

(٤) الأسرار، كتاب الديات ص ٨٢، مختصر الطحاوي ص ٢٣٢، المبسوط ٦٠/٢٦، اللباب ١٤١/٣، حاشية ابن عابدين ٥٢٩/٦، رؤوس المسائل ص ٤٥٨، وهو القول الآخر للشافعي، النووي على مسلم ١٢٩/٩.

(٥) أبو شريح الخزاعي الكعبي اسمه: خويلد بن عمرو أو عكسه، صحابي نزل المدينة، مات سنة ٦٨هـ على الصحيح، ينظر: التقريب ص٤١٠.

(٦) رواه أبو داود في سننه ٦٤٤/٤ مع المعالم، كتاب الديات، وأحمد في مسنده ٣٨٤/٦.

وهو نصٌّ.

والمعنى هو: أنّ الآدمي عين معصومة مضمونة، فتكون مضمونة بالمال، دليله: البهائم.

وتحقيقه: أن الضمان الواجب لا يُعدل به عن مناهج الضمانات، ومسالكها ومناهج الضمانات إيجاب الضمان على وجه يقوم الضمان مقام المضمون.

ألا ترى في سائر الضمانات يكون الأمر كذلك، وهذا؛ لأن الضمان يجب لحق الآدمي، وحق الآدمي أن يجب(١) له ما يقوم مقام التالف، فيحصل به جبره، ويُقضي بهذا الجبر حقه، ويصير التالف كأنه قائم حكمًا لقيام بدله وعوضه، وهذه الإقامة في مسألتنا إنما تتصور إذا أوجبنا الدية، فأما بالقصاص فلا.

فإن قالوا: فلِمَ وجب القصاص؟

قلنا(٢): يقال(٣) لهم:

أولًا: إذا وجب القصاص وليس على مناهج الضمانات فلأن يجب المال وهو على وفقها أولى.

وأصله في الصحيحين: صحيح البخاري ٢٠٥/١٢ مع الفتح، كتاب الديات، باب من قتل له قتيل... وصحيح مسلم ١٣٠/٩ مع النووي، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها.

(١) في (ز): يوجب.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): فيقال.

ثم نقول: القصاص وجب توقيفًا، ولا يدل على وجوبه قياس، ولا معقول [٢٧٨/أ].

فإن قيل: إذا وجب هذا البدل وجب أن يسقط البدل القياسي؛ لأن التوقيف مقدم(١) على القياس.

قلنا: القصاص بدل توقيفي، والدية بدل قياسي؛ لأنه(٢) على قياس سائر الضمانات على ما قدّمنا، وإنما أوجب الشارع القصاص لنوع نظرٍ لمن له الحق، فإن التشفى مقصود، فجُعل القصاص بدلًا بقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾(٣) لمعنى التشفى.

والنظر على هذا الوجه لا يوجب سقوط البدل القياسي؛ لأنه لو أسقط ذلك البدل أصلًا لعاد النظر ضررًا، والمنفعة التي توجد في الدية لا توجد في القصاص، والتشفي الذي يوجد في القصاص لا يوجد في الدية، وكلُّ واحد بدل فخيّره الشارع بينهما، فإن أراد المنفعة أخذ الدية، وسلك سبيل سائر الضمانات، وإن أراد التشفي عَدَلَ إلى القصاص واستوفاه وشفى نفسه، فلو عُيِّن القصاص للإيجاب لأضرّ به؛ لأنه ربما يريد المنفعة لا التشفي.

فلهذا قلنا: إن إيجاب القصاص لا يوجب سقوط الدية إلا أنه مع هذا لم يُجمع بينهما في الاستيفاء؛ لأن كل واحد منهما بدل النفس، هذا من طريق التوقيف، والآخر من طرق القياس إلا أن المقصود مختلف،

---

(١) في (ز): يقدم.

(٢) في (ز): فإنه.

(٣) سورة المائدة، آية (٤٥).

والمضمون متى استوفى له بدل لا يستوفى له بدل آخر ؛ لأنه جور على القاتل ، والظالم يُنتصف منه ، ولا يُقصد بالحيف والجور فاختلاف المقصود أوجب التخيير ، واتحاد المضمون يمنع(١) الجمع.

وعلى هذه الطريقة سقط(٢) سؤال إلزام الجمع ، وهو سؤال مشكل على طريقة المشايخ ، وما أُجيب عنه بجواب شافٍ؛ لأن نهاية ما قالوه: إن القصاص يقابل الإتلاف فبقي متلَف بلا إتلاف.

وليس بشيء؛ لأنّ القصاص يقابل الإتلاف فيما يعود إلى العقوبة والزجر عن الفعل ، أما فيما يعود إلى ضمان الجبر فهو قائم(٣).

وعلى الطريقة التي قلناها نسلّم أن القصاص في مقابلة المقتول ، وهو قائم مقامه إلا أنه بالنص غير جارٍ على قياس مناهج الأبدال ، وإنما جعلنا كذلك بقوله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾(٤) ، وهذا نص في أن القصاص بإزاء النفس.

وقد تعلق عامة الأصحاب في هذه المسألة بالخطأ.

وحرف الإشكال عليهم في الخطأ: أن الدية واجبة بالقتل لا بصفة الخطأ ؛ لأن صفة الخطأ مسقطة لا موجبة ، والقتل موجود في العمد وزيادة ، والاعتماد على ما سبق.

---

(١) في (ز): منع.

(٢) في (ز): يسقط.

(٣) في (ز): قائم مقامه.

(٤) سورة المائدة ، آية (٤٥).

❁ أمّا[1] حجّتهم:

قالوا: القصاص هو المثل؛ لأن إتلاف نفس بإتلاف نفس، والمقصود واحد، وهو الانتقام من العدو، فصار القتل مثل القتل صورة ومعنى.

وأما المال فليس بمثل النفس لا صورة ولا معنى، أما الصورة معلومة، و[2]المعنى؛ لأنه خُلق لغير ما خُلق له الآدمي: فإن الآدمي خُلق ليَعبُدَ الله تعالى، ويكون خليفة[3] في أرضه ويتحمل أمانته، والمال خُلِقَ لإقامة مصالحه، ولا يتصور مماثلة مع هذا الاختلاف.

وإذا سقطت المماثلة بين الآدمي والمال سقط وجوب المال؛ لأن ضمان الإتلاف بالمثل نصًا ومعقولًا.

أما النص قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾[4].

وأما المعقول فلأن[5] النَّصَفَة بإيجاب المثل، فإن الزيادة حيف، والنقصان بخس، وكلاهما محرم، والمثل عدل، وبه قامت السموات والأرض، وهو الميزان الموضوع (بين العباد)[6] في الدنيا والآخرة.

(١) في (ز): وأما.
(٢) في (ز): وأما.
(٣) في (ز): خليفته.
(٤) سورة البقرة، آية (١٩٤).
(٥) في (ز): فإن.
(٦) في (ز): للعباد.

والذي قلتم من اعتبار هذا الضمان بسائر الضمانات لا يصح[1]؛ لأن الذي ادّعيتم إنما هو في الأموال، والكلام في إتلاف ما ليس بمال، والمعنى يِفرّق بينهما وذلك لأن المقصود الأصلي في الأموال تحصيلها عند العقلاء، وأما الإتلاف ليس بمقصود، وفعله سَفَهٌ وجنايةٌ على العقل، فبُني ضمانُها على المقصود الأصلي، وهو إيجاب شيء يقوم مقام التالف ليحصل له كما كان الأول حاصلًا له، فأما الآدمي فالمقصود فيه نفس الإتلاف، فبُني ضمانه على أصل المقصود فيه، وهو الإتلاف بإزاء الإتلاف، وسقط منهج ضمان الأموال في هذا الضمان ولهذا لم يتعين المال مثل ما يتعين في سائر الإتلافات.

قالوا: وعلى أن ما قلتم من إقامة الضمان مقام التالف[2] فهو في الشرع واجب بمعنى[3] الجبر، ولا يتصور الجبر بالمال أصلًا؛ لأن الفائت حياة، والحياة كيف يتصور جبر التالف منها بالمال؟ وجميع أموال الدنيا لا تساوي حياة ساعة.

وعلى أن القصاص [٢٧٨/ب] حياة، وقد وقع جبر الحياة بما هو حياة عَقِلْنا معناها أو لم نعقل؛ لأن علينا أن نعتقد أنه حياة لأجل ورود التنزيل به، وإذا اعتقدنا ذلك تحقق به الجبر. ولأن به دوامَ الحياة للأولياء عادة ودوام الحياة حياة.

وأما الخطأ فإنما وجب المالُ فيه، وعُدِلَ به إلى مسلك سائر

(١) في (ز): ليس بصحيح.
(٢) في (ز): الاتلاف.
(٣) في (ز): لمعنىً.

الضمانات؛ لأن إيجاب القصاص متعذر؛ لأنه بدل عقوبة، والعقوبة لا يمكن إيجابها في الخطأ؛ لأن الخاطئ معذور، والمعذور لا يعاقب، فدليل الإيجاب عارضه دليل مُسقِط، فسقط.

ولأنا إنما أوجبنا القصاص في العمد؛ لأن المقصود فيه الإتلاف، فبُني ضمانه على هذا المقصود على ما سبق، وفي الخطأ حصل الإتلاف من غير قصدٍ إليه فلم يمكن إيجاب إتلاف مقصود (لا بإتلاف)[1] مقصود فعُدل إلى طريق آخر في الضمان فأوجبت الدية لئلا يهدَر الدم وهو نظير الفدية في الصوم على ما عُرف.

قالوا: وإذا ثبت[2] في الخطأ فكل ما كان في معنى الخطأ أُلحقَ به، فعلى هذا إذا عفا أحد الشريكين تعذر استيفاء القَوَد منه لمعنى في القاتل، وهو أنه حيا بَعضه بالعفو فوجب عليه المال لمن لم يعف، كالخاطئ لما تعذّر استيفاء القَوَد منه لمعنى فيه، وهو الخطأ، وجب عليه المال.

وكذلك إذا كانت يد القاطع ناقصة بأصبع تعذر الوصول إلى المثل لمعنى في الجاني فوجب المال إلا أنه مع هذا له استيفاء القَوَد؛ لأنه رضي بدون حقه، ولا يكون له استيفاء القَوَد في مسألة الخطأ، والعفو لما بينا من قبل.

قالوا: فأما إذا مات القاتل إنما لم يجب شيء؛ لأن استيفاء القَوَد وإن تعذر لمعنى في القاتل إلا أن محل الحق قد فات، والأصل أن محل الحق إذا فات سقط الحق كالجاني إذا هَلَكَ، وليس كاليد إذا قُطعت قصاصًا، وفيها

(١) في (ز): لاتلاف غير.
(٢) في (ز): ثبت هذا.

قصاص آخر ؛ لأن محل الحق كالسالم له حكمًا حيث قضى به حقًّا عليه فهو وإن فات حقيقة لم يفُت حكمًا ، وليس كما لو قُتِل رجمًا أو قصاصًا وعليه قصاص ؛ لأن المحل إنما يُجعل كالسالم له إذا كان هو في نفسه قائمًا ، فأما إذا كان هالكًا فلا يتصور.

واعترضوا على فصل النظر الذي قلناه ، وقالوا: الشرع قد نَظر له حيث جعل له الاعتياض عن القصاص ، والمصالحة عنه على مال ، والظاهر من القاتل هو بذل المال لتسلم له الحياة ، وإذا لم يبذل فهو نادر ، والنادر لا يلتَفت إليه.

۞ الجواب:

قد قال الأصحاب: إن القصاص ليس بمثل ؛ لأن الحيوان لا مثل له ، والفعل لا يماثل الفعل إلا بعد وجود المماثلة في المحل ، والمماثلة في المحل لا توجد إلا بعد التساوي في الصفات ، والمماثلة في الصفات في الحيوان لا توجد خصوصًا في بني آدم كيف وبالإجماع الصفات ساقطة ؟

ويدل عليه: أن القصاص بالقصاص لا يصير قصاصًا ، وذلك بأن وجب للقاتل عليه قَوَد بأن قتل كلُّ واحد ابن صاحبه ، ولو تماثلا لتقصاصا كالكرّ[1] والكرّ ، والدراهم والدراهم ، وهم يقولون على هذا: إن المقاصّة إنما تثبت في المكيلات والموزونات لعدم الفائدة في الاستيفاء ، فسقط لهذا ، وفي مسألة القصاص من الجانبين يفيد الاستيفاء ، وهو حصول التشفي ، وأيضًا المحل

---

(١) الكرّ: كيل معروف وهو ستون قفيزًا ، والقفيز: ثمانية مكاكيك ، والمكوك صاع ونصف. ينظر: المصباح مادة (الكر).

هناك مملوك وهاهنا لم يُعرف الملك إلا بالاستيفاء حقيقة، فكيف يسقط؟

قالوا: وأما المماثلة في المحل وصفاته على ما قلتم فليس بصحيح؛ لأن الشرع قد أعرض عن الصفات، وجعل النفس مِثْلًا للنفس من حيث البدلية، بدليل قوله تعالى: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾[1]، وهو مِثْل قولهم الكرّ بالكرّ والدرهم بالدرهم، والثمن بالمبيع.

فالجواب الصحيح[2]: أن القصاص مثل، لكن الضمان به على خلاف قياس الضمانات على ما بينّا؛ لأن إيجاب المثل مجعولًا لمن له الحق، أصل الضمانات، أما إتلاف مِثْل بإتلاف مِثْل لا يعرف في الضمانات وهو يوجب إتلاف المثل، وهو باطل.

فإن قالوا: أليس وَجَبَ؟

قلنا: وجوبه بالنص على خلاف القياس على ما سبق، فلم[3] يسقط به ما هو الضمان الأصلي في الباب.

أما قولهم: إن هذا الأصل في الأموال.

قلنا: لا، بل في الكل؛ لأنه وجب لحق الآدمي، وحق الآدمي في التوفير عليه لا بالإتلاف.

وقولهم: إن المقصود في المال تحصيله، والمقصود في غير المال عين الإتلاف.

---

(١) سورة المائدة، آية (٤٥).

(٢) في (ز): الصحيح عنه.

(٣) في (ز): ولم.

قلنا: مقصود الجاني لا يُعتَبر، إنما يعتبر حقّ المجني عليه؛ لأن الضمان وَجَبَ لحقه، فيُعتبر جانبه، وحقه [٢٧٩/أ] الأصلي ما يحصل به بدلُ التالف لا ما يتلَف على الجاني، وعلى أنه إذا أتلف المال فلم يقصد التحصيل إنما قصد عين الإتلاف فيجب أن يقابل بالإتلاف.

وقولهم: إنه سفهٌ وجنايةٌ على العقل.

قلنا: وكذلك إذا أخذ غير حقه، (وأتلف غير)[1] المال، والأوّل كافٍ.

وقولهم: بأن المال لا يجبرُ النفس.

قلنا: قد يجبر بقدر الإمكان؛ لأنه إيجاب معصوم متقوّم بإزاء معصوم متقوّم، وإقامته مقامه مثل الدراهم، والحيوانُ هو[2] إيجابُ مال متقوّم بإزاء مالٍ متقوّم.

وقد بقي كثير من الاختلاف، والذي قالوا: إن القصاص حياة، فهو حياة على طريق المجاز لما فيه من معنى الردع والزجر، وأما الذي قصدناه من إقامة شيء مقام التالف فهو فائت قطعًا.

وما قالوه على فصل النظر: إنه قد وجد بتمكين ولي القتيل من المصالحة.

قلنا: لا يتم النظر إلا بأن يستبد باختيار المال فإن صاحبه ربما لا يوافقه، وعلى أنا إذا قرّرنا على الوجه الذي قلناه يسهل الخروج على أمثال هذا، والله أعلم بالصواب.

---

(١) في (ز): أو أتلف عين المال.

(٢) في (ز): وهو.

※ (مَسْأَلَة):

المكرَه على القتل يجب عليه القَوَد بقتله على أصح القولين عندنا[١].

وعندهم: لا يجب[٢].

❖ لنا:

إن قتله بعد الإكراه بمنزلة قتله قبل الإكراه في المعنى الذي يجب به القَوَد، ثم قتلُه قبل الإكراه يوجب عليه القَوَد، كذلك بعده.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن القَوَد إنما يجب لحرمة دم المقتول وحظريته، والإكراه لم يعمل في هذا أصلًا[٣]؛ لأن حرمة دمه وحظرية[٤] (قتله باقٍ)[٥] بعد[٦] الإكراه (على ما كان من قبل)[٧]، وإن منع مانع فالدليل[٨] عليه يَسهل، وذلك لأن الآدميّ معصوم الدّم، وليس يبطل هذه العصمة إلا بجناية من قِبَله[٩] إما بكفر أو بزنى أو بقتل، وقد نص على هذا صاحبُ الشرع بقوله عليه السلام: «**لا يحلّ دم امرئ مسلم إلّا بإحدى ثلاث**»[١٠].

---

(١) المهذب ٢/٧١ ـ ٧٢، النكت للشيرازي ورقة ٢٥٥/أ، الحاوي ١٥/٢٢٠، كتاب الجنايات من الشامل ص٢٦٨، التهذيب ٧/٦٤، فتح العزيز ١٠/١٣٩.

(٢) مختصر الطحاوي ص ٤٠٩، المبسوط ٢٤/٧٢، اللباب ٤/١١٢، رؤوس المسائل ص٤٥٠.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): وحظريته.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): قبل.

(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٨) في (ز): والدليل.

(٩) في (ز): جهته.

(١٠) سبق تخريجه ١/٣٧٥.

فإكراه المكرِه أو خوف المكرَه (على روحه)[١] لا يجوز أن يكون مبيحًا دمه؛ لأنه لا جناية من قبله فبقي على العصمة، ودمه على الحرمة بنص الرسول ﷺ، وإذا كان كذلك جاء منه وجوب القَوَد على المكرَه لحقه كما قبل الإكراه.

❁ **أمّا[٢] حجّتهم:**

قالوا: المكرَه ليس بقاتل إنما القاتل المكرِه؛ لأن الفعل انتقل إليه، وهو الفاعل للقتل حقيقةً بآلة يد المكرَه، والآلات لا يتوجّه عليها قصاص.

واستدلوا على انتقال الفعل بفصل الإكراه على إتلاف المال، فإنه جُعل المكرِه هو المتلِف بدليل وجوب الضمان عليه، إما قرارًا وإما ابتداءً، ولا يتصور وجود فعل الإتلاف من شخص ثم وجوب الضمان على غيره.

وإن قلتم: وجب الضمانُ على المكرَه، ثم يرجع إلى المكرِه بحمله على الفعل مثل ما يرجع المغرور على الغارّ.

فهذا فاسد؛ لأن[٣] حملَه على الإتلاف ليس إلا أمرُه إياه بإتلافه بوعيد وتخويف، وأمره في مال غيره[٤] باطل، فلا يجوز أن يكون سببًا للضمان، وليس كالمغرور؛ لأن عندنا إنما يرجع لما فيه من التزام الضمان بعقد ضمان، ومثل هذا لا يوجد في مسألتنا.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): وأما.
(٣) في (ز): فإن.
(٤) في (ز): الغير.

واستدلوا بوجوب القَوَد على المكرِه، فقالوا: القصاص جزاء القتل، فلا يجب جزاء القتل إلا بالقتل؛ لأنه بُني على المماثلة، فلولا أنه قاتل (لم يجب)[1] عليه القَوَد.

ولا يجوز أن يقال: أن المكرِه مسبب[2] فيجب عليه القَوَد؛ لأن التسبب ليس إلا فعل ما يُتَوصّل به إلى القتل، وما يتوصّل به إلى القتل لا يقابل بالقتل؛ لأنه دونه فلا يقابل بما هو فوقه.

ولأن علة[3] القتل هو القتل وسبب العلة لا يكون علة، وشبهوا بحافر البئر والممسك وغيرهما.

وأما من حيث الحقيقة فالدليل على أن الفعل انتقل إلى المكرِه: أن المكرَه محمول على الفعل، وَمَنْ حَمَلَ غيرَه على الفعل فهو الفاعل كما لو حمل السيفَ على القطع، والنارَ على الإحراق، وهذا؛ لأنه استعملَه في هذا الفعل، فصار آلةً للمستعمل، ويصير كأنه أخذ يده وفيها السيف فضرب بها على غيره وقتله[4].

وأما اختيار المكرَه في الوسط فيفسُد، ويصير كأنه لا اختيار له؛ لأنه فَعَلَ ما فَعَلَ بحمل غيره عليه واستعماله له، فصار فعله في الصورة واختياره نتيجة إكراهه، فبطلت الإضافة إليه، وأضيفَ إلى المكرِه بواسطة فعل المكرَه.

---

(١) في (ز): لما وجب.
(٢) في (ز): متسبب.
(٣) في (ز): علة سبب.
(٤) في (ز): فقتله.

ونظيره إذا ألقى حيةً على إنسان فلسعته وقتلته، أو ألقى إنسانًا بين يدي السبع[1] فافترسه، أو عَصَرَ ذَنَب سِنّور حتى خَرَّقَ ثوبًا، أو خَدَشَ إنسانًا، فإنه يُجعَل هو الفاعل [٢٧٩/ب] حتى يجب القَوَد عليه والضمان، وإن كان لهذه الحيوانات اختيارًا أو[2] فعلًا، ولكن نُسبت هذه الأفعال إلى المستعمِل لها بالطريق الذي بينّا، كذلك هاهنا.

قالوا: وأما فصل[3] الإثم والحظرية فعندنا إنما يُجعَل المكرَه آلة المكرِه[4] فيما يصلح أن يكون آلة له[5]، وذلك في الجناية على المحل، فإنه يتصور استعماله له في هذه الجناية بأن يأخذ على يده وفيها السيف، ويضرب بها إنسانًا، (والقصاص متعلق بالجناية على المحل، ألا ترى أنه يجب حقًا للآدمي.

وأما الإثم فإنما هو بالجناية)[6] على الدِّين، وفي هذا المعنى لا يتصور أن يكون المكرَه آلة للمكرِه؛ لأن جنايته على دينه بفعل غيره غير معقول.

وإذا ثبت اختلاف المحل صار الفعل بمنزلة فعلين، فانتقل أحدهما، و(لم ينتقل الثاني)[7]، وهو كالحلال إذا أكرَه محرمًا على قتل صيد مملوك لإنسان ينتقل الفعل إلى المكرِه في ضمان الصيد الذي يجب للآدمي، ولم

---

(١) في (ز): سبع.
(٢) في (ز): و.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): للمكره.
(٥) في (ز): له فيه.
(٦) ما بين القوسين ساقط في (ز).
(٧) في (ز): بقى الآخر.

ينتقل في جزاء الإحرام.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إن الفعل انتقل إلى المكرِه.

قلنا: الفعل إذا صَدَرَ من ذي اختيار صحيح، ولم يوجد استنابة شرعية لم يتصور انتقاله إلى غيره، وكذلك هذا الكلام على قولهم: إن الفاعل هو المكرِه، والمكرَه آلة له فإن مَنْ له اختيار صحيح، ويجوز أن يكون فاعلًا بنفسه لا يصير آلة للغير[1]، وكذلك الكلام على الاستعمال الذي قالوه، فإنه مستعمل اختياره، فكيف يكون العمل لغيره؟.

وأما فصل إتلاف المال، وهو يُعَدُّ مشكلًا على هذا الفصل.

قلنا: الضمان وجب على المكرَه إلا أنه يرجع بالضمان على المكرِه؛ لأنه أدخله في هذا الضمان، بحمله على الإتلاف بالسيف، وهو حمل مؤثر في الفعل شرعًا، بدليل أنه يباح للمكرَه إتلاف هذا المال، فلأجل وجود حقيقة الإتلاف من المكرَه أوجبنا عليه الضمان، ولأجل وجود الحمل على الفعل من المكرِه أثبتنا حق الرجوع عليه.

وقولهم: إن هذا أمر باطل.

قلنا: كيف؟ وقد أثّر شرعًا في الإباحة فيؤثر في التزام الضمان، وأما في مسألتنا لم يؤثر الإكراه أصلًا في الفعل فصار قتله بعد الإكراه كقتله[2]

(١) في (ز): لغيره.

(٢) في (ز): وقتله.

قبل الإكراه[١].

ويجوز أن يقال بأن[٢] في الإكراه على إتلاف المال انتقل الفعل تحقيقًا على المكرَه المظلوم، وفي مسألتنا المكرَه ظالم، فلا يستحق التخفيف، ورجعنا إلى الحقيقة، وقصرنا الفعل على فاعله، ولم نحكم بانتقاله إلى أحد، وعلى هذا نقول: يجب الضمان على المكرَه على إتلاف المال ابتداءً، وهذا الجواب لا بأس به، والاعتماد على الأول.

وأما وجوب القصاص على المكرِه فليس لأنه قاتل ولكن بالتسبيب أوجبنا عليه، وعندنا التسبيب إذا قَوِي واستحكم يكون موجبًا للقَوَد، واستحكامه بأن يقصد قتل شخص معين بسبب يؤدي[٣] إلى قتله غالبًا.

وقولهم: إن التسبيب دون المباشرة.

قلنا: إذا قوي بالطريق الذي بينّاه التحق بالمباشرة لئلاّ يُتّخَذ سببًا لإتلاف النفوس، وذريعة (إلى سفك)[٤] الدماء وأن بقي تفاوت فلا يبالي به، وهذا كما أن المكرِه يجب عليه القَوَد عندكم بفعله القتل، ومعلوم أنه وُجد في هذا القتل فعل فاعل مختار مكلَّف أثم به، فلا يماثل هذا الفعلُ فِعَلَ القتلِ عن قصدٍ واختيارٍ لا يتوسطه فعل فاعل آخر، ومع ذلك عندهم قوبل به، ولم يبالِ بالتفاوت الذي يوجد، كذلك هاهنا.

وأما قولهم: إن المكرَه محمول على الفعل من جهة المكرِه، فيكون آلة له.

(١) في (ز) زيادة: سواء.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): مؤدي.
(٤) في (ز): لسفك.

قلنا: ولِمَ؟ بل يكون فاعلًا بحمل غيره إياه على الفعل، والذي يقطَع الشَّغَبَ بقاء الاختيار والتكليف.

وقولهم: إن اختيارَه فاسد، وفعله واختياره نتيجة إكراه غيره.

قلنا: دعوى فساد اختياره باطل[1]، بدليل بقاء التكليف، وبدليل أنه يتصور أن لا يقتَل ويصير إلى أن يُقتَل ويجعل روحه فداء غيره.

وأما فصل الحية والسَّبع فلا نقول: إنه هو الفاعل في هذه الصورة، بل وجب القَوَد بالتسبيب القوي لا بمباشرة، وقد بينّا أنه موجب للقصاص.

وأما مسألة حفر البئر والإمساك فهناك لم يوجد التسبيب القوي؛ لأن قوة التسبيب هاهنا بحمل غيره على القتل، ولم يُوجَد هناك حملٌ وإنما وُجد مجرد تمكين.

وكذلك في حفر البئر ضَعُف التسبيب؛ لأنه لم يُقصد به قتل معين يؤدي إلى قتله غالبًا، ولو وُجد مثل [٢٨٠/أ] هذا ربما نقول: نوجب[2] القَوَد.

وأما عذرهم عن الإثم ففي غاية الضعف؛ لأن جنايته على دينه بقتل غيره، ولا يتصور فصل أحدهما عن الآخر بحال.

ولأن هذا المعنى يقتضي أن لا يجب القَوَد أصلًا على المكرَه؛ لأنه يكون انتقل الفعل إليه من وجه دون وجه، فيقتضي أن لا يجب القصاص، ويصير شبهة، وهذا الذي ذكرناه هو المعتمد في المسألة، وقد خرجنا عن

(١) في (ز): باطلة.

(٢) في (ز): يجب.

عهدة ما أوردوه من الإشكال.

وبعض أصحابنا ادّعى الشركة في هذه المسألة بين المكرِه والمكرَه في القتل، وهو ضعيف بمرة؛ لأن بإكراه أحدهما وقتل الآخر لا يتصوّر شركة في القتل.

ولأن الفعل واحد، فإذا صار به المكرَه قاتلًا لم يتصوّر أن يصير به المكرِه قاتلًا، والشركة منتفية قطعًا وليس كالرجلين يقتلان رجلًا؛ لأن هناك وُجِد فِعْلان في قتلٍ واحدٍ فصارا شريكين في القتل، وفي مسألتنا فعل واحد في القتل فلم يتصوّر الشركة.

واستدلّ بعض أصحابنا بإباحة قتل المكرِه والمكرَه للمكرَه على قتله، فدلّ أنهما جُعلا كشريكين، وهم يمنعون إباحة قتل المكرَه ولئن سلموا إذا وقع به الخلاص فليس يدل هذا على وجوب القصاص ووجود الشركة بدليل الممسك.

وأما فصل المخمصة (لم نورده؛ لأنهم ادّعوا انتقال الفعل من المكرَه إلى المكرِه بوجود الإكراه، وهذا لا يتصوّر في فصل المخمصة)[1]، ونحن مستغنون عن هذا الفصل.

وسائر المسائل التي أوردها الأصحاب من ذبح المجوسي بإكراه المسلم، وقتل الأجنبي بإكراه الأب، وقتل المجنون بإكراه العاقل منعوا هذه المسائل، وقالوا: نعتبر جانبَ المكرِه بكل حال، وكذلك إذا قال: لأقتلنك

(١) ما بين القوسين ساقط من (ز).

أو لتقتلن نفسَك منعوا في الصورة التي يتصور الإكراه فيها أن يكون مكرَها، وهو أن يقول: لأقطعنّك إربًا إربًا، أو لتحزنّ رقبتك، فالاعتماد على ما سبق. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

شهود القصاص إذا رجعوا، وقالوا: تعمدنا قتل المشهود عليه بشهادتنا وجب عليهم القَوَد عندنا[1].

وعندهم: لا يجب[2].

وهكذا الخلاف في ولي القتيل إذا قال: تعمّدتُ قتل المشهود عليه بغير حقّ[3].

❊ لنا:

إن الشهود «قَتَلَة»، فيجب عليهم القَوَد استدلالًا بالكتاب، أو قياسًا على سائر القاتلين.

ونعني بقولنا قتلة: أنهم قتلة حكمًا، والدليل على أنهم قَتَلة حكمًا: أنهم أهدروا دم المشهود عليه فأوجبوا قتله حقًا للمشهود له، وهذا إهلاك.

(١) النكت ورقة ٣٠٥/ب، التهذيب ٢٩٩/٨، روضة الطالبين ٢٩٧/١١، نهاية المحتاج ٣٢٨/٨، الحاوي ٢٣٦/١٣.

(٢) الأسرار، كتاب الديات ص ٢٨٩، مختصر الطحاوي ص ٣٥٠، المبسوط ١٨١/٢٦، اللباب ٧٥/٤، مختصر اختلاف العلماء ٣٦٣/٣، بدائع الصنائع ٤٦٣٠/١٠.

(٣) الأسرار، كتاب الديات ص٦١٤، المبسوط ١٨٢/٢٦.

ألا ترى أن الشهود على مال الغير للغير[1] مهلكون له حكمًا حتى إذا رجعوا يُضمّنون[2] لإهلاكهم المال على المشهود عليه.

يبيِّنه: أن دمه كان له، وقد جعلوه حقًا لغيره، فقد أتلفوا حقه في دمه فإذا أُتلف[3] حقّه في دمه، فكأنه أُتلف[4] دمه.

وأما الدليل الحكمي على أنهم قَتَلَة: أنه لو رجع الولي والشهود، فإن لولي المقتول أن يُضمّن الشهود إن شاء، وإن شاء ضَمّن الولي، وأيهما ضمّن لا يرجع على صاحبه، وهذا مسلم على قول أبي حنيفة رحمه الله، ولولا أنهم قَتَلَة لم يجز تضمينهم مع وجود القاتل حسًّا وحقيقةً (إن كان)[5] ينبغي إذا ضمنوا أن يرجعوا على الولي؛ لأن مَنْ لم يجعل الشهود قاتلين جعلهم مسببين[6]، والمسبب[7] لا يضمن مع وجود المباشر، ولئن ضمن بكون قرار الضمان على المباشر لقوة المباشرة، وضعف التسبيب؛ ولأن السبب موصل إلى العلة، والحكم للعلة لا للسبب الموصل إلى العلة.

وأما الكلام في جانب الولي فظاهر؛ لأنه قاتل حسًّا، وقد أقر بالتعمد والظلم فقد وجد سبب القَوَد فوجب القَوَد[8].

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): ضمنوا.
(٣) في (ز): تلف.
(٤) في (ز): تلف.
(٥) في (ز): وكان.
(٦) في (ز): متسببين.
(٧) في (ز): والمتسبب.
(٨) ليست في (ز).

۞ أمّا[1] حجّتهم:

قالوا: القصاص جزاء المباشرة للقتل، فمن لم يوجد منه مباشرة القتل لا يُجازي جزاء مباشرة القتل؛ لأن القصاص مبني على المماثلة على ما عرف، والشهود لم يوجد منهم مباشرة القتل، وإنما غاية ما في الباب أنهم قتلة حكمًا، والقتل الحكمي دون القتل الحسي؛ لأن كل (ما هو فائت)[2] في الحكم منعدم في الحقيقة والحسّ[3]، فلم يجز أن يقابل القتل الحكمي بالقتل الحسي؛ لأنه دونه[4].

قالوا[5]: وليس كالمكرِه؛ لأنه عندنا هو قاتل حسًا لا حكمًا؛ لأنه هو الفاعل وإنما[6] المكرَه آلة له، والفعل للمستعمل للآلة لا للآلة، وقد سبق هذا في المسألة الأولى، ولهذا المعنى لم يجب القَوَد على المكرَه، وأما في مسألتنا: [٢٨٠/ب] فالفعل في القتل[7] للولي؛ لأنه قتل باختياره من غيره أن حَمَلَه عليه أحد، وأيضًا قتل بجهة القصاص والقصاص له، فيكون القتل له فلم يتصور أن يكون الفاعل للقتل هم الشهود.

قالوا: ومَنْ قال من أصحابكم: إن القتل انتقل إلى الشهود فقد قال ذلك لا عن بصيرة؛ لأن الانتقال إنما يكون بحمل المباشر على الفعل، والشهود

(١) في (ز): وأما.
(٢) في الأصل: ثابت، والتصويب من (ز).
(٣) في (ز): والحكم.
(٤) في (ز): فوقه.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): للقتل.

ما حَملوا الولي على القتل، وإنما غاية ما في الباب أنهم مكَّنوه من القتل، والتمكين من القتل لا ينتقل الفعل إلى الممكِّن كالممسك، (ولهذا)[1] أوجبتم القَوَد على الولي مع الشهود، ولو كان الفعل انتقل (من الولي)[2] إلى الشهود لخلا جانب الولي عن القتل؛ لأنه لا يتصور أن ينتقل عنه ويبقى معه، ولو خلا لم يجب القَوَد على الولي.

قالوا: وكذلك لا يجوز أن يقال إن الشهود ألجؤُوا القاضي إلى القضاء؛ لأن هذا أيضًا ضعيف[3]، فإن القاضي يقضي باختياره بأمر الله تعالى لا بحمل الشهود إياه على ذلك، وعلى أن القاضي ليس بقاتل حتى ينتقل الفعل منه إلى الشهود، وإنما هو يقضي لا أنه يقتل فوجبه أن ينتقل القضاء لا القتل، ولئن كان القاضي قاتلًا فهو قتل حكمي، مثل قتل الشهود، وإذا كان القاضي قاتلًا حكمًا، والشهود قتلة حكمًا أيضًا، فكيف يتصور الانتقال، فدلّ أن مَنْ سَلَكَ هذه الطريقة فقد جازف في المقال، ولم يهتد إلى حقيقة المسألة، واعتذروا عن المال.

وقالوا: نسلم أن الشهود قَتَلَة حكمًا فلهذا وجبت الدية عليهم، ووجبت في مالهم لتعمدهم، وأما القصاص سقط بالطريق الذي قلنا[4].

وكذلك خرّجوا على هذا الأصل فصل إثبات الخيار لولي المقتول، وقالوا: الولي قاتل حسيًّا، والشهود قتلة حكمًا، فتخيَّر لوجود القتل من كل

(١) في (ز): ولهذا المعنى.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): بعيد.
(٤) في (ز): قلناه.

واحد منهما ، وإنما لم يرجع الشهود على الولي ؛ لأن القتل الحكمي وإن كان دون القتل الحسي إلا أنه من جنس غير جنس الحسي ، فإذا اختلف الجنس فقد ضمن كل واحد منهما بغير ما ضمن به الآخر ، والرجوع إنما يتصوّر إذا لم يختلف سبب[(١)] الضمان ، فأما إذا اختلف لم يتصوّر الرجوع ، هذا كلامهم في جانب الشهود.

أما في جانب الولي قالوا: قاتل بشبهة فلا يجب عليه القَوَد ، وزعموا أن الشبهة جاءت من قضاء القاضي ، والقضاء مبيح أخذ المشهود به ، وهو كَنَصٍّ من صاحب الشرع ، فإذا لم يُبح صار شبهة.

واستدلوا بمسألة نصّ عليها الشافعي ، وهي إذا رجع الشهود ، وقالوا: تعمّدنا ، ولكن لم نعلم أنه يُقتل بشهادتنا لم يجب عليهم القَوَد[(٢)].

قالوا: ولو كان القصاص يجب على الشهود لم يسقط بهذا القول ، كما لو رمى إلى إنسان أو جرحه ، وقال: تعمّدت ، ولكن لم أعلم أنه يموت برمي أو جرحي[(٣)].

وبعض أصحابهم ادّعى وجودَ الخطأ مع العمد في هذه المسألة ، وذلك إذا رجع الشهود وحدَهم ، ومعلوم أن القاضي مُخطٍ في القضاء ، والقتل تَمّ بهم فوجود الخطأ[(٤)] في القاضي وجب أن يصير شبهة ومانعًا من وجوب القَوَد على الشهود ، وَيصيرا كالخاطئ والعامد إذا اشتركا.

---

(١) في (ز): بسبب.
(٢) التهذيب ٣٤٢/٧.
(٣) في (ز): بجرجي.
(٤) في (ز): من.

❁ **الجواب:**

إن ما ادّعيناه قد صح بموافقتكم عليه، واعترافكم به، ودليلنا عليه كما سبق، وإذا ثبت قتل الشهود لابد من وجوب القَوَد.

وأما قولهم: إن القصاص جزاء القتل مباشرة.

قلنا: بل هو جزاء القتل سواء كان مباشرة أو حكمًا.

أما قولهم: إن القتل حكمًا دون القتل حسيًّا.

قلنا: إذا ثبت القتل حكمًا أُلحق بالقتل الحسي وبُني حكمُه عليه، لئلا يخلو القتل عن جزاء القتل، ولم يُبالَ بالتفاوت الذي يُوجد وجُعل كالعدم، وهذا كمسألة الإكراه فإنه لا تتحقق المماثلة بين قتل الإنسان غيرَه بيد غيره مع بقاء اختياره، وتوجُّه التكليف عليه من قبل الشرع بترك القتل وتأثيمه إذا قتل، وبين قتله بيد نفسه من غير أن يتوسّطه اختيار أحدٍ، أو[1] فعل مكلف، ومع ذلك عندكم وجب القَوَد على المكرِه، وأُلحق بالقاتل مباشرة، وإن وُجد تفاوت لم يُبالَ بذلك التفاوت لئلا يخلو القتل عن جزاء القتل، ولئلا يتخذ الإكراهُ الباطل[2] ذريعة لسفك الدماء فكذلك هاهنا ألحق القتل حكمًا بالقتل حسيًّا لما بيّنّا لئلا تتخذَ الشهادة الباطلة ذريعة (إلى سفك)[3] الدماء وصبّها.

وأما الذي ذكروه من بعدُ معترضين على قول مَنْ قال من أصحابنا أن الفعل منتقلٌ [٢٨١/أ] إلى الشهود وأنهم مُلجؤن فالاعتراض[4] قوي، ولسنا

---

(١) في (ز): و.

(٢) في (ز): بالباطل.

(٣) في (ز): لسقط.

(٤) في (ز): فاعتراض.

ندّعي ذلك، ومَنْ ادّعى ذلك فليس يتجه له عليه بذلك دليل معتمد، وإنما (المعتمد الذي قدمنا)[1].

واعلم أنا (لا ندْعى)[2] التسبيب (في هذه المسألة أيضًا؛ لأنه إذا أمكن إثبات القتل كيف ندعي التسبيب)[3]؟ وقد تمشت[4] بحمد الله تعالى.

ثم الذي يدل على أن القتل الحكمي مثل القتل الحسي في الشرع ما بيَّنّا أنه يتخيرُ ولي القتل بين تضمين الشهود وبين تضمين الولي المشهود له بالقتل، فلا يرجع كل واحد منهما على صاحبه، فدل[5] أنهما جُعلا سواء.

والذي قالوا[6] إن القتل حكمًا جنس غير جنس القتل حسيًّا فبعيد؛ لأن الثابت حكمًا هو الثابت حقيقة، فكيف يختلف الجنس؟

وأما الكلام في جانب الولي ودعواهم الشبهة فغير صحيح؛ لأن القصاص[7] باطل عند الولي، فقد اعترف بظلمه فبقي مجرد صورة القضاء، والصورة لا تصير شبهة، وقد عُرف هذا في مسائل كثيرة من أصلنا، وأنا لا نبالي بالصورة إذا لم يكن لها معنى، وأما هم يتمسَّكون بالصورة في دعوى الشبهات، وحكاية هذا الكلام مُغنية عن إطناب القول فيه، وعلى أنه يبطل

(١) في (ز): الصحيح من الطرق هو ما قدمناه.
(٢) في (ز): لم ندع.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): ثبت.
(٥) في (ز) زيادة: ذلك على.
(٦) في (ز): قالوه.
(٧) في (ز): القضاء.

بالشهود[١] على الزنا إذا رجع واحد منهم بعد رجم المشهود عليه يجب عليه الحد ولا يصير القضاء شبهة، وهذه المسألة في غاية الإشكال عليهم في هذا الفصل.

فإن قالوا: إن القضاء يبتني على الشهادة في تلك المسألة، والشهادة قد انفسخت بالرجوع، فانفسخ ما يبتني عليه ولم يبق شبهة؛ لأن المنفسخ بمنزلة المعدوم، وفي مسألتنا القضاء يبتني على الشهادة والشهود ثابتون على شهادتهم، وإنما الولي رجع.

قلنا: أيش[٢] قولكم إذا رجع الولي والشهود؟ وفي هذه الصورة لا يجب القصاص أيضًا عندكم على الولي وإن كان ما يبتني عليه القضاء قد انفسخ، وعلى أن برجوع الشهود لا ينفسخ القضاء بزنى المشهود عليه بدليل أنه لو قذفه إنسان آخر لا يجب عليه الحد وكذلك إذا قُذف هو ابتداء. فإن قالوا في حقه انفسخ، قلنا: وهاهنا في حق الولي لم يكن ولم يوجد؛ لأنه يعلم قطعًا أن وليَّه[٣] ما قُتل، فعلى هذا كيف يصير القضاء شبهة؟

وأما المسألة التي أوردوها من نص الشافعي فقد منعه[٤] بعض أصحابنا، وأَوّلَ قول الشافعي، وعلى أنه قاتل بالقول حكمًا فيجوز أن يصير هذا الظن شبهة؛ لأنه استند إلى أصل، ويصير كأنه لم يقصد القتل، وحصل القتل.

(١) في (ز): بشهود.
(٢) في (ز): ما.
(٣) في (ز): موليه.
(٤) في (ز): منعها.

وإنما قلنا: استند إلى أصل؛ لأن الشهادة ليست بقتل حسي فيجوز[١] أن[٢] يشتبه الأمر فيه، ويظن أنه ليس يُقتَل[٣]؛ لأن الحس دليل عليه[٤]، وأما الرمي والجرح فهو قتل من حيث الحس والعيان، فلم يستند ظنه إلى أصل حتى يصير شبهة.

وأما كلامهم الأخير قولهم: إن الخطأ دخل في هذا القتل، ويصير كالشريكين في القتل، أحدهما مخطئ والآخر عامد، فليس يصح هذا، لأنا جعلنا الشهود قتلة حكمًا وقد تفرّدوا بالشهادة، وجعلنا القاضي قاتلًا حكمًا وقد تفرّد بالقضاء ولم يشارك واحد منهما مخطئ، وعلى أن جنس الفعل إذا اختلف فشركة الخاطئ لا يمنع وجوب (القَوَد به)[٥] على العامد بدليل أنه إذا زُفت إلى إنسان غير امرأته وأحدُهما يعلم حققة الأمر، والآخر لا يعلم، وجب الحد على مَنْ يعلم، ولا يجب على مَنْ لا يعلم، وإن كان العامد شارك[٦] الخاطئ، ولكن لم تسقط العقوبة للمعنى الذي ذكرنا[٧]، كذلك هاهنا. والله أعلم بالصواب.



(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): إذ.
(٣) في (ز): بقاتل.
(٤) في (ز): له.
(٥) في (ز): العقوبة.
(٦) في (ز): شاركه.
(٧) في (ز): قلناه.

※ (مَسْأَلَة):

القصاص إذا كان بين الورثة وفيهم صغار وكبار لم يجز للكبار أن يتفردوا باستيفاء القَوَد عندنا[1].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: للكبير أن يتفرد باستيفاء القَوَد[2].

❊ لنا:

إن في استيفاء القصاص استيفاء حق الصغير من غير ولاية وهذا لا يجوز.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن القصاص بين الصغير والكبير، والمسألة في هذه الصورة.

يبينه: أن القصاص وجب للمقتول؛ لأنه ضمان نفسه فيكون له، ولأن الدية تكون له فكذلك القصاص يكون له، ولأنه لو عفا يصح عفوه بأن جُرح فعفا ثم مات، ولولا أن القصاص له لم يصح عفوه، ثم انتقل إلى الورثة إرثًا؛ لأنه لا سبب للنقل سوى الإرث، وإذا انتقل على طريق الإرث، اشترك في استحقاقه الصغير والكبير، فثبت أن القصاص ثابت للصغير، وهذا شيء يسلمونه، وإذا كان كذلك ثبت ما قلنا: إن استيفاء القصاص استيفاء [٢٨١/ب] حق الصغير من غير ولاية عليه، وهذا باطل إجماعًا.

---

(١) النكت للشيرازي ورقة ٢٥٦/ب، الحاوي ١٠٢/١٢، المهذب ١٨٤/٢، كتاب الجنايات من الشامل ص٣٢٧، كتاب الجنايات من التعليقة ص٤٢٠، التهذيب ٧٦/٧.

(٢) الأسرار، كتاب الديات ص ٢٤١، مختصر الطحاوي ص٢٣٩، المختلف بين أبي حنيفة وأصحابه ورقة ٣٤٠/أ، المبسوط ١٧٤/٢٦، مختصر اختلاف العلماء ١٣١/٥، رؤوس المسائل ص٤٦٢، بدائع الصنائع ٤٦٣٨/١٠.

والذي يؤيد هذا كلِّه فصل القصاص بين كبيرين، فإنه ليس لأحدهما أن يستوفي للمعنى الذي قلناه[1]، فكذلك إذا كان بين صغير وكبير.

۞ **أمّا[2] حجّتهم:**

ذهبوا إلى أن القصاص ثبت لكل واحد منهما على الكمال، فيصير الكبير مستوفيًا ما هو (حقه فجاز)[3] استيفاؤه، ثم إذا صح استيفاؤه لم يبق شيء آخر حتى يكون للصغير.

ونظيره ولاية النكاح، فإنها ثابتة لكل واحد منهما على الكمال، فإذا زوج أحدهما جاز، ولم يبق للآخر حق؛ لأن جميع الحق قد استوفاه صاحبه، وقد كان له ذلك، وكذلك في مسألتنا.

يبيِّنه: أن القصاص ليس هو إلا ولاية استيفاء القصاص من[4] محلٍ من غير أن يكون في المحل ملك فهو مثل ولاية النكاح سواء.

واستدلوا على أن القصاص ثابت لكل واحد منهما على الكمال: بكمال السبب في حقّ كل واحد منهما، ولعدم تبعيض الحق وتجزئته، وإذا كَمُلَ السبب ولم يتبعَّض الحق في نفسه صح[5] ثبوته لكل واحد منهما كاملًا.

يدل عليه: أنه كيف يثبت له بعض القصاص ولا بعض له؟ وإذا لم

---

(١) في (ز): بيناه.
(٢) في (ز): وأما.
(٣) في (ز): حق له فجاز له.
(٤) في (ز): في.
(٥) في (ز): وصح.

يثبت البعض ثبت الكل.

قالوا: وأما ثبوته للورثة بطريق الإرث أو يثبت ابتداءً فشيء لا يحتاج إليه في هذه المسألة، ولسنا ندعي أنه يثبت ابتداءً فَهَبْ[1] أنه يثبت بطريق الإرث لكن مع هذ ثبت لكل واحد كاملًا بالعلة التي قدمناها.

وقد قال بعضهم: إنه يثبت للورثة ابتداءً لا على طريق الإرث؛ لأن السبب يكمل بعد هلاكه، والإنسان هالك ولا يجوز أن يثبت له شيء ابتداءً بعد الهلاك؛ لأن الأهلية ارتفعت، ولا ضرورة بنا إلى إبقاء الحياة له حكمًا ليثبت القصاص له؛ لأنه للتشفي، ولا تشفي بعد الموت.

وأما الدية فأثبتناها له لمنفعته، فإن فيها قضاء ديونه، وتنفيذ وصاياه فينتفع بها من هذا الوجه، فأبقينا له الحياة حكمًا لهذا المعنى، وكذلك إذا عفا فأبقينا[2] له الحياة بعد أن هلك لصحة عفوه، والسبب فيه نفعه بإحراز الأجر والمثوبة، والأولى لهم الطريق الأول.

وقالوا على الطريق الأول: إذا كان القصاصُ لواحدٍ فمات عن ابنين صغير وكبير، يثبت لكل واحد منهما كَمَلًا، وينفرد الكبير بالاستيفاء.

وعلى الطريق الثاني: لا يستوفى؛ لأن الحق كان لواحد، والوارثان قاما مقامه، فجعل بمنزلة الواحد يرث من الواحد حقًا.

قالوا: وليس يلزم على ما قلنا العبد بين موليين صغير وكبير قُتِل[3]،

(١) في (ز): فوجب.
(٢) في (ز): فأثبتنا.
(٣) في (ز): إذا قتل.

حيث لا يجوز للكبير أن يتفرد بالاستيفاء؛ لأن السبب هناك هو الملك ولم يكمل لكل واحد منهما، وفي مسألتنا السبب هو القرابة، وقد كَمُلَ[1] فلم يمكن في مسألة الإلزام إثبات القصاص لكل واحد كاملًا فجعلنا الموليَين كشخص واحد، وفي مسألتنا لما كمل السبب لم يكن بنا ضرورة إلى أن نجعل الشخصين كواحد[2]، فأثبتنا لكل واحد منهما كاملا، وأيضًا وجدنا لهذا أصلًا، وهو مسألة ولاية النكاح، وألحقنا[3] به وليس لما (يدعي به)[4] أصل تُلحِقُونَه به إلا في صورة لا يكمل السبب فيها لكل واحد من المستحقين، ومسألتنا بعيدة من هذه الصورة، فلا[5] يلحَقُ بها.

قالوا[6]: وليس يدخل على ما قلنا[7] إذا عفا أحد الوليَّين حيث لا يثبت للآخر استيفاء القصاص، ولو كان القصاص يثبت كاملًا لكل واحد منهما لكان للآخر استيفاؤه؛ لأنا إنما ادّعينا هذا في حق ولي القصاص لما بيَّنّا[8]، فأما في حق المقتول فالقصاص واحد؛ لأنه واحد فإذا كان كذلك صار عَفْوَ أحدهما شبهة في حق الآخر، فامتنَع الاستيفاء.

قالوا: وأما في الكبيرين نقول: إن القصاص ثابت لكل واحد على

(١) في (ز): كملت.
(٢) في (ز): كشخص واحد.
(٣) في (ز): ألحقناه.
(٤) في (ز): تدعونه.
(٥) في (ز): فلم.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): ما قلنا ما
(٨) في (ز): بيناه.

الكمال إلا أنه لا يتفَرد أحدهما بالاستيفاء لشبهة توهم العفو من الآخر، والقصاص لا يُستوفَى معَ الشبهة.

قالوا: وهذا معنى نصّ عليه صاحب المذهب، فإنما يُمنع من الاستيفاء في موضع توهم وجود العفو فإن وُجد موضع لم يُتَوهَّم وجود العفو نقول: يُطلق له الاستيفاء مثل مسألتنا.

۞ **الجواب: من طريقين:**

أحدهما وهو المعروف: أنا لا نقول: إن القصاص ثبت لكل واحد منهما كاملًا، بل ثبت لهما قصاص واحد.

ودليله: أن طريق ثبوته (واحد وهو)[1] الإرث، والثابت للمقتول قصاص واحد، فالثابت لورثته قصاص واحد؛ لأن ما ثبت للورثة بالإرث ثبت على القدر[2] الذي كان للمورث.

وأما استدلالهم بكمال السبب وعدم التبعيض.

قلنا: القرابة وإن كملت [٢٨٢/أ] ولكن لا تصلح لاستحقاق جميع القتل[3] إرثًا مع وجود وارث آخر يساويه في الدرجة، وعلى (أن عندكم)[4] إذا كان القصاص بين امرأة الرجل وابنه، والابن صغير تتفرد المرأة بالاستيفاء، ويثبت جميعه لها، والسبب في هذه الصورة لم يكمُل؛ لأن

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): قدر.
(٣) في (ز): الحق.
(٤) في (ز): أنه.




الزوجية لا تصلح سببًا لاستحقاق جميع الحق بحال[1].

وأما عدم التبعيض[2] فيقال: إن كان القصاص لا يتبعض فالواحد أيضًا لا يتعدد، والواجب قصاص واحد؛ لأن المقتول واحد، ولأن مَنْ عليه واحد ولا يُستحق على الواحد إلا قتل[3] واحد، وقد حكمتم بتعدد هذا الواحد، حيث قلتم: يكون القصاص لكل واحد على الكمال، فقد هربتم من تبعيض الواحد، ووقعتم في تعديد الواحد وهو مستحيل مثله، فبطل ما قالوه من هذا الوجه مجادلة وهو بالغ جدًا.

ثم نقول: القتل[4] لا يتبعض على معنى أنه لا يتصور وجود بعض القتل، أما مع هذا يتصور[5] وجود القتل من جماعة بأن يشتركوا على قتل إنسان، فما لم يتصور لم نُثبته، وما يتصور أثبتناه.

والجملة أنا لا نقول: ثبت استيفاء بعض القتل لهذا، واستيفاء بعض القتل لصاحبه، لكن نقول: قتل ثابت لجماعة على معنى أنهم يشتركون ويجتمعون على قتل هذا الإنسان، وهذا يتصور إثباته؛ لأنه يتصور[6] وجوده، ولم نتَعرض للتشقيص والتبعيض، وهو[7] كمسألة الجراحات توجد من جماعةٍ (في شخص واحد)[8].

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز) زيادة: فيقابل أولًا.
(٣) في (ز): قصاص.
(٤) في (ز): القصاص.
(٥) في (ز): فيجوز
(٦) في (ز): متصور.
(٧) في (ز): وهذا.
(٨) ليست في (ز).

وقال بعضُ أصحابنا: نجعل الورثة كشخص واحد من حيث الحكم كما في مسألة المولِيين.

وما قلناه كافٍ مقنِعٌ لا مزيد عليه، ونختار من المسائل الإلزامية مسألة عفو أحد الوليين والإلزام معروف.

وقولهم: إن القتل في حق المقتول واحد.

قلنا: إذا كان واحدًا في حق المقتول وهو أيضًا يكون[١] واحدًا في حق مَنْ عليه على ما سبق، فمن ضرورته أن يكون واحدًا في حق مَنْ يستحقه، فإن رجعوا إلى عدم التبعيض فالجواب ما سبق.

وأما فصل ولاية النكاح فليس هو استيفاء حق، إنما هو إيفاء حق بتفويض الشرع، فإن الحقَ جميعُه في النكاح للمرأة إلا أن الشرع فوّض هذا الإيفاء إلى الأولياء ومنعهُنَّ من الاستيفاء لحق شرعي يمكن من[٢] هذا الحق، فأيهما زوّج فقد أوفى حقها وحق الشرع، وكذلك في الأمان أن ألزموا، وأما في مسألتنا فهو استيفاء حق الغير على ما بيَّنا[٣] من غير سبب له وهو باطل.

والجواب الثاني عن أصل الطريقة: أنا إن سلمنا أن القصاص ثابت لكل واحد على الكمال لقطع الشَّغب، ولا[٤] يجوز الاستيفاء مع هذا أيضًا؛ لأن فيه شبهةَ عَدَميّة الحق، وشبهة عَدَميّة الحق أعظم من كل شبهة.

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): في.

(٣) في (ز): ما بيناه.

(٤) في (ز): فلا.

وبيانه: أن الذي[1] يثبت للكبير هو عين ما يثبت للصغير، فإن كان يستوفى حقَّه من حيث إنه له فيستوفى[2] حق الغير من حيث إنه للصغير، فيكون المستوفى حقه من وجه، ولا يكون حقه من وجه، فيمنع[3] الاستيفاء لشبهة عَدَميّة الحق على هذا التصوير.

فإن قالوا: إذا أقررتم بوجوب جميع القصاص ومنعتم من الاستيفاء فأيش[4] فائدة الوجوب[5]؟.

قلنا: جعلنا القصاص لكل واحد[6] لقيام الدليل وعدم التبعض على ما سبق، ومنعنا من الاستيفاء لعارض شبهة، وهو كما لو كان القصاص بين كبيرين ثبت عندكم لكل واحد (حق القصاص)[7] كاملًا وامتنع الاستيفاء لعارض شبهة، وهذه الطريقة معتمدة مجادلة قوية جدًا والمذهب هو[8] تمشية الأول.

وقد قال بعضهم في هذه المسألة: إن في منع الاستيفاء تفويت الحق على صاحب الحق؛ لأن مدة الصَّبا تطول، وانتظار البلوغ يبعد، والموت

(١) في (ز): عين ما.
(٢) في (ز): فليستوف.
(٣) في (ز): فامتنع.
(٤) في (ز): فأيّ.
(٥) في (ز): للوجوب.
(٦) في (ز): واحد منهما.
(٧) ليست في (ز).
(٨) ليست في (ز).

مترقّب منتظرٌ، فأطلق للكبير استيفاؤه[(١)] احترازًا من هذه الخطر.

وليس هذا بشيء؛ لأنه إذا لم يوجد دليل الاستيفاء لا يجوز أن يُطلق بأمثال هذا، والأحكام تتبع دلائلَها وأسبابَها، لا أمثال هذا الكلام، وقد يكون الغائب مفقودًا لا يُعرف له مكان، وانتظاره أبعدُ من انتظار بلوغ الصغير[(٢)]، وعلى أن عندنا يُحبَس مَنْ عليه القَوَد إلى أن يبلُغَ الصَغير، والظاهر بقاؤه وبقاء صاحبي الحق إلى أن يستوفى الحق.

وقد تعلقوا باستيفاء الحسين بن علي رضي الله عنهما اسيتفاء[(٣)] القتل من ابن[(٤)] ملجم بقتله عليًا [(٥)] وقد كان في الورثة صغار وكبار[(٦)].

والجواب على[(٧)] ما عرف: أن فعله بانفراده لا يكون حجة، والله أعلم بالصواب.



---

(١) في (ز): الاستيفاء.

(٢) في (ز): الصبي.

(٣) ليست في (ز).

(٤) ابن ملجم: عبد الرحمن بن ملجم المرادي الحميري كان من أصحاب علي رضي الله عنه ثم خرج عليه بعد صفين وضربه في مقدمة رأسه وهو خارج لصلاة الفجر وتوفى علي رضي الله عنه متأثرًا بذلك، ثم قتله الحسين ابن علي سنة ٤٠هـ قصاصًا. أسد الغابة ٣٦/٤، العبر في أخبار من غبر ٣٣/١.

(٥) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤٣٧/٥، والبيهقي في سننه ٥٨/٨.

(٦) ليست في (ز).

(٧) ليست في (ز).

※ (مَسْأَلَة):

إذا قطع يمينَى رَجُلَينِ لا تقطَع يده بيديهما لكن يُنظر: إن قطعهما متعاقبًا قُطع بالأول، ويجب للثاني الأرش، وإن قطعهما معًا معًا[1] يقرع بينهما فَمَنْ خرجت قرعته يُقطع به[2]، ويكون للثاني الأرش[3].

وعندكم [٢٨٢/ب]: تقطع يده بهما[4] ويغرَم (أرش يد بينهما)[5][6].

❖ لنا:

أن نبتدئ بإبطال ما صاروا إليه من إثبات قطع بعض اليد لكل واحد منهما، فنقول: إثبات الاستيفاء تبع الاستحقاق ابتداءً، وقطع بعض اليد لا يجوز استحقاقه ابتداءً، فلا يصح القضاء به استيفاءً، وهذا تعلق جيد، وهو كالنفس، وإذا بطل ما ذهبوا إليه صح ما قلنا[7] من تقديم أحدهما على الآخر بنوع دليل، وسنُبين[8] الدليل إذا أجبنا عن كلامهم.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): له.
(٣) التهذيب ٢٩/٧، روضة الطالبين ٢٢٠/٩ ـ ٢٢١، كتاب الجنايات من التعليقة ص٢٩٦.
(٤) في (ز): لهما.
(٥) في (ز): الأرش.
(٦) الأسرار، كتاب الديات ص ٣٥٣، مختصر الطحاوي ص٢٣١، المختلف بين أبي حنيفة وأصحابه ورقة ١٣٩/أ، المبسوط ١٣٩/٢٦، اللباب ١٥١/٣، بدائع الصنائع ٤٧٦٦/١٠، كنز الدقائق ١١٦/٦، تنوير الأبصار مع رد المختار ٥٥٧/٦.
(٧) في (ز): ما قلناه.
(٨) في (ز): ونبيّن.

❁ أمّا[1] حجّتهم:

قالوا: القطع قصاص واجب لكل واحد من المقطوع يدهما من يد القاطع لوجود تمام السبب من كل واحد منهما، وهذا لحقيقةٍ: وهو أن محل القصاص وهو اليد لا يصير مملوكًا لصاحب القصاص بدليل أنه[2] لو قطع[3] لا يكون الأرش لصاحب القصاص بل يكون الواجب لصاحب اليد، إمّا القصاص أو الأرش، فثبت أن اليد لم تصر مملوكة لصاحب القصاص، وإنما الواجب والمملوك فعل القطع في هذا المحل مما لم يتصل بالمحل يكون المحل فارغًا من الحق فيصير السبب الثاني في هذا الواجب مثل السبب الأول.

يبينه: أن الواجب على مَنْ عليه القصاص تسليم اليد إلى هذا، إذا جاء مستوفيًا حقه من القصاص، وتسليم اليد إلى الآخر إذا جاء مستوفيًا حقه من القصاص، فيكون هذا الواجب في الذمة، والذمة متسعة لواجبات كثيرة، فثبت أن السبب الثاني مثل السبب الأول.

والدليل (عليه أيضًا)[4] من حيث الحكم: وجوب القصاص للثاني في هذه اليد بدليل[5]: أنه لو بادر واستوفى كان مستوفيًا حقه، ولو عفا الأول كان للثاني أن يستوفي، وإذا ثبت الوجوب فلا يجب إلا بسبب مثل السبب الأول، وإذا استويا في السبب لم يجز أن يقدم أحدهما على الآخر إلا بدليل، والقرعة

(١) في (ز): وأما.
(٢) في (ز): أنها.
(٣) في (ز): قطعت.
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).

باطلة، وتقدّم السبب ليس بدليل لا معنىً ولا شبهًا.

أما المعنى فلما[١] بينّا أن المحل فارغ، والوجوب في الذمة، والواجب في الذمة لا يُزاحِم واجبًا آخر؛ لأنه متسعٌ حكمي لا يتصوّر التضائق فيه، وإذا لم يتصور التضائق فيه فبسبق السبب لا يقع ترجيح وتقديم.

وأما الشبه فدليله إذا أوصى بالثلث ثم أوصى بالثلث أو أقرّ ثم أقرّ أو قَتَلَ عبد إنسان خطًا ثم قَتَلَ آخر خطأ لم يقدّم الأول بتقدم السبب، كذلك في مسألتنا وإذا بطل هذا الطريق لم يبق[٢] إلا تمكينهما من استيفاء اليد ثم إذا استوفيا يكون كل واحد قاطعًا بعض اليد؛ لأن اليد تتجزأ وتتبعض، وقد كان لكل واحد قطع جميع اليد فيصير مَنْ عليه الحق قاضيًا ببعض اليد الذي استحق الآخر قطعَه[٣] حق صاحبه فيصير كأنه سلّم له وامتنع على صاحب القصاص استيفاؤه بمعنى من جهته، فيجب الأرش على ما بيَّنَّا في مسألة موجب العمد.

وعلى هذا منعوا قولنا: إن القاضي يقضي بنصف القطع لكل واحد منهما، بل يقضي بجميع اليد قطعًا، ولكن تعذر استيفاء البعض بحكم المزاحمة، وهو كَمَنْ مات وخلّف ألف درهم وادّعى إنسان عليه ألفًا[٤] وادّعى آخر عليه ألفًا[٥] وأقاما البينة، فإنه يقضي القاضي لكل واحد منهما بجميع

(١) في (ز): فالذي.
(٢) في (ز): لم يبق لهما.
(٣) في (ز): قطعها.
(٤) في (ز): ألف درهم.
(٥) في (ز): ألف درهم.

الألف، ولكن يفوت البعض لضرورة المزاحمة والمضايقة، كذلك هاهنا.

الجواب:

إن الكلام على ما سبق، وهذه قاعدة قوية مدلول عليها.

أما قولهم: إن القصاص وجب للثاني مثل الأول، فلا نسلم ذلك، والدلائل التي قالوها معتمدة قوية لا يمكن دفعها، وإذا سلمنا ما ذكروه رجع كلامُهم إلى أن الاستواء في السبب يمنع تقديم أحدهما على الآخر إلا بالدليل.

قلنا: قد قام دليل التقديم، وقبل أن نبين نقول: أولًا ما صرتم إليه من الاشتراك بينهما في استيفاء القطع وإيجاب الأرش باطل؛ لأنه لا يخلو إما أن يُقضَى لكل واحد منهما باستيفاء جميع اليد أو باستيفاء بعض اليد، فإن قُضِي باستيفاء جميع اليد فقد قُضِي بما لا يتصور.

وإن قلتُم: يُقضَى لكل واحد منهما[1] باستيفاء نصف اليد، فقد بيّنا أن الاستيفاء تبع الوجوب فإذا لم يتصور الوجوب على هذا الوجه لم يتصور القضاء بالاستيفاء عليه.

وفي[2] المسألة التي قالوها أخيرًا من الرجل يموت ويخلِّف ألفًا، ويدعي رجلان كل واحد ألفًا، لا نقول: إن القاضي يقضي لكل واحد باستيفاء الألف، إنما يقضي باستيفاء نصف الألف وذلك صحيح؛ لأنه يتصور وجوب ذلك القدر ابتداءً بخلاف مسألتنا على ما سبق.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): وأما.

ثم الذي قالوه: إن القاضي يقضي لكل واحد بجميع اليد قصاصًا خلاف المذهب ؛ لأن أبا حنيفة رحمة الله عليه نصّ أن القاضي يقضي باليد [٢٨٣/أ] لهما وبأرش يد بينهما(١)، وإذا ثبت أن ما ذهبوا إليه لا سبيل إليه ثبت ما قلناه ضرورة وهو التقديم بالقرعة، أو يتقدم(٢) السبب.

ثم الدليل المعنوي في التقديم بتقدم السبب هو: أن دليل الترجيح متى وجد لا يُترك الترجيح، وبيان الوجود في مسألتنا: أن اليد صارت في حكم المملوكة للأول، فلولا هذا ما(٣) ملك الأول القطع إلا أن هذا الملك لم يظهر إلا في أمر الاستيفاء، ولا يظهر في الأرش الذي قالوه، فثبت نوع ملكٍ للأول في المحل، وهذا النوع من الملك أن لا يمنع وجوب القطع للثاني فلا أقل من أن يوجب تقديم الأول، وصار السبب الأول موجودًا مع فراغ المحل عن الحقوق من كل وجه، وصار السبب الثاني موجودًا، والمحل مشغول بالحق الأول من وجه، فظهر الترجيح للسبب الأول وهذا كلام معتمد.

وأما إذا قطع معًا معًا(٤) فلا ترجيح، والمصير إلى القرعة، واستعمال القرعة بالنص، ولسنا نحتاج في هذه المسألة إلى الخوض فيه.

فإن قالوا: ما قولكم إذا جاء صاحبا الحق وقطعا يده، أليس يصير كل واحد مستوفيًا نصف اليد ويجب له أرش نصف اليد؟

قلنا: لا، لكن يقرع بينهما، فأيّهما خرجت قرعته تكون اليد مستوفاة

---

(١) المختلف بين أبي حنيفة وأصحابه ورقة ١٣٩/أ.
(٢) في (ز): بتقدم.
(٣) في (ز): لما.
(٤) في (ز): قطعا معًا.

جميعها له، ويصير الآخر معينًا له على استيفاء حقه، ويجب له أرش يد كامل.

واعلم أن عامّة أصحابنا تعلقوا في هذه المسألة بالقطع قصاصًا، والقطع في السرقة إذا اجتمعا في اليد الواحدة، وقالوا: لما لم تُقطع يده بهما في هذه الصورة كذلك في مسألتنا، والتحرير معروف، وعذرهم عن هذه المسألة: أن دليل تقديم القطع قصاصًا قد وُجد على القطع في السرقة؛ لأن القطع قصاصًا حق الآدمي، والقطع في السرقة حق الله تعالى، وإذا اجتمع حق الله تعالى وحق الآدمي يُقَدّم حق الآدمي لحاجة الآدمي إلى حقه، واستغناء الرب[1] تعالى عن حقه، وفي مسألتنا لم يقم دليل على تقديم أحد الحقين على الآخر.

۞ والجواب عن هذا:

لابد من الرجوع إلى ما ذكرنا من قبل، فالاعتماد عليه، وَمَنْ قال من أصحابنا: أنه يُجبَر ما فات من حق الآدمي بالأرش يقولون: عليه[2] حق الآدمي هو القصاص لا غير، وفي الجمع بينهما في الاستيفاء إسقاط بعض حق الآدمي لحق الله تعالى، وهذا لا يجوز، والمعتمد هو الطريقة الأولى، والله أعلم.



(١) في (ز): الحق.

(٢) في (ز): علة.

※ (مَسْألة):

شريك الأب يجب عليه القَوَد عندنا[1].

وعندهم: لا يجب[2].

❖ لنا:

إن شريك الأب قد تَمَّ منه سبب وجوب القَوَد عليه، فوجب أن يجب القَوَد.

دليله: شريك الأجنبي.

ودليل تمام السبب: أنه لو شاركه أجنبي وجب عليه القَوَد، وعند مشاركة الأجنبي إياه في القتل وجب عليه القَوَد بسبب وُجد منه لا بسبب وُجِدَ من شريكه؛ لأن فعل الإنسان لا يوجب القَوَد على غيره، وذلك السبب الذي يوجد منه عند مشاركة الأجنبي إياه موجود عند مشاركة الأب إياه، ولا يتصور بين الصورتين فرق[3] بحال، فإذا كان ذلك السبب موجبًا للقود عليه، كذلك هذا السبب.

فإن قالوا: أيش[4] السبب نُصُّوا عليه وبيّنوه؟

قلنا: السبب قتله هذا الرجل بإعانة غيره على وصف العمدية هذا هو

(١) النكت للشيرازي ورقة ٥٥٧/أ، المهذب ١٧٥/٢، الحاوي ١٢٨/١٢، ١٢٩، كتاب الجنايات من التعليقة ص٤٨٢، كتاب الجنايات من الشامل ص٣٨٤.
(٢) مختصر الطحاوي ص٢٣١، المبسوط ٩٤/٢٦، رؤوس المسائل ص٤٦٠.
(٣) في (ز): فصل.
(٤) في (ز): ما.

غاية ما يمكن من بيان السبب، وهذا تام في إيجاب القَوَد بدليل الأجنبيين، فإنه لا سبب لوجوب القَوَد على واحد منهما غير هذا، فإن ادّعوا سببًا آخر فعليهم البيان، وقد كُنا أشرنا إلى هذا السبب في مسألة قطع الأيدي.

فإن ألزموا على هذا شريك الخاطئ، وقالوا: قد تَمَّ منه السبب على ما أشرتم إليه، ومع ذلك لا[1] يجب عليه القَوَد.

قلنا: لم يتم السبب؛ لأن الإعانة التي أشرنا إليها تدل على تقدير يمنع تمام السبب في مسألة الخاطئ والعامد إذا اشتركا، ولا يمنع تمام السبب في شريك الأب.

(وبيان هذا الكلام)[2] يأتي إذا أجبنا عن كلماتهم، ونذكر أولًا كلامهم في المسألة وما اعتمدوه[3]، ونبين المعتمد عليه من الجواب والتزييف[4] بعون الله تعالى وحسن توفيقه.

❁ **أمّا[5] حجّتهم في المسألة:**

إنه حصل القتل بفعلين؛ أحدهما موجب للقَوَد، والآخر غير موجب للقود، فلا يوجب القَوَد.

دليله: إذا حصل بفعلين أحدهما من الخاطئ والثاني من العامد، وهذا

---

(١) في (ز): لم.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز) زيادة: ونجيب.

(٤) في (ز): والمزيف منه.

(٥) ليست في (ز).

لأنه لو وجب القَوَد في مثل هذه الصورة لوجب مع الشبهة، والقَوَد لا يجب مع الشبهة.

وبيان الشبهة: أن القتل في حق المقتول واحد؛ لأن المقتول واحد، فإذا أوجب من وجه ولم يوجب من وجه لم يوجب أصلًا [٢٨٣/ب] لأن ما يسقط بالشبهة لا يجب مع تردد السبب بين الوجود والعدم.

يبيّنه: أن القتل الموجود من الأب هو الموجود من الأجنبي، وذلك القتل الموجود من الأجنبي هو الموجود من الأب، فصار الذي يوجب القَوَد هو الذي لا يُوجِبَ، والذي لا يُوجِبَ هو الذي يُوجِبَ، ومثل هذا لا يجوز، وَعَبّر أبو زيد عن هذا وقال: الفعل مشترك فما يُوجد في أحد الشطرين حقيقة يوجب شبهة في الشطر الآخر بحق الشركة كما في الأصل.

واستدلوا في أن فعل الأب غير موجب للقَوَد، وقالوا: فضلة الأبوّة إذا طرأت على قَوَد واجب يوجب سقوطه بأن يرث الابنُ قصاصًا على أبيه، فإذا قارنت سبب الوجوب منعت الوجوب؛ لأن المنع أسهل، والشرع به أسمع من إسقاط واجب مستقر، والمُثِل في هذا معروفة مشهورة، فإذا كانت الأبوّة تُسقط الواجب المستقر فلأن تمنع الوجوب أولى، وهذا لأن الوجوب حكم شرعي لا يُعرف إلا بأثره(١)، ولا أثر للوجوب في مسألتنا، فلا وجوب عليه.

وإنما قلنا: لا أثر للوجوب؛ لأن الأثر إما الاستيفاء أو العفو أو الاعتياض(٢) بالصلح، وواحد من هذه الأشياء لا يجوز للابن، وإذا لم يكن

(١) في (ز): بآثاره.

(٢) في (ز): الإسقاط.




للوجوب أثر لم يجب؛ لأن الوجوب يُعرف بأثره، ولا يجوز أن يقال: إن أثره هو السقوط بعفو الشرع؛ لأن الوجوب للآدمي، فوجب أن يظهر أثره في حق الآدمي.

يبينه: أن دعوى عفو الشرع إن كان بالأبوّة فهي مقترنة[١] بالقتل فمنع الإيجاب، وإن قلتم: وجب لوجود السبب وسقط لقضاء حق الأبوّة، فالسبب إنما يوجب الحكم إذا صدر من أهله في محله، والابن ليس بأهل لوجوب القَوَد له على الأب، ولا الأب محلًّا لوجوب القَوَد عليه له.

ألا ترى أن الشرع منع الابن من التعرض لقتل الأب في الواجب من القتل وهو القتل بالردة والقتل بالزنا، ولو كان أهلًا لِقتلِهِ[٢] لَقَتَله في هذه الصورة.

وأما السقوط لقضاء حق الأبوّة فقضاء حق الأبوة في المنع من الوجوب أكثر منه في الإسقاط بعد الوجوب؛ لأنه بالوجوب يصير مبتذلًا من حيث اعتقاد الوجوب عليه، وإذا منعنا من[٣] الوجوب كُنَّا[٤] قد[٥] صُنَّا الأب عن هذا النوع من الابتذال، فدل على أن قضاء حق الأبوة في المنع من الوجوب أكثر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن أثر الوجوب اعتقاد الوجوب كما جاز

---

(١) في (ز): مقرونة.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): فقد.

نسخ الشيء قبل (وقت فعله)[1]، وصارت فائدته اعتقاد الوجوب؛ لأن هذه الفائدة إنما تعتبر في حقوق الله تعالى؛ لأن ما يجب لله تعالى يكون على محض الابتلاء، ويتحقق الابتلاء في التكليف باعتقاد الوجوب، فأما الذي يجب حقًّا للعباد فإنما يجب لنفعهم فلابد من طلب فائدتهم فيما يعود إلى هذا المعنى.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الاستيفاء أثر الوجوب أو ثمرته، فيجوز أن يخلو عنه؛ إذ الأصول يجوز أن تخلو عن الثمرات؛ لأن ما ذكرنا: أن الوجوب لابد له من فائدة داخل[2] على هذا الكلام، وعلى أن وجوب القصاص ليس هو إلا مجرد ملك الاستيفاء، فإن المحل لا يجب له، ولا يصير حقا له وإنما الواجب له ملك الاستيفاء، وملك الاستيفاء هو حِلُّه، وفي مسألتنا لا مَلَكَ ولا حِلّ ولا وجوب.

قالوا: وليس كالرجل يشتري قريبه؛ لأنه قد ظهر في تلك الصورة فائدة الملك؛ لأن المشتري معتق، والإعتاق تصرف في الملك، فظهرت فائدة الملك، وكذلك إذا علّق الطلاق بالنكاح، فإن الزوج مطلق، وفي مسألتنا لا يصح من الابن تصرفٌ ما في القصاص الواجب على الأب، دلّ[3] أنه لا وجوب.

قالوا: وليس كما لو زوَّج أمته من عبده؛ لأن عندنا لا يجب المهر أصلًا، وإن قلنا: يجب، فإنما يجب حقًا لله تعالى، وحق الله تعالى يُوفي بمجرد الوجوب، وفائدته اعتقاد الوجوب على ما بيّنّا من قبل، فأما في حقوق

---

(١) في (ز): وروده.
(٢) في (ز): يدخل.
(٣) في (ز): فدل.

العباد فلا يجوز الاقتصار فيها على مثل هذه الفائدة على ما سبق.

قالوا: وأما إذا وَرِثَ قصاصًا على أبيه فلا نقول ورث القصاص ثم سَقَطَ بل لم يرث أصلًا، ثم إذا امتنع الإرث وسقط القَوَد لمعنى في القاتل وهو الأبوّة، وجب المال على ما بينا في موجب العمد، وإذا[1] وجب المال يكون للمقتول ثم يورث عنه، وأما إذا كان مع الابن وارث آخر فالابن وإن لم يرث من القصاص شيئًا، ولكن لما كان من أهل الإرث في الجملة منع الآخر [٢٨٤/أ] أن يرث كلَّ القَوَد بحكم المزاحمة، وهذا كما لو مات رجل وخلّف أبوين وأخوين، فإن الأخوين يَرُدّان نصيب الأم من الثلث إلى السدس وإن لم يرثا؛ لأنهما من أهل الإرث في الجملة، هذا كلامهم في أن القَوَد لا يجب على الأب وإذا ثبت عدم الوجوب ظهرت الشبهة كما في الخاطئ والعامد.

قالوا: ولا يجوز أن يقال في الخاطئ المانعُ في الفعل بدليل أنه يُوصف به، فيقال: قتل خطأً وفعل أحدهما غير ممتاز من فعل الآخر، وفي مسألتنا المانع في الفاعل، وكل واحد من الفاعلين ممتاز عن الآخر، هذا لا يصح ويضعُفُ غاية الضعف؛ لأن الخطأ معنىً في الخاطئ، وهو ظنه أن المرمي إليه كافر أو بهيمة مثل الأبوة معنىً في الفاعل، وإنما وُصف الفعل بالخطأ فهو على طريق المجاز، والخطأ والعمد صفتان في الفاعل قطعًا مثل الأبوة، وأيضًا فإن الاشتراك في الفعل لا يتصور إنما[2] المحل واحد، وأما الفعل مختلف[3]؛ لأن فعل زيد لا يتصور أن يختلط بفعل عمرو، والقَوَد إنما يجب

---

(١) في (ز): فإذا.

(٢) في (ز): وإنما.

(٣) في (ز): فمختلف.

عليه بفعله، وفعله عمد ليس فيه شبهة من وصف الخطأ، (ولا يتعدى)[1] إلى فعله خطأ صاحبه، كما لا يتعدى إلى صاحبه عمده، ولئن جاز أن يتعدى الخطأ إلى صاحبه، فسقط القصاص عنه بهذا الطريق، جاز أن يتعدى عمده إلى صاحبه، فيصير فعله شبه عمد، وهذا لا يقول به أحد، دل أن السقوط لما بيّنّا[2]، وهو موجود في شريك الأب.

قالوا: ولا يجوز أن يقال على شريك الخاطئ: إن الخطأ من المكرَه يمنع وجوب القَوَد على المكرِه فالخطأ من الشريك يمنع وجوب القَوَد على شريكه، وفي مسألتنا الأبوة في المكرَه لا يمنع وجوب القَوَد على المكرِه، فكذلك كونها في الشريك لا يمنع وجوب القَوَد على الشريك.

هذا لا يصحّ؛ لأن الخطأ من المكرَه لا يمنع وجوب القَوَد على المكرِه، حتى لو أكره إنسانًا على أن يرمي إلى إنسان، والمكرِه يعلم أنه مُسلم، والمكرَه يظن أنه كافر يجب القَوَد على المكرِه، فإن صورتم فيما لو أكره على القتل بالعصا الصغيرة فإنما لا يجب القَوَد على المكرِه في هذه الصورة؛ لأن عندنا المكرَه في هذه الصورة آلة للمكرِه، فيصير كما لو أخذ يدَه، وفيها العصا فضرب بها على رأس غيره، وفي الأجنبي إذا أُكرَه الأبُ على قتل ابنه يصير الأبُ آلةً له، ويصير كما لو أخذ يده، وفيها السيف وضرب بها على رأس الابن حتى قتله، وفي مثل هذا لابد من وجوب القَوَد.

---

(١) في (ز): ولم يتعد.

(٢) في (ز): بيناه.

❁ **الجواب:**

إنا[١] نسلم لهم أن القَوَد لا يجب على الأب أصلًا، ولا ينبغي أن ندعي في المسألة وجوب القَوَد على الأب؛ لأنه يشق تمشيتُه، وكلماتهم صعبة شاقة على هذا الفصل، لا يمكن الخروج عنها إلا بالتجاوز والمجازفة، لكن نقول مع التسليم: يجب القَوَد على شريك الأب لما بينا[٢] من المعنى.

ولم يبق لهم على هذا إلا دعوى الشبهة والتعلق بشريك الخاطئ، ووجه الانفصال عنه: أن الشبهة التي تعلقوا بها قام الدليل على الإعراض عنها، وصارت كالمعدومة.

والدليل عليه هو: أنا أجمعنا على وجوب القَوَد على الأجنبيين إذا اشتركا، وتلك الشبهة التي ذكروها موجودة في هذه الصورة، لأن القتل الذي أُضيف إلى هذا الشريك هو الذي أُضيف إلى الشريك الآخر، وكذلك في حق الآخر، والقتل من الإنسان لا يوجب القَوَد على غيره، فصار هذا القتل أيضًا موجبًا من وجه، غيرَ موجبٍ من وجه؛ لأنا إذا أضفناه إليه يكون موجبًا عليه القَوَد، وإن أضفناه إلى صاحبه لا يكون موجبًا عليه شيئًا، والذي يوجب عليه هو الذي يُضَاف (إلى غيره)[٣].

يبينه: أن من المتصوّر أن يكون خروج الروح بفعل غيره[٤]، وأوجبنا

---

(١) في (ز): أنا لا.

(٢) في (ز): بيناه.

(٣) في (ز): إليه.

(٤) في (ز): شريكه.

عليه القصاص، وتبينّا[1] أن هذه الشبهة قام الدليل على الإعراض عنها فسقطت.

ووجه الإعراض[2]: أن كلَّ واحد منهما لما قَتَل بإعانة غيره جُعل في الشرع كأنه انفرد[3] بجميع الفعل، وجُعل الآخر مُعينًا له، وكأنّ الفعل له، وإذا قدرنا على هذا الوجه سقطت الشبهة، ولابد من هذا التقدير ليستقيم وجوب القَوَد على الشريكين الأجنبيين، وإلاّ لم يستقم الوجوب أصلًا.

وإذا عرفنا هذا خُرّج عليه الخاطئ والعامد إذا اشتركا؛ لأنا جعلنا[4] كأنّ كل واحد تفرّد (بجميع الفعل)[5]، ويصير كأنّ كل واحد جرح جراحتين أحدهما خطأ، والأخرى عمد، فلابد من السقوط، وفي مسألتنا (يجعل كل واحد كأنه)[6] تفرد بجميع الفعل إلا أنَّ كلا الفعلين عَمْد، فلم يسقط القَوَد عن الشريك.

يبقى لهم سؤال واحد، وهو أنهم قالوا: نَزَلْنا على هذا التقدير، ولكن لما كان [٢٨٤/ب] فعل الأب غير موجِب يصير كأنه وُجد من كل واحد منهما فعلان: أحدهما موجب والآخر غير موجب فلا يجب عليه القَوَد.

❁ **الجواب:**

أن هذا التقدير يمكن في الخاطئ والعامد، ولا يمكن في الأب

---

(١) في (ز): وبيّنا.
(٢) في (ز): الإعراض عنها.
(٣) في (ز): تفرد.
(٤) في (ز): قدرنا.
(٥) في (ز): بالقتل جميعه.
(٦) في (ز): يقدر كأن كل واحد منهما.

والأجنبي؛ لأن الواحد يجوز أن يكون عامدًا مخطئًا، أما لا يجوز أن يكون أجنبيًّا وأبًا، وإنما يُقدّر ما يتصور تقديره، ولا يُقدر ما لا يتصوّر.

فإن قالوا: يتصور فعلان: أحدهما موجِب، والآخر غير موجِب.

قلنا: السبب لا يُترك، وسبب عدم الوجوب هو الأبوّة، ومع النظر إلى السبب لا يتصوّر ما قالوه، هذا نهاية الكلام، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَةٌ):

سراية[1] القَوَد عندنا غير مضمونة[2].

وعند أبي حنيفة: مضمونة[3].

❖ لنا:

إنه قطع مشروع، فلا تكون سرايته مضمونة.

دليله: القطع في السرقة.

وفقه الطريقة، وبه نبتدئ، فنقول: قطع اليد حقه، ومن استوفى حق نفسه لا يكون فعل الاستيفاء موجبًا عليه ضمانًا، وهاهنا لو وجب عليه الضمان لوجب بفعله، وفعله قطعُه وقطعُه حقه.

---

(١) السراية: يقال سَرَى الجرح إلى النفس معناه دام ألمه حتى حدث منه الموت، المصباح المنير مادة (سرى) ص٢٧٥.

(٢) النكت للشيرازي ورقة ١/٢٥٩، المهذب ٢/١٨٩، التهذيب ٧/٨٥، الحاوي ١٢/١٢٥.

(٣) الأسرار، كتاب الديات ص٢٠١، مختصر الطحاوي ص٢٤٠، المبسوط ٢٦/١٤٧، رؤوس المسائل ص٤٦٥، مجمع الأنهر ٢/٦٣٢.

يبينه: أن هذا الضمان لو وجب لكان ضمان جناية، واستيفاؤه حقَّه ليس بجناية، وما ليس بجناية لا (يوجب عليه)[1] ضمان الجناية، وهذا الحرف هو المعنى المخيل في قولنا: «مشروع».

ثم الدليل على أن القطع حقه: تمكين الشرع إياه من القطع على الإطلاق من غير مثنوية، ولا شريطة.

والدليل على أنه لا مثنوية هاهنا، ولا شريطة: أنه لو كان شرط أو مثنوية لكان عدم السراية، ولا يتصور شرط عدم السراية إليه[2]؛ لأن الاحتراز غير ممكن من السراية وتكليف ما ليس في[3] الوسع باطل، فعرفنا أن المستوفَى حقُّه.

يُدل على ما ذكرنا: أن القطع بدل عقوبة بإزاء جناية، وَمَنْ عاقب غيره بإزاء جنايته لا تكون المعاقبة موجبة عليه شيئًا.

ألا ترى أن مَنْ قَتَلَ ابن إنسان أو أخاه فاقتص منه لا تكون النفس المقتولة مضمونة عليه؛ لأنه بدل عقوبة بإزاء جناية، فلم يجز أن يوجب عليه ضمانًا، كذلك هاهنا.

والقياس المعتمد: فصل السرقة، فإن القطع بالسرقة لا يوجب ضمانًا للمعاني التي بينّاها، كذلك هاهنا.

والحرف المشكل عليهم: تمكين الشرع إياه من القطع على الإطلاق،

---

(١) في (ز): يكون موجبًا.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): داخلًا تحت.

وهذا المعنى لابد أن يكون مهدرًا للسراية مشعرًا بسقوط الضمان وَقَفَ القطعُ أو سَرَى؛ لأنه يظهر بإطلاق الشرع أنه ليس بجناية بوجهٍ ما، فإن الشرع لا يطلق الجناية، ولا ما فيه شبهة الجناية، وإذا لم يكن جناية بوجهٍ ما لم يتصور وجوب الضمان به[١].

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: قتل بغير حق فيكون مضمونًا عليه.

دليله: إذا قتل ابتداءً، والتعليل لما بعد السراية، وهذا لأنه مأمور بالقطع، فإذا قَتَلَ لابد أن يجب عليه الضمان.

ثم الدليل على أنه قتلٌ: أن حد القتل جرح يتعقبه زهوق الروح وقد وجد.

يدل عليه: أن القطع لو كان تعديًا كان قاتلًا كذلك إذا كان غير تعدٍّ؛ لأن الأفعال الحسّية لا تختلف بالتعدي وعدم التعدي.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن السراية غير منسوبة إليه، بل هو من فعل الله تعالى؛ لأن المسألة مصوّرة فيما إذا هَلَكَ بالقطع، وليس معنى نسبة السراية إليه إلا وجوب الهلاك بقطعه، وقد هَلَكَ بقطعه، دلّ أن السراية منسوبة إليه.

يبينه: أن القطع الساري قتل مباشرة، ولهذا أوجب القتل، ويجوز أن يحز رقبة القاطع بالإجماع، والقتل مباشرة لا يجوز إلا بالقتل مباشرة، وإذا كان القطع الساري قتلًا[٢] مباشرة فلا يختلف القتل مباشرة باختلاف حكم

(١) في (ز) زيادة: هذا تمام دليلنا.

(٢) في (ز): قتل.

الفعل من الجواز وعدم الجواز ، هذا نهاية كلامهم في أنه قاتل ، وإذا كان قاتلًا ، وقتله غيرُ مستَحَقٍّ (له ، فلو سقط الضمان لسقط ؛ لأن فعله في الابتداء قطع ، وهو مستحق)[1].

فعلى هذا قال بعضهم: إن الفعل في الابتداء موقوف ، إن (وَقَفَ تبين أنه قطع ، وإن)[2] سرى تبين[3] أنه قتل ، فلهذا يجوز أن يكون ابتداء الفعل غير موجب للقَوَد ، وإذا سَرَى يكون موجبًا ، كما لو أجافه[4] جائفة فَهَلَكَ أو قَطَعَ من نصف الساعد فَهَلَكَ دل أنه ينقلب قتلًا .

وقال بعضهم: فعله في الابتداء قطع إلى أن يسري فلما سَرَى الآن صار قاتلًا ، فيصير كما لو وُجد منه قطعٌ وقتلٌ إلا أنه لم يجب ضمان القطع ؛ لأنه حقه ، ووجب ضمان القتل لأنه ليس من حقه ، ويصير في التقدير كأنّه قتله بفعل مبتدأ ، ونظيره إذا رمى إلى صيد ، فأصابه وتعدّى إلى آدمي أو إلى كافر [٢٨٥/أ] فأصابه ونَفَذَ[5] إلى مسلم .

قالوا: وأما قولكم: إنه يجوز له القطع ويمكّن منه شرعًا ، إنما تمكنّ منه ؛ لأنه في الظاهر قطع ، فيمكن منه بناء[6] على الظاهر ، ثم إذا هلك منه انقلب فعله قتلًا وتبين[7] ما هو خلاف الظاهر ، فبُني الحكم عليه ويجوز أن

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): يتبين.
(٤) في (ز): جافه.
(٥) في (ز): تعدى.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): فتبين

يُحكم بشيء بناء[١] على الظاهر، ثم إذا ظهر[٢] خلافُه يُنقض[٣] ذلك الحكم، ويُستأنَف الحكم على ما ظَهَرَ كما نقول في الآيسة تعتد بالشهور، ويجوز لها التزوج ثم إذا حاضت (نُقِض كُلّه)[٤]، وحُكِمَ خلافه، هذا إذا قلنا: إنه يصير قتلًا من الابتداء، وإن[٥] قلنا: إن الموجود منه قطع وقتل فيمكن منه؛ لأنه قطع ثم إذا قتل وجب عليه ضمان القتل، ونظيره: الرمي إلى الصيد على ما قلناه[٦]، وضربُ الزوج زوجته.

وقالوا على قولنا: إن التمكين من القطع يُهدر السراية هذا لا يجوز؛ لأن نفس مَنْ عليه القَوَد[٧] معصومة مضمونة، فلا يجوز إهدارُها وإسقاط حقه في نفسه بما جعل له من قطعه، بل نقول: يجوز له القطع في الابتداء حقًّا لمن له القصاص لجواز أن يقف، بل هو الظاهر، ثم إذا سَرَى وجب عليه ضمان النفس حقًّا لمن عليه القصاص في النفس[٨].

وحرفهم[٩]: أن قطعَه يوجب القطع لا أنه يهدر القتل.

قالوا[١٠]: وأما القطع في السرقة.

(١) في (ز): يبنى.
(٢) في (ز): بان.
(٣) في (ز): نقض.
(٤) في (ز): نقضت العدة.
(٥) في (ز): فإن.
(٦) في (ز): ما بينا.
(٧) في (ز): القطع.
(٨) في (ز): نفسه.
(٩) في (ز): فعرفناه.
(١٠) ليست في (ز).

فنقول: إنه قتل إلا أنه عامل لله تعالى فينتقل فعله إلى الله تعالى، (ويصير كأن الله تعالى قتله)[1]، وأما[2] في مسألتنا عمل[3] لنفسه، وقد قَتَلَ فيجب عليه ضمانه.

وأيضًا فإن[4] القطع في السرقة واجب[5] فلابد من إهدار السراية حتى يتمكن من الواجب؛ لأنه لا يجوز أن يجب عليه ما ليس في وُسعه، فأخرجنا فعلَه من كونه جناية في الابتداء والانتهاء ليصح التمكن منه، وأما[6] في مسألتنا[7] فالقطع[8] غير واجب بل يجوز أن يستوفى، ويجوز أن يعفو، فجعلُه جناية إذا سَرَى لا يؤدّي إلى تكليف ما ليس في وسعه؛ لأنه غير مكلف بالقطع، بل يجوز له القطع وهو مندوب إلى العفو فنهاية ما في الباب أن يقال له: هذا الحق لك مشروط بتحمل خطر فإن تحمّلت فَأَقْدِمْ على القطع وإن لم تتحمّل فاعفُ، واحرزْ الثواب في الآخرة، وليس التمكين على هذه الشريطة بما[9] يردّه معقول ولا مشروع بل الدليل يُلجئ إليه، وهو اعتبار الحق من الجانبين، ونظيره الرمي إلى الصيد[10] على ما سبق بيانه.

---

(١) في (ز): فيصير كما أن الله تعالى هو الذي أهلكه.

(٢) في (ز): فأما.

(٣) في (ز): إنما عمل.

(٤) في (ز): فصار.

(٥) في (ز): واجبًا.

(٦) في (ز): فأما.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): القطع.

(٩) في (ز): مما.

(١٠) في (ز): صيد.

❁ **الجواب:**

أَن الكلام على ما سبق بيانه وتقريره، ولا نحتاج إلى إعادته.

أما قولهم: هو[1] قاتل.

قلنا: لا بل هو قاطع بدليل الحسّ والعيان، وبدليل ما بينّا من تمكينه منه في الشرع.

أما قولهم: إن حد[2] القتل كذا.

قلنا: هذا عندكم، وعندنا حد[3] القتل فعل مفوّت للحياة بنفسه، والقطع ليس بمفوّت للحياة بنفسه، إنما هو مفوت لليد إلا أنه يجوز أن يصير سببًا لتفويت الحياة، فصار القطع قتلًا من حيث التسبيب لا قتلًا[4] من حيث المباشرة، والأصل أن الإنسان متى كان متعديًا في السبب لزمه ضمان ما يؤدّي إليه، وإذا كان غير متعدٍ في السبب لا يلزمه ضمان[5] ما يودّي إليه، بدليل: ما لو حفر بئرًا في ملكه لا يلزمه الضمان إذا وقع فيه إنسان، وإن حَفَرَه في غير ملكه يلزمه، والعلة فيه أن المُسبِب[6] ليس بمباشر، وَمَنْ لم يباشر الإتلاف (لا يجب عليه ضمان الإتلاف)[7] إلا أنه إذا تسبب على طريق

---

(١) في (ز): إنه.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): ضمان.
(٦) في (ز): المتسبب.
(٧) ليست في (ز).




التعدي، والمتعدي مستحق[1] للتغليط عليه، يُنسَب[2] إليه ما أدّى إليه فعله، وإذا كان غير متعدٍ رجعنا إلى الحقيقة، وفي الحقيقة هو غير مباشر للإتلاف فلا يجب عليه ضمان الإتلاف.

وهذه الطريقة حسنة جدًّا، وهي على حرف، وهو: أن السراية منسوبة إليه تسببيًا غير منسوبة إليه مباشرة؛ لأن فعله مباشرة ينقضي بالفراغ منه، ولأن القتل مباشرة، و[3] إنما يكون بما يفوّت الحياة بكل حال، فأما الذي يجوز أن يفُوت الحياة بما يودّي إليه، ويحوز أن لا يفوّت فيكون تسببيًا ولا يكون مباشرة.

وأما دعوى الانقلاب فمحال؛ لأن الفعل إذا فرغ وانقضى لا يُتَصَوَّر[4] انقلابه شيئًا آخر، ولأن أبا حنيفة رحمة الله عليه نص على أن رجلا لو قطع يد عبد ثم هلك العبد منه، قال: يضمن أرش اليد وقيمة العبد ناقصًا بيد، وكذلك إذا ضَرَبَه أسواطًا ونقصت الأسواط منه ثم هلك العبد[5]، والمسألتان تقضيان ببطلان هذا الذي قالوه من الانقلاب.

والذي قالوا: إنه كان قطعًا[6] إلى أن (يسرى فإذا)[7] سَرَى صار قتلًا[8]

---

(١) في (ز): يستحق.
(٢) في (ز): بأن تسبب.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): لا يجوز.
(٥) ينظر: المختلف بين أبي حنيفة وأصحابه ورقة ١٤٣/أ.
(٦) في (ز): قاطعًا.
(٧) ما بين القوسين ليست في (ز).
(٨) في (ز): ثم صار قاتلًا.

لا يصحّ أيضًا لما بينّا أن السراية قتل بالتسبيب لا بالمباشرة، وقد دللنا عليه [٢٨٥/ب].

جواب آخر: إن سلمنا أن القاطع قاتل مباشرة عند السراية لكن قام دليل هدر النفس من الشرع وذلك ورود التمكين من القطع على الإطلاق، ولا يتصور التمكين إلا بعد الحكم بإهدار السراية؛ لأنا[١] إذا لم نهدر يصير جانيًا بالسراية، والفعل متردد يجوز أن يسري ويجوز أن لا يسري، ومع تمثل الفعل بين أن يكون جناية، وبين[٢] (أن لا يكون)[٣] جناية لا يجوز التمكين المطلق من الشرع، وهذا تمشية الطريقة التي اعتمدنا عليها، وهي في نهاية القوة، ولعل هذه الطريقة أحسن من الأولى، والاعتماد عليها أولى.

وعلى هذه الطريقة إذا قالوا: إن الموجود منه (القطع والقتل)[٤].

نقول: إنما يصير قاتلًا بالفعل الأول، والتمكين منه دليل إهدار القتل.

أما قولهم: إن النفس معصومة.

قلنا: وإن كانت معصومة لكن قام دليل الهدر، وهو نظير نفس السارق.

وقولهم: إنه ليس بواجب.

قلنا: وإن لم يكن واجبًا (ولكن ممكّن)[٥] منه شرعًا مطلق غير مشروط

(١) في (ز): لأنه.
(٢) في (ز): غير.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): قطع وقتل.
(٥) في (ز): لكنه متمكن.

بشرط، وإذا لم نهدر السراية و[1] جعلناه جانيًا بقطعه إذا سَرَى لم يجز إطلاق القطع.

وأمّا[2] تحمّل الخطر الذي قالوه ففيما قلناه جواب عنه، ولأن اليد بدل يده، وكانت يده له من غير خطر، فوجب أن تكون يد الجاني له قطعًا بلا خطر لتتحقق البدليّة، وإذا عرفنا[3] الطريقة واستمرت، ظهر ضعف عذرهم عن فعل القطع في السرقة، ويقال: إنما ينتقل إلى الله تعالى إذا بقي قطعًا، فأما إذا صار قتلًا فلا، كما أنكم قلتم إنما يكون فعله قصاصًا إذا وَقَفَ فأما إذا سَرَىَ فلا.

وقولهم: إنه واجب.

قلنا: وهذا مشروع مستحق، فكما أن الوجوب يشعر بإهدار السراية كذلك الاستحقاق والمشروعية وقد سبق هذا بما فيه كفاية.

وأما مسألة الرمي فالفعل الموجود منه قتل الآدمي إلا أنه ظن أنه صيد، وذلك غير مستحق، وفعله حاصل في غير حقه، وأَمَّا[4] إذا رمي (إلى صيد)[5] أو إلى كافر[6] ونَفَذَ منه إلى مسلم، فهناك هو مباشر الفعل[7] في كلا المحلّين، وليس على طريق السراية ليكون تسببيًا، وعلى الطريقة الثانية

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): فأما.
(٣) في (ز): عرفت.
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): صيدًا.
(٦) في (ز): كافر فأصابه.
(٧) في (ز): للقتل.

يمكن الاحتراز عن إصابة آدمي آخر.

ألا ترى أنه يصحّ أن يقال له: إرم الكافر من غير أن يصيب مسلمًا، أو الصيد من غير أن يصيب آدميًّا، ولا يجوز[1] أن يقال هاهنا: اقطع (من غير أن)[2] يسري، وكذلك الجواب عن فصل ضرب (الزوج زوجته)[3] إنما أوجبنا بتقدير العدوان (أو بالخطأ)[4] منه في الاجتهاد؛ لأنه موكول إليه، وفي مسألتنا هذا لا يتصور على ما سبق ولأنه محل مقدّر معلوم[5] محدود لا يزاد عليه ولا ينقص منه فلم يكن مُجتَهدًا فيه حتى يتوهم الخطأ فَظَهَرَ الفرق، والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة):

إذا قطع يده فَهَلَكَ منه تُقطع يد الجاني، فإن هَلَكَ وإلا قُتِل[6].

وعندهم: يقتل، ولا تُقطع يده[7].

وعلى هذا إذا أحرقه[8] بالنار عندنا: يُحرق[9].

---

(١) في (ز): ولا يمكن.
(٢) في (ز): قطعًا لا.
(٣) في (ز): الزوجة.
(٤) في (ز): إذ الخطأ.
(٥) ليست في (ز).
(٦) النكت للشيرازي ورقة ٢٥٨/ب، التهذيب ٩٢/٧.
(٧) المبسوط ١٤٩/٢٦، رؤوس المسائل ص٤٦٦.
(٨) في (ز): حرّقه.
(٩) التهذيب ٩١/٧.

وعندهم: لا يجوز إلا القتل بالسيف[١].

لنا:

إن القصاص فعل مثل فعل، وقد دل على هذا قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾[٢]، وقال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾[٣]، وقد فعل الأول قطعًا ساريًا إلى النفس فيمكّن الولي من هذا الفعل ليكون قد فَعَلَ مثل فعله.

والحرف: أن القطع ليسري[٤] قصاص فيُمكّن ولي الجناية منه كما لو ضَرَبَ رقبته، يمكّن من ضرب رقبته، ويمكن أن يُحتج بمثل هذا في التحريق بالنار.

يبينه: أن أصل القتل لما[٥] اتبع في القصاص فجهة القتل أيضًا تُتّبع ليكمل الفعل قصاصًا، فأنا لو اتبعنا أصل الفعل ولم نتّبع جهة الفعل لم يتم القصاص، و[٦] بل كان قصاصًا من وجه دون وجه.

يدل عليه: أن التَّشفي مقصود، وكمال التَّشفي في كمال القصاص، وذلك في اعتبار أصل القتل وجهته.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: تعدّى عليه بجرح قاتلٍ فهو قاتل، والقاتل لا يجب عليه إلا

(١) بدائع الصنائع ٤٦٤٤/١٠.
(٢) سورة البقرة، آية (١٩٤).
(٣) سورة النحل، آية (١٢٦).
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).

القتل، وموضع القتل هو الرقبة يحزّها، وأما اليد فليس بموضع القتل بل هو[1] موضع القطع، ألا ترى أنه يؤخذ[2] ولا يقتل وهو الأغلب، وأما حَزّ الرقبة فهو قتل قطعًا.

وأما قولكم: إنه فَعَلَ قطعًا ساريًا، قالوا: القطع الساري هو القتل الذي قلنا[3]، وقد مكنَّاه من القتل، وأما[4] المماثلة التي اعتمدتم عليها فهو رجوع إلى الصورة، والحقيقة ما قدّمنا[5]، وعلى أن تلك الصورة لا يمكن اعتبارها؛ لأن السراية [٢٨٦/أ] مشكوك فيها فلا يجوز فعل القطع باعتبار سراية مشكوك فيها، ولأنا إذا اعتبرنا هذه الصورة في المماثلة فلا[6] تأمن من جور وظلم نرتكبه، وذلك بأن لا يموت فنحتاج إلى قتله، وقتله بعد القطع زيادة فعل لم يرتكبها الأول فيكون جورًا، والاحتراز من الجور واجب.

وربما يعبرون عن هذا، ويقولون: يؤدّي إلى إذاقته[7] حرّ الحديد مرتين بإزاء إذاقته الحديد مرة واحدة أو أَلَمَانِ بإزاء ألمٍ واحدٍ، وهذا لا يجوز.

قالوا: ولأن هذا لو كان هو المماثلة لم يجز غيرُها[8]، وأجمعنا على أن القتل بالسيف جائز، دلّ أن ما قلتم ساقط، وأما فصل التَّشفي فقد وُجد

(١) في (ز): هي.
(٢) في (ز): يوجد.
(٣) في (ز): قلناه.
(٤) في (ز): فأما.
(٥) في (ز): ما قدمناه.
(٦) في (ز): لم.
(٧) في (ز): إذاقة.
(٨) في (ز): غيره.

التَّشفي (في أصل)[1] القتل، وتلك الزيادة ساقطة لما بينّا؛ ولأن التَّشفي حكمة القَوَد، والقصاص بعلته لا بحكمته فبيّنوا السبب، ولا سبب للقطع، بل ما قلتم إيجاب قطعٍ في قتلٍ، وهذا باطل بالإجماع.

واستدل بعض مشايخهم، وقالوا[2]: ما دون النفس إذا[3] صار نفسًا سَقَطَ ما دونه، بدليل ما لو قَطَعَ خطأ فَهَلَكَ منه وجبت الدية وسقط الأرش.

الجواب:

أما قولهم: إن الموجود منه قتل.

قلنا: لا، بل قطعٌ سارٍ بدليل الحسّ والعيان، ولئن كان قتلًا فكما يُعتبر أصل القتل يعتبر جهتُه أيضًا كما بينّا، ولأن ما بُني على المماثلة (فكل ما)[4] يمكن فيه اعتبار المماثلة يُعتبر.

وقولهم: إن اليد ليست بمحل القتل.

قلنا: الموجود منه قطعٌ سارٍ، وهو محلُ قطعٍ سارٍ، وعلى أنه محل القتل إذا انضم إليها[5] السراية، والمعتمد هو الحرف الأول.

بقي قولهم: إن السراية مشكوك فيها.

قلنا: إنما مكنَّاه منه باعتبار جواز الوجود، وجواز السراية موجود، فجاز

(١) في (ز): بأصل.
(٢) في (ز): فقالوا.
(٣) في (ز): متى.
(٤) في (ز): فكما.
(٥) في (ز): إليه.

قطعه، ولا ندعي يقين السراية لنجوّز القطع إنما نعتبر جواز السراية لتجويز القطع وإن لم يسر يُقتل، ويُجوِّز له ذلك ولا عتب عليه، والعلة المطلِقة لهذا ما بينا[١] وهو أن يُفعل به مثل ما فَعَلَ.

أما قولهم: إنه يودّي إلى الجور.

قلنا: لا يودّي، لأنه إن هلك فقد حصل المقصود، وإن لم يهلك يقتله، ويصير ذلك تتميمًا للفعل الأول، ولا يُعَدّ جورًا؛ لأنه ليس في قتله إلا إهلاكه، وقد[٢] أهلك الأول بقطعه الساري، والولي قد أهلكه بقطعه وقتله، ولئن وجد زيادة في الصورة لا[٣] يبالي بها كما لو ضربه ضربة واحدة وقتله[٤].

فَضَرَبَه (ضربة واحدة)[٥] ولم[٦] يقتله (يُكرّر عليه ليقتل)[٧] وسقط اعتبار الزيادة لما بينّا، كذلك هاهنا.

وأما قولهم: إذا قتله بالسيف يجوز.

قلنا: إنما جاز؛ لأنه قصاص أيضًا إلا أنه أخف القِصَاصَينِ، والأول أشدُّ القِصَاصَينِ.

وبيانه: أن ذلك قصاص؛ (لأنه إهلاك بإهلاك، وهذا قصاص صورة

---

(١) في (ز): ما بيناه.
(٢) في (ز): فقد.
(٣) في (ز): فلا.
(٤) في (ز): فقتله.
(٥) ما بين القوسين زيادة من (ز) يقتضيها السياق.
(٦) في (ز): فلم.
(٧) في (ز): فإنه يكرر الضربة حتى يقتله.

و)[1]معنى ؛ لأنه إهلاك بإهلاك وجهة بجهة.

وقد قال بعض أصحابنا: إن الرقبة محترمة فلا تسقط حرمتها بالجناية على اليد، وهو يبطل بهذه المسألة، وهو جواز القتل بالسيف، اللهم إلا أن يُمنَع ولا يعرف منع[2]، وأما فصل الخطأ فالتعلق به خطأ ؛ لأن الدية واجب المحل، فإذا[3] ضمن عوض الجملة دخل فيها أجزاؤها، وأما القصاص واجب[4] الفعل فيتّبع فعل الجاني ويُحذى حذوه.

والدليل على الفرق: أن أبا حنيفة رحمة الله عليه، قال: لو قُطِعَ خطأ ثم قُتِلَ خطأً لم يجب إلا الدية، ولو قُطِعَ عمدًا ثم قُتِلَ عمدًا يجب القصاص فيهما[5] فبطل التعلق، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

مَنْ له القصاص في النفس إذا قَطَعَ يد مَنْ عليه القصاص، ثم عفا عن النفس لم يضمن أرش اليد عندنا[6].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: يضمن (أرش اليد)[7][8].

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): جهته.
(٣) في (ز): وإذا.
(٤) في (ز): فواجب.
(٥) الجامع الصغير مع شرحه ص٤٩٩ ـ ٥٠٠.
(٦) النكت للشيرازي ورقة ٢٥٨/ب، التهذيب ٨٦/٧.
(٧) الأسرار، كتاب الديات ص٢٢٢، المبسوط ١٥٠/٢٦، حاشية ابن عابدين ٥٦٦/٦، مختصر اختلاف العلماء ١٣٢/٥، الجامع الصغير مع شرحه ص٥٠٤.
(٨) ليست في (ز).

❁ لنا:

إنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقي بعفوه، فلا يضمن ما استوفاه.

يبينه: أنه لو استوفى كل حقه لا يضمن، فإذا استوفى بعض حقه أولى أن لا يضمن؛ لأن الكل إبعاض مجتمعة.

ثم الدليل على أنه استوفى بعض حقه؛ لأن حقه ثابت في النفس بأجزائها، وإبعاضها من حيث الإهلاك؛ لأن الجميع نفس، والأجزاء من النفس، وحقه ثابت في النفس، فمن ضرورته ثبوت حقه فيما هو من النفس.

ويدل عليه من حيث الحكم: أنه لو شهد شاهدان على إنسان بالقصاص في النفس، ثم إن المشهود له قَطَعَ يد المشهود عليه، ثم رَجَعَ الشاهدان ضمنا دية اليد للمشهود عليه، وجُعِلَ إيجاب الحق في النفس إيجابًا للحق في اليد، ولولا هذا لم يضمنا فكذلك وجوب الحق في النفس يتضمن وجوب الحق في اليد، والمسألة مذكورة في الزيادات، ونصّ[1] فيها على قول أبي حنيفة رحمه الله.

وأيضًا فإن اليد من النفس بمنزلة [٢٨٦/ب] الإِصبع من اليد، ثم أن مَنْ له القصاص في اليد إذا قَطَعَ إِصْبعَ مَنْ عليه القصاص ثم عفا عن اليد لم يضمن أرش الإِصبع، كذلك في مسألتنا.

يبينه: أن ثبوت الحق في اليد تضمّن ثبوت الحق في الإصبع كذلك ثبوت الحق في النفس يتضمن ثبوت الحقّ في اليد، والمسألتان معتمدتان في الإلزام.

(١) في (ز): ولا نص.

۞ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى أنه لا حقّ له في اليد فقطعُها يكون سببًا لضمانها.

والدليل على أنه لاحق له في اليد: أن حقه القتل، والقطع غير القتل؛ لأن القتل فعل تفوت به الحياة، والقطع إبانة اليد من الجملة مع بقاء الحياة في الجملة، وهما غَيْرَانِ بلا إشكال، وإذا كان غيره فثبوت الحق في النفس لا يوجب ثبوت الحق فيها[١]، ولهذا المعنى لا يُمكّن من قطع اليد، وإذا قَطَعَ يُعزّر ويؤدّب.

واستدلوا من حيث الحكم، وقالوا: إنه لا حق له في اليد بأن[٢] الإنسان إذا كان عليه قصاص في النفس لإنسان، وقصاصٌ في اليد لغيره (فَقَطَعَ يده)[٣] لمن له القصاص فيها لا يضمن مَنْ عليه القصاص لصاحب النفس شيئًا، ولو كان حقه ثابتًا في اليد لكان قد اجتمع في اليد حقان لشخصين، فيجب إذا قضى حق أحدهما يضمن للآخر أرش اليد، كما لو كان عليه القصاص في اليد لشخصين (فقطع يده)[٤] لأحدهما ضمن الأرش للآخر، وحين لم يضمن في مسألتنا دلّ أنه لا حقّ له في اليد.

وبهذا الطريق يظهر الفرق بين هذه المسألة وبين مسألة قطع الإصبع؛ لأن في مثل[٥] هذه الصورة هناك إن لم يضمن أرش الإصبع لمن له القصاص

---

(١) في (ز): في الطرف.
(٢) في (ز): أن.
(٣) في (ز): فقطعت يده.
(٤) في (ز): فقطعت يده.
(٥) ليست في (ز).

في اليد يتخير مَنْ له القصاص في اليد ولم يكن له خيار من قبل، وفي مسألتنا قطع اليد ليس له أثر أصلًا، وإذا ثبت أنه لا حق له في اليد كان قطعه موجبًا للضمان إلا أنه لا يضمن في الحال؛ لأن حقه قائم في النفس، فصار مانعًا من وجوب الضمان من حيث أنها تهلك بهلاك النفس، فإذا عفا عن النفس زال المانع فظهر الضّمان.

واستدلوا من وجه آخر، وهو: أن الباقي بعد استيفاء اليد جميع حقه بدليل المسألة التي بيناها، ولأن حقه في النفس والباقي نفس كاملة، فإذا عفا فقد أسقط كل حقه، فظهر أن اليد مُستوفاة على غير حقّه فوجب الضمان.

وبهذا فارق مسألة الإصبع؛ لأن الباقي ليس بكل حقه بدليل: أن الكاملة لا تقطع بالناقصة في اليد، والنفس الكاملة تقتل بالنفس الناقصة هو الزَّمِنة ومقطوع الأطراف.

وقد منع بعضُهم مسألة الإصبع على قول أبي حنيفة، أما مسألة الشهادة فمنعَها بعضُهم على قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ أيضًا.

وعلى التسليم قالوا: قطعه اليد موجب للضمان إلا أنا بينّا أن حقه في النفس مانع فكأنَّ الشهود شهدوا ببراءته عن الضمان بعد وجود سببه ثم رجعوا، ومثل هذا يكون موجبًا للضمان قالوا: وليس يلزم على ما قلنا إذا سَرَى القطع؛ لأن الفعل صار قتلًا، والقتل حقه.

قالوا: وأما إذا قَتَلَ بعد أن قَطَعَ فإن كان بعد البُرء يجب ضمان اليد وإن كان قبل البُرء فهو ينزل منزلة السراية ويصير كأنه جُعِلَ فعل الأول قتلًا فلم يجب ضمان اليد لهذا.

❁ **الجواب:**

إنا بينّا أن حقه في اليد ثابت بدليل ما ذكرنا[١].

وقولهم: إن القطع غير القتل، والقتل غير القطع فهو مُسَلَّم، ونحن لا ندّعي أن القطع بصورته حقه، ولكن ادّعينا أن اليد حقه بالوجه الذي قدمنا[٢] ففعله صادف محل حقه إلا أن طريق استيفاء هذا الحق هو قتله فتصير اليد مستوفاة باستيفاء النفس، وإذا كان القطع صادف محل حقه لم يتصوّر أن ينعقد سببًا موجبًا للضمان، وعَدَمُ إطلاق القطع ليس لأن اليد ليس بحق له، لكن لأن المماثلة في الفعل واجبة فإذا كان استوفى منه اليد باستيفاء النفس لم يكن له استيفاؤها مفردة[٣] عن النفس، فصار الحرف

❁ **لنا:**

أن اليد حقه بثبوت حقه في النفس، وإذا صادف القطع محل حقه لم يتصور سببًا موجبًا للضمان، ونسلم أن القطع ليس بحقه على معنى أنه لا يجوز له فعله لكن لا يصلح سببًا للضمان لما ذكرنا.

فإن قالوا: إذا كان حقه تبعًا فإذا استوفى أصلًا وجب الضمان.

قلنا: هذا ليس إلا مغايرة في الجهة، والمغايرة في جهة الاستيفاء لا تكون سببًا موجبًا[٤] للضمان بعد أن يكون المحل حقًا له.

---

(١) في (ز): ما ذكرناه.
(٢) في (ز): قدمناه.
(٣) في (ز): منفردة.
(٤) ليست في (ز).

وأما المسألة التي أوردوها.

قلنا: إنما لم يضمن أرش اليد لصاحب النفس؛ لأن الباقي في الشرع جُعِلَ جميع حقه، ولو لم (يستوف لكن)[1] سقطت (بآفةٍ) لم يضمن.

أما قولهم: إن الباقي إذا كان جميع حقه تبين أن العفو صادف غير حقّه.

قلنا: لا يتبين؛ لأن العفو [٢٨٧/أ] لا يتصور أن ينصرف إلى المستوفى، بل ينصرف إلى غير المستوفَى، ثم يبطل هذا الفصل بما لو قطع اليد، ثم قَتَلَ فإن بالقتل أيضًا استوفى جميع حقه، ومع ذلك لا يضمن اليد فإذا جاز أن يستوفى ما جُعِلَ جميع حقه في الشرع، ولا يضمن القطع السابق جاز أن يعفو عما جُعِلَ جميع حقه في الشرع ولا يضمن القطع[2] السابق.

وأما فَرْقهم بين ما إذا كان حصل البرؤ عن القطع وبين ما إذا لم يحصل نلزمهم إذا لم (يكن بَرأ)[3] عن القطع.

وقولهم: إنه ينزل منزلة السراية (أو يكون تكميلًا للفعل الأول لا يصح؛ لأن عند أبي حنيفة لو قَطَعَ يده ثم قَتَلَه تقطع يده ويُقتل، وإن كان قبل البرء نُزّل منزلة السراية)[4]، أو كان تكميلًا على ما زعموا لم يجز ذلك.

والذي اعتذروا عن مسألة الشهادة ضعيف جدًّا؛ لأن الشهود ما شهدوا على البراءة، إنما الشهادة على ثبوت الحق في النفس، فإذا لم يثبت حقه في اليد كيف يسقط الضمان؟ والله أعلم.

---

(١) في (ز): يستوفها لكنها.
(٢) في (ز): بالقطع.
(٣) في (ز): يبرأ.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).

※ (مَسْأَلَة):

مَنْ عليه القتل إذا التجأ إلى الحرم يُستوفى منه القتل بأي سبب كان عندنا[(١)].

وعندهم: لا يستوفى، ويأمن من القتل بالتجائه إليه[(٢)].

❖ لنا:

إن وجوب القتل بسببه مطلق للاستيفاء بدليل ما قبل الالتجاء، وإذا وُجد سبب إطلاق الاستيفاء أطلق له الاستيفاء إلا بمانعٍ ولا مانعَ هاهنا؛ لأن بقعة الحرم لا تمنع استيفاء الحقوق كسائر الحقوق سوى القتل، ولأنه لم يوجد هاهنا سوى أن هذه البقعة[(٣)] شريفة، وشرف البقعة لا يمنع استيفاء الحقوق فيها؛ لأن شرف البقعة إنما يأبَى ما يُخل بشرفِها[(٤)]، واستيفاء الحقوق الواجبة لا يخل بالشرف.

يبينه: أن شرف البقعة لحق الله تعالى، واستيفاء القتل في هذه المواضع بأمر الله تعالى، وموافقة أمر الله تعالى لا يمنع الشرف الثابت لحق الله تعالى، ولأنا أجمعنا على أن القصاص يبقى[(٥)] وجوبه بعد دخوله[(٦)] الحرم، فإذا

---

(١) النكت للشيرازي ورقة ٢٥٩/ب، المهذب ١٨٩/٢، الحاوي ٢٢٠/١٢، المنهاج مع المغني ٤٣/٤، التهذيب ٨٤/٧.

(٢) الجامع الصغير مع شرحه ص٥١٨، الأسرار، كتاب المناسك ص٣٥٥، أحكام القرآن للجصاص ٢١/٢، الدر المختار ٦٢٥/٣ مع رد المحتار، رؤوس المسائل ص ٤٦٨.

(٣) في (ز): بقعة.

(٤) في (ز): بشرف البقعة.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): الدخول إلى.

أخرنا الاستيفاء إلى أن يخرج، (والخروج)[1] ليس له غاية معلومة، بل يجوز[2] أن يلزم الحرم ولا يخرج إلى أن يموت، فيكون في منعه من الاستيفاء إبطال حقه؛ لأن المنع من الاستيفاء لا إلى غايةٍ إبطالٌ.

والحرف: أن هذا حق محترم فلا يجوز إبطاله[3]، ولا ما هو في معنى الإبطال؛ لأن ما هو في معنى الإبطال إبطال، وهذا فصل معتمد.

والاستدلال من حيث الأحكام بفصل القصاص في الطرف، ووجه الإلزام: أنه خائف، وقد نُزِّل الخوف[4] على الطرف منزلة الخوف[5] على النفس بدليل أن الإكراه بأحدهما مثل الإكراه بالآخر.

والحكم الثاني: إذا[6] قَتَلَ في الحرم يُستوفى منه القَوَد، ووجه الإلزام: أن المانع إذا كان شرف البقعة فغاية ما في الباب أنه جنى في الحرم وهتك حرمته فلا يترك حق شرف البقعة بجنايته.

والحكم الثالث: أنه لو أقدم مَنْ له القصاص على قتله بعد دخوله الحرم لا يضمن شيئًا، ووجه الإلزام: أن الثابت عندكم أمان، والأمان لا يتم إلا بإيجاب الضمان.

لأن الوعيد في الآخرة لا يكمل إلا[7] ....

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): يجوز له.
(٣) في (ز): فيه الإبطال.
(٤) في (ز): الحقوق وهو خطأ.
(٥) في (ز): الحقوق وهو خطأ.
(٦) في (ز): أنه إذا.
(٧) في (ز): به.

بالردع[١] والمنع؛ لأنه لو كَمُلَ لاستُغنى عن السياسات الشرعية (أعني الحدود)[٢].

۞ أمّا[٣] حجّتهم:

قالوا: الحرم مأمن للخائفين، بدليل قوله تعالى: ﴿أَوَلَمْ نُمَكِّن لَّهُمْ حَرَمًا ءَامِنًا﴾[٤] أي آمنًا من[٥] فيه، كذلك قال تعالى: ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا﴾[٦] والأمن لا يتصوّر إلا لخائفٍ، فأما أمان الآمن محال، ولئن أُطلِق في موضع يكون مجازًا، والمعنى في مأمنيّة البقعة شرف البقعة، وَمَنْ التجأ إلى ذُرى إنسان وَكَنَفِه فَأَمِنَ فيه أَشْعَرَ ذلك بشرفه وخطره، وهذا الشرف إنما يوجد في أمان خائف، وأمّا في أمان الآمن فلا؛ لأن الحُرمة والخطر إنما تظهر إذا كان الملتجئ خائفًا، وبهذا تحسن المنّة والنّعمة.

ألا ترى إلى قوله: ﴿فَلْيَعْبُدُوا۟ رَبَّ هَٰذَا ٱلْبَيْتِ ۝٣ ٱلَّذِىٓ أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَءَامَنَهُم مِّنْ خَوْفٍۭ﴾[٧]، والمنَّة تحسن في الإطعام عند مقدمة الجوع، وتحسن في الأمان عند مقدمة الخوف، والدليل على أنه مأمن من حيث الحكم فصل الصيد.

يبينه: أن الصيد حيوان مباح الدم في الأصل، والآدمي معصوم الدم

(١) في (ز): الردع.
(٢) في (ز): والحدود.
(٣) في (ز): وأما.
(٤) سورة العنكبوت، آية (٦٧).
(٥) في (ز): لمن.
(٦) سورة آل عمران، آية (٩٧).
(٧) سورة قريش، الآيات (٣، ٤).

في الأصل إلا أنه إذا جنى التحق بمباح الدم في الأصل بحكم جنايته، فصار أحدهما مثل الآخر.

قالوا: ولا يجوز (أن تحمل)[1] الآية على الصيد؛ لأنه تعالى قال: ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا﴾[2]، وهذا لا يتناول إلا العقلاء؛ ولأن الله تعالى قال: ﴿أَوَلَمْ يَرَوْا۟ أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا ءَامِنًا﴾[3] وإنما أراد به الناس، ألا ترى أنه قال: ﴿وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ﴾[4].

يبينه: أن الحصول في البقعة إذا [٢٨٧/ب] كان يثبت الأمن فأولى أن[5] يحمل على الآدمي؛ لأنه يخاف ويأمن، أما الصيد هو على خوفه الأصلي حيثُ ما[6] كان، وإنما مُنِعنا من التعرض له، ولا يجوز حمله على البيت؛ لأن الله تعالى نص على الحرم في إحدى الآيتين؛ ولأنه تعالى قال في الآية الأخرى ﴿فِيهِ ءَايَٰتٌۢ بَيِّنَٰتٌ مَّقَامُ إِبْرَٰهِيمَ﴾[7] ومقام إبراهيم خارج البيت؛ ولأن عندكم لا يأمن في البيت؛ لأنه[8] يُخرج ويُقتل.

قالوا: ولا يجوز أن يُعكَسَ علينا حيث يقول: لا يبايع ولا يُشارى ولا

---

(١) في (ز): حمل).
(٢) سورة آل عمران، آية (٩٧).
(٣) سورة العنكبوت، آية (٦٧).
(٤) سورة العنكبوت، آية (٦٧).
(٥) في (ز): بأن.
(٦) ليست في (ز).
(٧) سورة آل عمران، آية (٩٧).
(٨) في (ز): بل.

يُروَى[1] ولا يُجالس؛ لأن حقيقة الأمن ترك التعرض[2]، ونحن لا نتعرّض له، ولو مكث حينًا طويلًا في الحرم، (وَجَعَلَ يحمل)[3] الطعام من خارج الحرم لا يمنع[4]، وأما في البيت عندكم يتعرض له؛ لأنه يُجرّ[5] إلى الخارج ويُقتل.

قالوا: ولا يجوز الحمل على الأمن في الآخرة من العذاب؛ لأنه لا يأمن إلا أن يكون مطيعًا فيه، وحينئذٍ لا يكون الأمن بالدخول إنما يكون بفعل الطاعة، ولأنه خائف في الدنيا فوجب أن يأمن في الدنيا.

قالوا: وإذا ثبت هذا فقولكم: إن الحرم لا يمنع استيفاء الحقوق، (فكما)[6] أَنّ لمن له القصاص حق القصاص فلله تعالى حق الأمان فتَعَارَضَ حق بحق فجمعنا بين الحقين.

وقلنا: إنه[7] يُؤخّر إلى أن يخرج ليكون جمعًا بين الحقَّين، وعندكم يُستوفى في الحرم، فيكون فيه إسقاط أحد الحقين، وهذا لا يجوز.

وعلى هذا قولكم: إن ما قلتم تأخير لا إلى غاية معلومة فيكون إسقاطًا لا يصح؛ لأن الخروج من الحرم إذا كان موهومًا متصورًا لم يلتحق التأخير

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): التعرض له.
(٣) في (ز): وحمل.
(٤) في (ز): لا يمنع منه.
(٥) في (ز): يلبث ويجر.
(٦) في (ز): وجه له فإنه كما.
(٧) ليست في (ز).

بالإسقاط، وعلى أن عندنا يُلجَأ إلى الخروج بترك المجالسة وترك الإيواء والمعونة ليستوحش فيخرج على ما قاله ابن عباس [(١)].

قالوا: وأما الطرف فقد ثبت عندنا أنه ملحق بالمال، والكلام في خائف على نفسه، ألا ترى أن عندكم ظهر تأثير الحرم في النفس في إثبات أمنٍ زائدٍ حتى تَغَلَّظَ الواجب بالقتل مثل شبه العمد، ولم يظهر في الطرف والأموال.

قالوا: ولأنا أثبتنا الأمن بالنص، والنص تناول داخلًا خائفًا والدخول بنفسه دلّ أنه تناول مَنْ يخاف على نفسه إلا أنه ثبت الأمن في الطرف تبعًا، وإذا قام الدليل على ثبوت الأمن في محل تبعًا لم يُلحق به ثبوت الأمن فيه قصدًا، لأن الأمن قصدًا فوق الأمن تبعًا فلا يُلحق به، وعلى أن الأمن لحق الله تعالى والطرف لا يلحق بالنفس في حق الله تعالى، بدليل الكفارة، وأما الطرف في حق الصيد فليس لإلحاقه بالنفس لكن الرسول ﷺ قال: (ولا يُنفّر صيدها)[(٢)] وقطع الطرف فوق التنفير فحرم لهذا.

قالوا: وأما إذا قَتَلَ في الحرم إنما يقتل، لأنا أمرنا بأن نُؤَمِّن مَنْ دخل في الحرم؛ ولم نؤمر بتحمل أذاه، وقد آذى في الحرم فيدفع عند القصد ويُجازى عند تحقيق الجناية، والكل ليندفع أذاه في الحرم؛ لأنه إذا قَتَل في الحرم ولم نقتله، أغريناه على القتلِ في الحرم، وهتكِ حرمته، وإذا منعنا من قتله عند الالتجاء لم نغره لكن عظّمنا الحرم، وجعلناه كخائف التجأ إلى ذُرى سلطان منيع الجانب، عزيز الظِّل فأَمِن فيه إلى أن يخرج عنه[(٣)].

---

(١) في (ز) زيادة: حبر زمانه.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٤/٤٦ مع الفتح، كتاب جزاء الصيد، باب لا ينفر صيد الحرم.

(٣) ليست في (ز).

وأما الصيد إذا صال في الحرم يُقتل لدفع الأذى، والمجازاة لا تتصور؛ لأنه غير مكلف.

قالوا: وأما الضمان لو أوجبنا أدَّى إلى إسقاط حق مَنْ له القصاص والحرم لا يُسقط الحق، ولكن يمنع، وليس من ضرورة المنع وجوب الضمان كنساء أهل الحرب وصبيانهم.

قالوا: وليس يلزم الإسلام والإحرام؛ لأنهما ليسا سبب[1] الأمن، وهذا محل الأمن، ولهذا في الإحرام لم يظهر عندكم تأثيره في تغليظ الدية بخلاف الحرم، وفي الإسلام عندنا سبب العصمة هو الإحراز بدار الإسلام لا نفس الإسلام، ولأنا لو قلنا: يأمن بالإسلام والإحرام أدَّى إلى سقوط الحق؛ لأنه لا يُعوز هذا في زمانٍ مَّا، أما الحرم فبقعة مخصوصة قد يصل إليها، وقد لا يصل فلا يودّي المنع إلى إسقاط الحق.

الجواب[2]:

أما قولهم: إن الحرم مأمن إن عنيتم أنه موضع الأمان شرعًا حتى إن كلَّ خائف يحصل فيه يأمن، لا[3] نسلِّم.

وإن عنيتم أنه موضع الأمان حسًّا على ما كان يعتاده العرب بما ألقى الله تعالى في قلوبهم من تعظيم الحرم[4]، فمسلَّم، ولكن هذا لا يوجب المنع

(١) في (ز): بسبب.
(٢) في (ز): والجواب.
(٣) في (ز): فلا.
(٤) في (ز): الحرم وتشريفه.

من استيفاء الحق[١]، وقد كان من عادة العرب إغارة[٢] الأموال وسفك الدماء، ويخطف بعضُهم بعضًا، وكان[٣] ذلك كسبهم، ومع ذلك كانوا لا يتعرضون لأهل الحرم ويقولون[٤]: هؤلاء أهل الله.

فإن قيل: كل ما هو من قبيل الحكم إذا وَرَدَ من الشارع يُحمل على نُصُب الشرع إلا أن يقوم الدليل [٢٨٨/أ] على خلافه، ولأنا إذا حملنا على نُصُب الشرع لم يتصور خلافه وإذا حملنا على الأمان الحسّي الذي ذكرتم تصوّر خلافه، فالله تعالى قال: ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا﴾[٥].

وعلى ما قلتم يكون حقيقة الخبر، والخُلْف في الخبر من الله تعالى لا يتصوّر، وعلى ما قلنا يكون خبرًا بمعنى الأمر، والمخالفة تتناول المأمور لا الأمر.

والجواب: أن نُصُبَ الشرع بإثبات (حكم آخر)[٦] أقسام: ما وَرَدَ به الكتاب، وفيه أقسام أُخر: منها إظهار المنّة، وتحقيق النعمة ليكون المذكور دعاءً لهم إلى الإسلام، وما نحن فيه من هذا النمط، ولهذا الجنس نظائر كثيرة في نص الكتاب، وقد أشار إلى هذا بقوله تعالى: ﴿فَلْيَعْبُدُوا۟ رَبَّ هَٰذَا ٱلْبَيْتِ ۝٣ ٱلَّذِىٓ أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَءَامَنَهُم مِّنْ خَوْفٍۭ﴾[٧].

---

(١) في (ز): الحق فيه.
(٢) في (ز): الغارة.
(٣) في (ز): فكان.
(٤) في (ز): فيقولون.
(٥) سورة آل عمران، آية (٩٧).
(٦) في (ز): الحكم أحد.
(٧) سورة قريش، الآيات (٣، ٤).

وأما قولهم: إنا إذا حملنا[١] على الأمن الحسّي على طريق الخبر يقع الخُلُف على الله.

قلنا: إنما ذكرنا ما كان عليه العرب في غالب عاداتهم، وفي هذا لم يُوجد الخُلُف إلى زمان رسول الله ﷺ وبعده، (فإن خلاف هذا)[٢] كان نادرا، والنادر لا يُعد خلافًا في العامّ الغالب.

ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَيُتَخَطَّفُ ٱلنَّاسُ مِنْ حَوْلِهِمْ﴾[٣] هو خبر عمَّا كان[٤] عليه غالب العادة من العرب، وإن كان يُجوّز خلافه، ولكن لم يُعتبر النادر، كذلك هاهنا.

وأما الذي تعلقوا به من شرف البقعة (فقد ذكرنا أن المنع من استيفاء الحقوق الواجبة لا يظهر به شرف البقعة)[٥]، وإنما شرف البقعة بوجوهٍ أخر مما يتعلق بإيجاب القصد إليه للحج والعمرة، وجعلِها قبلة للناس أو بالأمن الحسّي على ما يعتقدونه من حرمتها وتعظيمها.

أما فصل الصيد فقد بينّا أن ثبوت الأمن في حق الصيد لا يتصوّر؛ لأن خوفه لا يزول بدخول الحرم، والدليل على أنه ليس على طريق إثبات الأمن: أن الصيد لا يُعقر، والنبات من الحرم لا يُقلع، ولا يتصور أمن النبات، وإنما المنع من الصيد نوع ابتلاء من الله تعالى بأن أباح الاصطياد في محل دون

---

(١) في (ز): حملناه.
(٢) في (ز): وجد خلاف.
(٣) سورة العنكبوت، آية (٦٧).
(٤) في (ز): كانت.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

محل، كما أباح في حالة دون حالة.

ألا ترى أن الاصطياد اكتساب، وسائر أنواع الكسب أقرب إلى هذا النوع من الكسب من أجزية الجرائم إليه، وبالإجماع لم يحرم سائر أنواع الكسب قياسًا على الاصطياد فكيف يحرم أجزية العقوبات قياسًا عليه؟ وهذا لحقيقةٍ: وهو أنه لا حق له في نفس الصيد إنما يثبت بالاصطياد حق[1]، وهاهنا في المحل حق ثابت فهو كسائر الحقوق الثابتة في سائر المحالّ.

وقولهم: إن الآدمي بالجناية التحق بالمباح دمه في الأصل محال من الكلام؛ لأن القَوَد جزاء الجناية فكيف يلحق بالإباحة الأصلية؟.

ويمكن أن يجعل فعل الصيد دليلًا عليهم، فيقال: إن الحرم لا يوجب أمن السباع العادية والحيوانات المؤذية، فكذلك لا يوجب أمن الجناة؛ لأن الجُناة من الآدميين بمنزلة المُؤذيات من سائر الحيوانات.

ويمكن أيضًا أن يُحتج بالآية عليهم، فيقال: وَجَبَ أن يأمن صاحب الحق إذا دَخَلَ في الحرم من ضياع حقه، وأنتم خوّفتموه من الضياع، فقد قلبتم واجب الشرع، فَأَمَّنتم الظالم وخوّفتم المظلوم.

وأما المسائل الإلزامية فهي مشكلة جدًّا عليهم.

وما ذكروا على الطرف أنه مال، فهَوَسٌ لا يُعبأ به، وقد بينّا من[2] قبل.

والعذر الثاني، ليس[3] بشيء؛ لأنه هو الخائف على طرفه لا أن

(١) في (ز): حقًا.
(٢) في (ز): ذلك من.
(٣) في (ز): فليس.

الطرف[1] خائف.

أما الكفارَة فالمعنى في النفس أنه أعجز شخصًا عن عبادة الله تعالى، فيلزمه أن يُطلِق شخصًا عن قيد الرقّ ليصل إلى عبادة الله تعالى، وهذا لا يوجد في الطرف، وفي مسألتنا الأمن للخوف، وهو موجود في الصورتين.

وما ذكروه على مَنْ قَتَلَ في الحرم فما ذكرناه من وجه الإلزام جواب عنه.

وأما الذي ذكروه على الضمان (أنه ليس من ضرورة الأمن الضمان)[2].

قلنا: هو تمامه، ولا يتصوّر أمان بلا[3] وجوب الضمان، أما نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا نقول بوجود الأمان فيهم، لكن مَنَعَ الشرعُ من قتلهم لتقديم حق على حق، أو بنص غير معقول المعنى على ما سبق، والله تعالى أعلم بالصواب وبه الحول والقوة.



(١) في (ز) زيادة: هو.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): غير.




(كتَابُ الدِّيات)[1][2]

[٢٢٨/ب] ※ (**مَسْألَة**):

عندنا: دية الكافر الذّمّي[3] والمستأمن لا تساوي دية المسلم، بل تتقدّر بأربعة آلاف في الكتابي، وفي المجوسي بثمان مائة درهم[4][5].

وعندهم: ديتهم جميعًا مثل دية المسلم[6].

❖ لنا:

ما رُوي في كتاب عمرو بن حزم (**في النفس المؤمنة مائة من الإبل**)[7].

وعن عمر «أنه قضى في دية اليهودي والنصراني بأربعة آلاف وفي دية المجوسي بثمان مائة درهم»[8]، وهذا بمحضر الصحابة، ولم يُنكر عليه أحد، رواه سعيد بن المسيب.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) الدية: حق القتيل، القاموس مادة (الدية) وجمعه: ديات.

(٣) في (ز): أو.

(٤) ليست في (ز).

(٥) النكت للشيرازي ورقة ٢٦١/أ، المهذب ١٩٨/٢، التهذيب ١٧٠/٧.

(٦) الأسرار، كتاب الديات ص٣٧٦، مختصر الطحاوي ص٢٤٠، المبسوط ٨٤/٢٦، رؤوس المسائل ص٤٧٥، مختصر اختلاف العلماء ١٥٥/٥، بدائع الصنائع ٤٦٦٤/١٠.

(٧) تقدم تخريجه ص ٢٧.

(٨) رواه الدارقطني في سننه ١٣٠/٣، ١٣١ عن ابن المسيب عن عمر بن الخطاب.

وليس في واحد من الجانبين خبر يَفرَح به عالم، والذي يَروونه مداره على أبي كرز[١] وعثمان الوقاصي[٢]، وكلاهما في غاية الضعف، ولا يثبت بروايتهما شيء[٣].

ولئن[٤] رُوي شيء يوافق مذهبهم فإنما[٥] رُوي فعلًا، وقد حمل الأصحاب ذلك على أن النبي ﷺ تبرّع بالزيادة[٦] وهو محتمل، فيُحمَل[٧] عليه بدليل أثر عمر وهو ثابت في الباب[٨].

ومن جهة المعنى نقول: نقص الكفر أعظم من نقص الأنوثة، فإذا كان نقص الأنوثة يوجب نقصان الدية فنقص الكفر أولى.

والذي نعتمد عليه من المعنى هو: أن القياس أن لا يُضمن الآدمي بالمال؛ لأنه لا يكون مثلا له ولا قيمته[٩]، وإنما ضُمِنَ على خلاف القياس بالنص.

---

(١) في (ز): أبي كثير.
وأبو كرز: عبد الله بن عبد الملك الفهري عن نافع والزهري ويزيد بن رومان، قال العقيلي: منكر الحديث.
وقال الدارقطني: متروك. ينظر: لسان الميزان ٣/٣١١، سنن الدارقطني ٣/١٤٥.

(٢) عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي أبو عمر المدني متروك، من السابعة مات في خلافة الرشيد، روى له الترمذي. تقريب التهذيب ص ٢٣٥، وقال الدارقطني: متروك الحديث، السنن ٣/١٤٥.

(٣) في (ز): حق.

(٤) في (ز): وليس.

(٥) في (ز): وإنما.

(٦) ينظر: النكت للشيرازي ورقه ٢٦١/ب.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): الكتاب.

(٩) في (ز): قيمة.

وغاية ما يمكن إبراز المعنى فيه: أنه وجب لإظهار شرفه وخطره[1]، فإنه[2] إذا لم يُضمن سقط شرفه[3] ومحله، والدم محترم فلا يجوز إهداره، وما يجب لإظهار الشرف، فَتَمَكُّن النقص في محل الشرف مؤثر في الشرف، وإذا أثّر في الشرف أثر فيما يجب لإظهار[4] (خطره وشرفه)[5]، فلا يجوز أن تجب الدية في محل خَسٍّ وَسَفِلٍ، بل ارتكس وانتكس بنقيصة الكفر مثل ما يجب في محل شرف وعلا وارتفع بسعادة الإسلام.

ألا ترى أنه لم يجب في محلٍّ نَقَصَ[6] بالأُنوثة مثل ما يجب في محلٍّ تميّز بزيادة الذكورة.

يبينه: أن نقيصة الكفر مؤثرة في الحقن والعصمة بدليل ما بيّنّا من قبل[7]، وأما نقيصة الأنوثة[8] غير مؤثرة في هذا، فعرفنا أن نقص الكفر فوق نقص الأنوثة.

ويمكن أن يقال: الكفر مُهدر كما أنه مبيح، والكفر قائم بعد عقد الذّمة فوجب أن يظهر أثر إهداره، وليس ذلك إلا انتقاص[9] الواجب فلو[10] لم

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): ولأنه.
(٣) في (ز): خطره.
(٤) في (ز): إظهاره.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) في (ز): النقص.
(٧) ينظر: صـ١ من هذا الجزء.
(٨) في (ز): الكفر.
(٩) في (ز): بنقصان.
(١٠) في (ز): ولو.

نُنْقِص[١] وأوجبنا كمال الدية لم يبق[٢] للمُهدر أثر مع قيامه، وهذا لا يجوز، وهو مثل سقوط القصاص على أصلنا من[٣] المسلم بقتل[٤] الذّمي؛ لأن الكفر الذي هو المبيح قائم فيظهر[٥] أثره في إسقاط القصاص وإن لم يعمل في الإباحة، كذلك هاهنا لمّا بقي المهدر وجب أن يعمل في النقصان، وإن لم يعمل في أصل الهدر[٦]، وهذا فصل[٧] معتمد في إثبات أصل النقصان، فأمّا مقداره فلا[٨] يُعلم إلا بالأثر الذي رويناه على ما سبق.

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: حُرّ ذكر فأشبه المسلم[٩]، وهذا لأن الدية بدل النفس، وكمال البدل بكمال النّفسيّة، وكمال النّفسيّة بكمال المالكية، فإن الآدمي اختص من بين سائر الحيوانات بأن سائر الأجناس[١٠] خُلقت له ملكًا، وخُلقَ هو مالكًا للأشياء، فإذا كملت المالكية كمل شرف النّفسيّة وحرمتها، فكمل البدل، وكمال المالكية بالحرّية والذكورة.

وأما[١١] العبد فليس له مالكيّة اليمين، (وإنما هو أهل مالكيّة النكاح

(١) في (ز): ينقص.
(٢) في (ز): يظهر.
(٣) في (ز): عن.
(٤) في (ز): بقتله، ينظر: صـ١ من هذا الجزء.
(٥) في (ز): فظهر.
(٦) في (ز): الإهدار.
(٧) في (ز): أصل.
(٨) في (ز): فإنه لا.
(٩) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٣١٧.
(١٠) في (ز): الأشياء.
(١١) في (ز): فأما.

على نقص فيها من الحرّ، فأما الأنثى فلها مالكيّة اليمين)[1]، وليس لها مالكيّة النكاح، لأنها مملوكة نكاحًا فلم يكمُل بدلهما[2] لنقصان النفس بنقصان المالكية بخلاف الذّمي والمستأمن كملت مالكيتهما فكملا في النَّفسيّة.

وأمَّا نقص الذّمي[3] فشيء يرجع إلى الاعتقاد، وليس بنقصان في النفس، وإنما هو خبث عقيدة[4].

وأما النَّفسيّة التي تقابلها الدية فهي[5] على الكمال والتمام.

يبينه: أن الدية تجب في مقابلة حق الآدمي، ألا ترى أنه[6] يجب له.

وأمَّا الدِّين محض[7] حق الله تعالى على ما قال جلّ وعزّ: ﴿أَلَا لِلَّهِ الدِّينُ الْخَالِصُ﴾[8]، وما لله تعالى لا يُقابل بحق الآدمي لا من حيث زيادة ولا من حيث نقصان.

ثم ألزموا على النقص نقص الجنون[9] والصغر[10] لا تنتقص الدية بهما وهما نَقْصَانِ عظيمان، ولعلهما أعظم من نقص الأنوثة.

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): بدلها.
(٣) في (ز): الدين، وهو أولى.
(٤) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٣٠١، ٣٩٢.
(٥) في (ز): فهو.
(٦) في (ز): أنها.
(٧) في (ز): فمحض.
(٨) سورة الزمر، آية (٣).
(٩) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٣٠٥.
(١٠) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٦٠٨.

قالوا: وأمَّا حديث العصمة والحقن فقد مرَّ في مسألة قتل المسلم بالذمي[١]، وقالوا في المستأمن: سقط القَوَد لنوع شبهة لا لنقص في العصمة والحقن، كما في الأب مع الابن[٢].

❁ **الجواب**[٣]:

أن التحرير[٤] طرد وليس بحجة.

أما قولهم: إن الدية تقابل النفس وهي كاملة.

قلنا: المقابلة، مسلَّمة، أما الكمال فلا.

وقولهم: إن كمال [٢٨٩/أ] النفس بكمال المالكيّة.

قلنا: لا ننكر كمال المالكيّة، لكن نقصان الدِّين فوق نقصان المالكيّة، ثم ذلك النقص يمنع وجوب كمال الدية، فهذا أولى.

ثم الذي يدل على أن البدل[٥] لا يُبنى على المالكية: أن الأَمة ليس لها مالكية أصلًا، فإنها لا تملك[٦] مُلْكَ يمين ولا مُلْكَ نكاح[٧] على أصولهم؛ لأن عندهم ليس للنساء مالكيّة النكاح بحال، فكان ينبغي[٨] أن لا يجب

(١) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٣٠١.

(٢) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٣٦٥، المبسوط ٩٤/٢٦

(٣) في (ز): والجواب.

(٤) في (ز): الحرية.

(٥) في (ز): الدية.

(٦) في (ز): لا ملك.

(٧) في (ز): النكاح.

(٨) في (ز): يجب.

ضمان[1] لنفس الأمة بحال، فبطل هذا الأصل بهذه المسألة جملة، ثم قد بينّا أن الدية لإظهار شرف المحلّ فإن كان الشرف بالمالكيّة فأولى أن يشرُف بالدِّين.

وقولهم: إن الدِّين معنى يرجع إلى الاعتقاد[2].

قلنا: والمالكيّة معنى حكمي في النفس، والضمان بدل النفس المحسوسة، والمالكيّة غير محسوسة فإذا جاز إكمال البدل بكمال المالكيّة مع كونها معنى حكميًّا فلأن يجوز بكمال الدِّين وهو معنى حسي[3] من حيث الاعتقاد أولى وأحرى، وكما أن النفس توصف بالمالكيّة فتوصف[4] بالدِّين.

وقولهم: إن الدِّين لله تعالى[5].

قلنا: هب أنه لله تعالى، ولكن باكتسابه سعادة الدِّين شرّف[6] نفسه، فكَمَّل بدلها، وإذا[7] قررنا على هذا الوجه سقط ما قالوه.

يبينه: أن الدِّين كما لا يُقابل بالمال، والمالكيّة لا تُقابَل بالمال، وكذلك الذكورة والحرّية.

أما فصل المجنون والصغير ففي المجنون ما عُدِمَ إلا العقلُ، وهو معنى

---

(١) في (ز): ضمانه.

(٢) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٣٩٢.

(٣) في (ز): محسوس.

(٤) في (ز): فهي توصف.

(٥) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٣٩٢.

(٦) في (ز): شرفت.

(٧) في (ز): فإذا.

لا يقابل بالدية، فزواله لا يوجب نقصان بدل النفس كسائر ما لا يقابل بالدية، وفي الصغير هو شرف الكمال فلم يُعتَبر نقصه، ويجوز أن يقال أُعرض عن هذين النقصين بالإجماع[1]، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (**مَسْأَلَة**):

حلقُ اللحية لا يُوجب كمال الدية عندنا، وكذا[2] في سائر الشعور، وتجب حكومة عدل[3][4].

وعندهم: تجب الدية، وكذلك في الحاجبين والأهداب وشعر الرأس[5].

❋ **لنا:**

إن القياس أن لا يجب في الأبعاض ما يجب في الجملة، مثل سائر المضمونات لا يجب في أبعاضها ما يجب في جملتها إلا أن الشرع ألحق تفويت جنس المنفعة بإهلاك الجملة (في إيجاب كل الدية، وجعل هذا

---

(١) ليست في (ز)، ينظر المغني ١١/٤٨١ والمقصود في عدم وجوب القصاص عليهما.

(٢) في (ز): وكذلك.

(٣) حكومة عدل: أن يقوّم المجنى عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوّم وهي به، وقد برئت، فما نقص من القيمة فله مثل نسبته من الدية. زاد المستقنع ٤/٢٨٥ مع شرحه للفوزان.

(٤) الحاوي ١٢/١٧٣ ـ ٣٠٠، التهذيب ٧/١٦٧، المهذب ٢/٢٠٩، نهاية المحتاج ٧/٣٤٤.

(٥) الأسرار، كتاب الديات ص٥٥٢، المبسوط ٢٦/٧٠، ٧١، رؤوس المسائل ص٤٧١، مختصر الطحاوي ص٢٤١، اللباب ٣/١٥٥، مختصر اختلاف العلماء ٥/١٢٤، بدائع الصنائع ١٠/٤٧٦٥.

التفويت بمنزلة إهلاك الجملة)(١) فإنما(٢) يُلحِقُ بالمنفعة ما هو في معناها، والزينة ليست في معنى المنفعة بل الزينة من المنفعة تُنَزَّلَ منزلة التبع من الأصل، ومنزلةُ الفضول والزوائد من الجُمل والقواعد، لأن الآدمي قوامه بالمنافع لا بما يتزيّن به.

ألا ترى أن العضو الذي يجتمع فيه الزينة والمنفعة مثل الحَدَقة(٣) والمارن(٤) وغير ذلك فإنا نعلم قطعًا أن المقصود منه هو(٥) المنفعة.

والدليل عليه: أن الله تعالى قال: ﴿أَلَهُمْ أَرْجُلٌ يَمْشُونَ بِهَآ أَمْ لَهُمْ أَيْدٍ يَبْطِشُونَ بِهَآ أَمْ لَهُمْ أَعْيُنٌ يُبْصِرُونَ بِهَآ أَمْ لَهُمْ ءَاذَانٌ يَسْمَعُونَ بِهَا﴾(٦) فنصَّ على المقصود الأصلي، وكذلك هذا عند ذوي العقول فإنهم يُقدّمون المنفعة على الزينة، ولو خُيّر عاقل متميز(٧) بين ما ينتفع به وبين ما يتزينُ به (يختار ما ينتفع به)(٨)، فإنّا لا نعرف عاقلًا يختار زينته على منفعته.

يبينه: أن الذي يصل إليه هو المنفعة، وإنما الزينة والجمال للناس، فعرفنا أن الزينة تبع والمنفعة أصل، ولهذا في العين لو ضَرَبَ رأسه فذهب

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): وإنما.

(٣) الحدقة: السواد الأعظم الذي في العين. المصباح المنير مادة (احرق)، تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٩٦.

(٤) المارن: مالان من لحم الأنف دون القصبة التي في أعلاه. الزاهر للأزهري ص٢٤٢.

(٥) ليست في (ز).

(٦) سورة الأعراف، آية (١٩٥).

(٧) ليست في (ز).

(٨) ما بين القوسين ليس في (ز).

ضوء عينه وجبت الدية وإن بقيت الزينة وبعد ذهاب الضوء لو فقأ عينه أو خسفها[١] لم يجب إلا[٢] بالحكومة.

وصار الحرف على هذا: أن التبع إذا لم يُلحق بالأصل بقي تفويت الزينة على أصل القياس، وهو أن الأبعاض لا يجب فيها ما يجب في الجملة.

۞ أمّا[٣] حجّتهم في المسألة:

قالوا: الجمال مقصود مثل المنفعة[٤]، بدليل أن الله تعالى قال: ﴿وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً﴾[٥] فنص عليها.

ويدلّ عليه: أن في الأنعام نص على المنفعة بقوله تعالى: ﴿وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾[٦]، ونص على الجَمَال بقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ﴾[٧]، وكذلك عادات الناس دالة على أن كل واحد منهما مقصود[٨].

ألا ترى: أن الإنسان يطلب المال، ويطلب الحشمة، ويَكدّ، ويحتمل التعب العظيم في تحصيلها[٩] إلا أن الهمم مختلفة، منهم: مَنْ يبذل المال

(١) الخسف: يقال: خسفت العين إذا ذهب ضوءها، المصباح مادة (خسف) ص١٦٩.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): وأما.
(٤) في (ز) زيادة: مقصودة.
(٥) سورة النحل، آية (٨).
(٦) سورة النحل، آية (٥).
(٧) سورة النحل، آية (٦).
(٨) في (ز): مقصود مطلوب.
(٩) في (ز): تحصيلهما.

لطلب الحشمة، ومنهم: مَنْ يبذل الحشمة ويُريق ما وجهه لطلب المال، ورغبة العقلاء وذوي الهمم الرفيعة في طلب الحشمة أكثر، ورغبة السفهاء وذوي الهمم الخسيسة في طلب المال أكثر، وقد قال أبو تمام[1]:

ولا أبالي وخيرُ القول أصدقُه حقنتَ لي ماء وجهي أم حقنت دمي

فقد نزله[2] [٢٨٩/ب] منزلة واحدة، وإذا ثبت أنهما يُنزّلان منزلة واحدة فكما أن بتفويت[3] مجرد المنفعة يجب دية كاملة كذلك تفويت مجرد الزينة.

واستدلوا من حيث الحكم بالمارن والأذنين الشاخصين: يجب فيهما كمال الدية، ولم يوجد إلا تفويت الزينة.

قالوا: بل يصوّر في مارن الأخشم[4] وأذن الأصمّ[5].

قالوا: وأما العين القائمة[6] بعد ذهاب الضوء، فإنما تجب الدية عندنا بإزالة الجَمَال الكامل، وفي هذه الصورة لم يبق الجَمَال الكامل؛ لأن الجَمَال في العين يكمل باللحظات، وإدارة الحدقة عند النظر والفتح والتغميض،

(١) في (ز): الشاعر.
أبو تمام: حبيب بن أوس الطائي الحوراني مقدّم شعراء العصر توفي في سنة ٢٣١هـ في الموصل، له ديوان. ينظر في ترجمته: العبر في أخبار من غبر ١/٣٢٤، سير أعلام النبلاء ١١/٦٣، وشذرات الذهب ٢/٧٢ ـ ٧٤، وينظر البيت في الديوان ٣/٤٨ بشرح التبريزي.

(٢) في (ز): نزلهما.

(٣) في (ز): تفويت.

(٤) الأخشم: الذي لا يشم، تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٩٧.

(٥) الأصمّ: يقال: صَمّت الأُذن صمماً إذا بطل سمعها، المصباح مادة (صَمّ) ص٣٤٧.

(٦) العين القائمة: التي بياضها وسواد صافيان لكن لا يبصر بها. تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٩٦.

وذلك إنما يُوجد فيمن يُبصر، لا فيمن لا يُبصر، وأما في مسألتنا الجَمَال كامل؛ لأن جنس هذا الجَمَال لا يتصور أكمل من هذا الموجود، ولأن حياة العين بالبصر فإذا ذهب البصر ذهبت حياته فهو كجسدٍ لا روح فيه.

والجواب:

بتقرير ما سبق، فأنا بينّا أن الزينة تبع.

والذي قالوا: إنها مقصودة[1]، فلا ننكر ذلك، لكن إذا قوبل[2] بالمنفعة وقُرِن[3] بها حلَّ[4] محل الزوائد من الأصول، وكذلك في الطلب تُقدِّم المنفعة، وقد سبق تقرير هذا[5].

يدل[6] عليه[7]: أن تفويت المنفعة يصلح سببًا لإهلاك الجملة؛ (لأنه لا يكون ذلك إلا بقطع أو ضرب، فجاز أن يُلحق بإهلاك الجملة)[8]؛ لأنه سببه، أما حلق الشعور لا يتصوّر سببًا لإهلاك الجملة فلم[9] يجز[10] أن يُلحق به.

(١) في (ز): مقصودة مطلوبة.

(٢) في (ز): قوبلت.

(٣) في (ز): وقدرت.

(٤) في (ز): حلت

(٥) ينظر: ص١٥٣.

(٦) في (ز): فدل.

(٧) في (ز): على.

(٨) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٩) في (ز): فلا.

(١٠) في (ز): يجوز.

والذي قالوا: أنه[١] يُبذَل المالُ لطلب[٢] الحشمة.

قلنا: بلى[٣]، ولكن[٤] لو خُيّر بين الفقر وذهاب ماء الوجه يختار[٥] ذهاب ماء الوجه، وهذا هو الأعم الأغلب إلا أن يندُر نادر فلا يُعتبر.

وأمّا المارن فإنما وجبت الدية لتفويت المنفعة والزينة، وكذلك في الأذنين الشاخصين، فإن المارن يجمع الروائح، ويُؤدّيها إلى الْمَشَمّ، وكذلك الأذن الشاخصة تجمع الأصوات وتؤدّيها إلى الصِّماخ[٦].

وأما مارن الأخشم وأذن الأصم فلا يجب فيهما[٧] إلا الحكومة.



※ (مَسْألة):

جنين الأَمَة معتبر بالأمّ، وتجب فيه عُشْر قيمة الأم بكل حال، وكذلك في جنين الحرة[٨].

وعندهم: هو معتبر بنفسه، وتجب فيه نصف عُشْر قيمته إن كان ذكرًا،

(١) في (ز): من أنه.
(٢) في (ز): لتحصيل.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): ولكنه.
(٥) في (ز): فإنه يختار.
(٦) الصماخ: صماخ الأذن: الخرق الذي يفضي إلى الرأس وهو السمع. المصباح المنير مادة (صماخ) ص٣٤٧.
(٧) في (ز): فيها.
(٨) النكت للشيرازي ورقة ٢٦٦/أ، كتاب الديات من التعليقة ص٩١٦، روضة الطالبين ٣٦٦/٩، مغني المحتاج ١٠٣/٤، الحاوي ٣٩٤/١٢، ٤٠٦، ٤٠٧، التهذيب ١٩/٧.

و[1]عُشْر قيمته إذا كان أنثى[2].

وكذا[3] قالوا في جنين الحرة إلا أن الشرع قدّر الواجب هناك (بخمس مائة)[4]، وهو القدر الذي قلناه إذا نسبنا[5] إلى الدية، وعيّنوا الخلاف في جنين الأَمة، لأن الفائدة تظهر في هذه الصورة، ولا تظهر في جنين الحرة؛ لأن[6] (في جنين الحرة)[7] كيف يُعتبر[8] بالأمّ أو بنفسه يتحد الواجب قدرًا.

❖ لنا:

إن الواجب بعض القيمة، وكل النفس لا تُضمن ببدل بعض النفس بحال، فحين أوجب الشرع بعض بدل النفس دلّ أنه جعله بعضًا للأم، وأوجب[9] فيه ما يجب في الأبعاض.

وبيان أنه وجب فيه بعض القيمة: أنه إن كان جنين حرة وجب (خمس

---

(١) في (ز): أو.
(٢) الأسرار، كتاب الديات ص٤١١، مختصر الطحاوي ص ٢٤٤، المبسوط ٢٦/٨٨، مختصر اختلاف العلماء ٥/١٧٤، ٢٠٣، كنزل الدقائق ٦/١٤٠، بدائع الصنائع ١٠/٤٨٢٩. قال محمد بن الحسن «إذا ضرب بطن المرأة الحرة فألقت جنينًا ميتًا ففيه غرة عبدٍ أو أمة أو خمسون دينارًا أو خمسمائة درهم نصف عشر الدية فإن كان من أهل الإبل أخذ منه خمس من الإبل وإن كان من أهل الغنم أخذ منه مائة من الشاه نصف عشر الدية» الموطأ صـ٢٩٣.
(٣) في (ز): وكذلك.
(٤) في (ز): بخمسين، ينظر: المغني لابن قدامة ١٢/٦٦ ـ ٦٧.
(٥) في (ز): نسبناها.
(٦) في (ز): لأنه.
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٨) في (ز): ما اعتبر.
(٩) في (ز): فأوجب.

مائة)[١]، عُشْر دية الأم[٢]، وفي جنين الأمة وجب عندنا عُشْر قيمة الأم[٣]، وعندكم نصف عُشْر قيمته أو عُشْر قيمته[٤] وهذا الذي قلناه، هو المعتمد ونبيِّن وجه سؤالهم عليه في حجّتهم.

وقد قال كثير من الأصحاب[٥]: إن اعتبار الجنين بنفسه لا يمكن[٦]؛ لأن تقويمه يكون باعتبار صفاته، وصفاته على تمامها لا يمكن الوقوف عليها، وتقويمه بها إلا بعد وجود الحياة حسّيًّا، وغاية ما في الباب أنا نقدّر الحياة في الجنين لكن مع هذا تبقى أوصاف لا يمكن الوقوف عليها بتقدير[٧] الحياة من اختلاف اللون ولطافة الشكل وثقل الروح وخِفّته، وإذا تعذر اعتباره بنفسه لابد من اعتباره بالأم، وهذا لأن الجنين يشبه سائر الأجزاء من وجهٍ لاتصاله بالأمّ، كما يتصل سائر الأجزاء والأعضاء، ولاتّباعه لها[٨] في العتق والبيع والهبة وغير ذلك، ويشبه شخصًا على حياله من وجهٍ لتفرده بالروح، وجواز إفراده بالعتق والوصية.

فقلنا: إن كل[٩] ما يمكن إفراده به يُلحق فيه بالشخص، وما لا يمكن إفراده به يُلحق فيه بالعضو، وفي الضمان لا يمكن إفراده على ما بيّنا فألحقناه

(١) في (ز): خمسون (أي دينارًا).
(٢) ينظر: المبسوط ٨٧/٢٦، المغني ٦٦/١٢ - ٦٧.
(٣) ينظر: النكت للشيرازي ورقة ٢٦٦/أ.
(٤) ينظر: المبسوط ٨٨/٢٦.
(٥) في (ز): أصحابنا.
(٦) في (ز): غير ممكن.
(٧) في (ز): إلاّ بتقدر.
(٨) في (ز): إياها.
(٩) ليست في (ز).

فيه بالعضو، وأوجبنا فيه بعض بدل الأم واعتبرناه به، كما في سائر الأعضاء.

يبينه: أن في الوصية والعتق أمكن إفراده[١]، ومع ذلك اعتبر فيه بالعضو، (وفي الضمان)[٢] لا يمكن إفراده به؛ لئن يُعتبر فيه بالعضو أولى، والاعتماد على الكلام الأول.

❁ أمّا[٣] حجّتهم في المسألة:

هو: أن الجنين شخص على حياله منفرد عن الأم[٤]، بدليل: أنه انفرد[٥] بالروح، ودليل انفراده بالروح أن الله تعالى خَلَق له روحًا غير روح الأم [٢٩٠/أ] بدليل قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَهُ خَلْقًا ءَاخَرَ﴾[٦]، وذلك عند نفخ الروح، وهذا أمر محسوس لا يختلف[٧] فيه أحدٌ، ولهذا يَحيى بعد[٨] هلاك الأم، (ولو كانت حياته بروح الأم لم يتصوّر بقاؤه حيًّا بعد هلاك الأم)[٩]، وفواتِ رُوحِها[١٠].

وإذا[١١] ثبت هذا الأصل فحرفهم: أن النفس نفس بالحياة، وإذا انفرد

(١) في (ز): إفراده به.
(٢) في (ز): إذا أوصى بالأم أو اعتقها ففيما...
(٣) في (ز): وأما.
(٤) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٤١٣.
(٥) في (ز): متفرد.
(٦) سورة المؤمنون، آية (١٤).
(٧) في (ز): يخالف.
(٨) في (ز): مع.
(٩) ما بين القوسين ليس في (ز).
(١٠) في (ز): روحه.
(١١) في (ز): فإذا.




بالحياة تفرّد بالنفسية، والواجب بدل النفس فلابد من أن يكون مُعتبرًا بنفسه[١]؛ لأنه في النفسية متفرد، وليس بتبعٍ.

يبينه: أن سبب الوجوب هو إتلاف الحياة، فإذا كان في الحياة أصلًا بنفسه فيكون في واجب إتلاف[٢] الحياة أصلًا بنفسه.

واستدلوا من حيث الحكم في أنه معتبر بنفسه: بأن الضمان يكون للجنين، ويورث عنه[٣]، ولأن عندكم تجب الكفارة فيه[٤]، والجزء ليس بمحل لوجوب الكفارة في مقابلته[٥].

ويدل عليه: أن الجنين لو كان حرًّا أو مسلمًا والأم كافرة أو رقيقة، فإنه يكون معتبرًا بنفسه حتى يجب[٦] ما يجب في جنين الأحرار والمسلمين[٧] لا ما يجب في جنين الأرقاء والكفار[٨].

قالوا: وأما قولكم: إن الجنين تبع في بعض الأحكام، لا ننكر هذا، لكن فيما يرجع إلى أصل[٩] الضمان هو أصل، فيكون المعتبر به، وهذا لأنه إنما يُصار إلى طريقة الشَّبَهَينِ، ويُوَفَّر الحكم عليها بالتقسيم إذا لم يكن[١٠]

(١) ينظر: المبسوط ٢٦/٨٧ ـ ٨٨.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٤١٦، المبسوط ٢٦/٨٨.
(٤) ينظر: روضة الطالبين ٩/٢٨١.
(٥) ينظر: المبسوط ٢٦/٨٨.
(٦) في (ز): يجب فيه.
(٧) ينظر: صـ١٥٧.
(٨) في (ز): الكافرين.
(٩) في (ز): سبب.
(١٠) في (ز): يمكن.

الترجيح، فأما إذا قام دليل الترجيح في أحد الشَّبَهينِ أُعرض عن الآخر، وقد قام في مسألتنا دليل الترجيح.

وأما قولكم: إنه لا يجب كل بدل النفس، قالوا: القياس أن لا يجب شيء في الجنين؛ لأنه لا يُدرَى (أنه حيٌّ)[١] أو ميت، والضمان لا يجب بالشك إلا أن الشرع لما أوجب هذا القدر من الضمان فكأنه أحيا من الجنين هذا القدر وأبقى الباقي على الموت؛ لأن الأصلَ العدمُ[٢]، (والموجود بحياة عارضة)[٣].

ثم قالوا: الواجب هو بدل النفس[٤]، ولا نقول: إنه[٥] بعض بدل النفس، بل هو[٦] كل بدل النفس إلا أن كمال البدل بكمال المالكيّة، ونقصان البدل بنقصان المالكيّة، وقد تناهى الكمال في الحر الذكر، وانتقص في الأنثى على ما بيّنّا.

وأما في الجنين تناهى[٧] النقصان في المالكيّة؛ لأنه لا يملك ملكَ النكاح، ولا ملكَ اليمين إلا في بعض المواضع على الندور، مثل الإرث والوصية، فصار البدل أيضًا في نهاية النقصان، وهو (خمسمائة)[٨] على

(١) في (ز): أحَيّ هو.
(٢) في (ز): على العدم.
(٣) في (ز): الوجود بالحياة عارض، ينظر: الأسرار كتاب الديات ٤٢٦.
(٤) ينظر: الأسرار كتاب الديات ٤٢١.
(٥) في (ز): هو.
(٦) في (ز): نقول: إنه.
(٧) في (ز): إنه تناهي.
(٨) في (ز): خمس من الإبل، ينظر: الأسرار كتاب الديات ٤١١، المغني لابن قدامة ٦٦/١٢ - ٦٧.

التقدير الذي نصَّ عليه الشرع، وعلته ما ذكرنا[1].

قالوا: وقولكم: إنه لا يمكن التضمين؛ لأنه يتعذَّر تقويمه.

(ليس كذلك، فإن التقويم ممكن، فأنا نُقدِّر فيه الحياة، وإذا قدَّرنا الحياة أمكن التقويم.

ألا ترى في ولد المغرور كيف نقدّر الحرية.

وقولكم: إن من الصفات ما لا يمكن الوقوف عليها إلاّ بوجود الحياة حسًا)[2].

ليس كذلك، بل جميع الصفات يمكن الوقوف عليها، ولئن[3] وجدت[4] صفةٌ لايمكن الوقوف عليها فيُعرض عنها ولا تُعتبَر كما لو انفصل، ثم مات في الحال، ونصور فيما إذا عُرف[5] حياته بصوتٍ أو حركةٍ، وفي[6] هذا الصورة هو معتبر بنفسه وإن لم يمكن الوقوف على جميع صفاته على ما اعتبرتم.

❁ **الجواب**[7]:

قد ذكرنا وجه الدليل على ما سبق.

---

(١) في (ز): ما ذكرناه.
(٢) ما بين القوسين ساقط من (ز).
(٣) في (ز): وإن.
(٤) في (ز): قدرت.
(٥) في (ز): عرفت.
(٦) في (ز): والجواب.
(٧) في (ز): ففي.

وقولهم[١]: إنه شخص على حياله[٢].

قلنا: الدلائل متعارضة على ما عُرف[٣].

والذي قالوا[٤]: إنه منفرد[٥] بالروح، فهو مسلَّم، لكن عارَضه دليل آخر، وهو التبعيّة في الغذاء، وبيان التعارض هو[٦]: أن الغذاء قوام الحياة، فإن كان الجنين تفرد بنفسه في الحياة فقد تبِعَ الأم في قوام الحياة، فثبت تعارض الدليلين من هذا الوجه.

وأما قولهم: إن الضمان يكون للجنين، ويورث عنه[٧].

قلنا: لأنه في مقابلته، فيكون له، وإذا[٨] كان له يُورث عنه.

وأما الكفارة فلأنَّ حق الله تعالى، يُحتاط في إيجابها، وإنما يُحتاط[٩] في إيجابها؛ لأنها منتزِعة[١٠] إلى[١١] العبادات، والعبادات يُحتاط في إيجابها، كذلك ما ينزِعُ[١٢] ....

---

(١) في (ز): وقولكم.
(٢) ينظر: الأسرار كتاب الديات ٤١٧.
(٣) في (ز): عُلِمَ ينظر: ص١٦٠
(٤) في (ز): قالوه.
(٥) في (ز): تفرد.
(٦) في (ز): وهو.
(٧) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٤١٦.
(٨) في (ز): وإن.
(٩) في (ز): احتيط.
(١٠) في (ز): متفرعة.
(١١) في (ز): على.
(١٢) في (ز): يتفرع.

إليها[١]، وعلى أن الكفارة لازمة عليكم[٢] فإنكم[٣] لم توجبها[٤].

قالوا[٥] على الكفارة: إنما لم نوجبها؛ لأن القياس أن لا يجب الضمان أيضًا؛ لأن وجود الجنين على الشك إلا أن الشرع أوجب الضمان بخلاف[٦] القياس، فبقيت الكفارة على أصل القياس[٧].

قلنا: إذا وجب الضمان للآدمي، وهو أبطأ وجوبًا[٨] فلأن تجب الكفارة وهو[٩] أسرع وجوبًا أولى.

وأما في[١٠] مسألة جنين الكافرة والرقيقة.

قلنا: نُقدر الحرية والإسلام في الأم.

قالوا: وَلِمَ؟

قلنا: لوجودهما في الجنين، ولا يجوز تعطيلهما، ومنعوا إذا كانت الأم معيوبة، والجنين سليمًا على أنَّ عدم العيب في الجنين لا يوجد، ولئن وُجد

---

(١) في (ز): عليها.
(٢) في (ز): عليهم.
(٣) في (ز): فإنهم.
(٤) في (ز): يوجبوها، ينظر: المبسوط ٢٦/٨٨.
(٥) في (ز): فإن قالوا.
(٦) في (ز): على خلاف.
(٧) ينظر: الأسرار كتاب الديات صـ٤١٩، المبسوط ٢٦/٨٨.
(٨) في (ز): ثبوتًا.
(٩) في (ز): وهي.
(١٠) ليست في (ز).

فهو نادر [٢٩٠/ب] فلا يُعتبر بخلاف الحرية والإسلام، فإنهما يوجدان في الجنين حقيقة، هذا الذي قلناه جواب الأصحاب عن المسائل.

والأولى أن نقول: نحن لا ننكر أن لشخصية الجنين أحكامًا كثيرة، والذي قلتم من أحكامها، لكنا اعتمدنا في المسألة على الدليل الأول، وهو أن الضمان ضمان الأبعاض، دلّ أنه وجب من حيث إنه بعض لا من حيث إنه جملة، ثم بعد وجوب الضمان يجوز أن تظهر فيه أحكام الشخصية، وأما في حكم الضمان قام[1] الدليل (من نفسه)[2] على أنه معتبر بالأم حيث ضُمِنَ كما يُضمن أبعاض الأم، وقولهم على هذا: أن القياس إن لا يجب الضمان[3] لكن[4] الشرع أحيى هذا القدر.

قلنا: لا يتصوّر بأن يحيى بعضه دون البعض، فبطل هذا اللفظ بل أُحيي كله إلا أنه ضَمَنَه معتبرًا بأمّه.

أما[5] فصل انتقاص البدل بانتقاص المالكيّة، وكماله بكمال المالكيّة قد[6] أجبنا عنه من قبل، ومَزَّقناه كل ممزَّق فلا نعيد[7].

يبينه: أنه وجب عُشْر قيمته إن كان أنثى، ونصف عُشْر قيمته إن كان

(١) في (ز): فلأنه.
(٢) في (ز): في حقه.
(٣) ينظر: الأسرار كتاب الديات ٤١٦.
(٤) في (ز): غير أن.
(٥) في (ز): وأما.
(٦) في (ز): فقد.
(٧) في (ز): فلا نعيده، ينظر: ص١٦٠.




ذكرًا، فقد[1] نُسب الواجب إلى قيمته عندهم[2]، فكيف يكون ذلك جميع بدل النفس؟

وإذا ثبت أن المعتمد ما بيّناه[3]، وأجبنا عن سؤالهم عليه أعرضنا عما سواه من الكلام.

وبعض أصحابنا ذكر طريقة الشبهية[4]، وعلّل للتسوية[5] بين (الواجب للجنين)[6] إذا كان ذكرًا وبين الواجب فيه إذا كان أنثى.

وليس هذا بشيء، وعندهم: الأصل جنين الحرة، وقد سُوِّي فيه، وقُدّر الواجب فيهما بشيء واحد شرعًا وهو خمسمائة[7].

قالوا: ثم إذا جاء الأمر إلى جنين الأمة، ونظرنا فيه أُوجبَ[8] على مقدار ما يجب في (الحرة، وذلك عند التأمل)[9] بالقدر الذي قدمناه، فالاعتماد على ما سبق، والله أعلم.



(١) في (ز): قد.
(٢) ينظر: الأسرار كتاب الديات ٤١١.
(٣) في (ز): ما قدمناه.
(٤) في (ز): الشبه، وهو ما يقوله الحنفية، ينظر: الأسرار كتاب الديات ٤١٧.
(٥) في (ز): بالتسوية.
(٦) في (ز): واجب الجنين.
(٧) في (ز): خمس من الإبل، ينظر: الأسرار كتاب الديات ٤١١، المغني لابن قدامة ١٢/٦٦ - ٦٧.
(٨) في (ز): فأوجبنا.
(٩) في (ز): جنين الحرة وذلك عندنا باطل.

❊ (مَسْأَلَة):

يُبدأ بأيمان المدّعين[1] في القسامة[2] عندنا إذا كان هناك لَوَث[3]، واللوث معلوم في المذهب[4].

وعندهم: يُبدأ بأيمان المدّعى عليهم، ويُغرِّمون الدية مع ذلك[5].

❊ لنا:

حديث سهل بن أبي حثمة، والخبر معروف في قتل عبد الله بن سهل بخيبر، والحجة في قوله ﷺ: (أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم خاطب ﷺ بهذا المدَّعِيين قالوا: كيف نحلف، ولم نشهد، ولم نرَ، قال: تبرئكم اليهود خمسين يمينًا، قالوا: كيف نقبل أيمان قوم كُفَّار فَوَدَاه بمائة من الإبل من عنده)[6] وهذا الخبر نص في موضع الخلاف.

قالوا: قد رُوي هذا الخبر على خلاف هذا، روى أبو نعيم[7] عن

---

(١) في (ز): المدعي.

(٢) القسامة: اسم للأولياء الذين يحلفون على دعوى الدم، وعلى ألسُن الفقهاء: هي اسم للأيمان. التهذيب ٧/٢٢٣.

(٣) اللوث: هو أن يجتمع جماعة في بيت رجل أو في مسجد أو في صحراء أو على رأس بئر أو في الطواف فيتفرقوا عن قتيل يغلب على القلب أنهم قتلوه سواء كانوا أعداءً له أو لم يكونوا. التهذيب ٧/٢٢٤.

(٤) النكت للشيرازي ورقة ٢٦٦/أ، التهذيب ٧/٢٢٣. كتاب القسامة من الشامل ص ٦٨، البيان ١٣/٢٢٠، كتاب القسامة من التعليقة ص٣، معالم السنن ٤/٦٥٦.

(٥) الأسرار ص ٤٨٤، كتاب الديات، المبسوط ٢٦/١٠٦، شرح معاني الآثار ٣/٢٠٣.

(٦) رواه الدارقطني في سننه ٣/١٠٩.

(٧) أبو نعيم: الفضل بن دكين الكوفي واسم دكين: عمرو بن حماد بن زهير التيمي مولاهم=

سعيد[1] بن عُبيد الطائي عن بُشيّر[2] بن يسار عن سهل بن أبي حثمة القصة[3]، وذكر فيها (أن النبي ﷺ قال لهم: تأتون بالبينة على مَنْ قتل، قالوا: ما لنا بينة، قال عليه السلام: فيحلفون[4] لكم، قالوا: لا نرضى بأيمان[5] اليهود، فكره النبي ﷺ أن يبطل دمه فَوَدَاه[6] بمائة (من الإبل)[7] من إبل الصدقة)[8].

وكذلك رواه حبيب[9] بن أبي[10] ثابت عن بُشيّر بن يسار عن سهل ابن أبي حثمة[11]، وربما يروون بطريق ....

= الأحول، ثقة ثبت، من التاسعة مات سنة ٢١٨هـ، وهو من كبار شيوخ البخاري روى له أصحاب الكتب الستة، التقريب: ص٢٧٥.

(١) سعيد بن عبيد الطائي أبو الهذيل الكوفي، ثقة من السادسة روى له البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي. التقريب ص١٢٤.

(٢) بُشَيّر بن يسار - مصغرًا - الحارثي مولى الأنصار مدني، ثقة، فقيه من الثالثة، روى له أصحاب الكتب الستة، التقريب ص ٤٦.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): يحلفون.

(٥) في (ز): أيمان.

(٦) قوله: فَوَدَاه، معناه: أعطى ديته، القاموس مادة (الدية).

(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٨) رواه البخاري في صحيحه ٢٢٩/١٢ مع الفتح، كتاب الديات، باب القسامة. والدارقطني في سننه ١١٠/٣، وأبو داود في سننه ٦٦١/٤ مع المعالم، والطحاوي في شرح معاني الآثار ١٩٨/٣.

(٩) حبيب بن أبي ثابت بن قيس ويقال هند بن دينار الأسدي مولاهم أبو يحيى الكوفي ثقة فقيه جليل، وكان كثير الإرسال والتدليس من الثالثة مات سنة ١١٩هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٦٣.

(١٠) ليست في (ز).

(١١) رواه الدارقطني في سننه ١١٠/٣.

محمد[١] بن إسحاق[٢] ومعمر[٣][٤].

الجواب: أن أصح الروايات ما بيّنّا، رواه قتيبة[٥] عن الليث[٦] بن سعد، عن يحيى[٧] بن سعيد عن بُشيّر بن يسار، عن سهل[٨] بن أبي حثمة.

قال يحيى بن سعيد: وحَسبتُ عن رافع[٩] بن خديج أيضًا[١٠].

---

(١) محمد بن إسحاق بن يسار أبو بكر المطلبي مولاهم المدني نزيل العراق إمام المغازي، صدوق، يدلس ورمي بالتشيع والقدر من صغار الخامسة مات سنة ١٥٠هـ، روى له الأربعة والبخاري تعليقًا. ينظر: التقريب ص٢٩٠.

(٢) رواها أبو داود في سننه ٤/٦٦٢ مع المعالم.

(٣) معمر بن راشد الأزدي مولاهم أبو عروة البصري نزيل اليمن، ثقة ثبت فاضل إلا أن في روايته عن ثابت والأعمش وهشام بن عروة شيئًا، وكذا فيما حدث به بالبصرة، من كبار السابعة مات سنة ١٥٤هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣٤٤.

(٤) رواها أبو داود في سننه ٤/٦٦٤ مع المعالم.

(٥) قتيبة بن سعيد بن جميل بن طريف الثقفي أبو رجاء البغلاني، ثقة، ثبت من العاشرة، مات سنة٢٤٠هـ، روى له الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٢٨١.

(٦) الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي أبو الحارث المصري، ثقة ثبت فقيه إمام مشهور، من السابعة، مات سنة ٧٥هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٢٨٧.

(٧) يحيى بن سعيد بن قيس الأنصاري المدني أبو سعيد القاضي ثقة، ثبت من الخامسة مات سنة ١٤٤هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣٧٦.

(٨) سهل بن أبي حثمة بن ساعدة بن عامر الأنصاري الخزرجي المدني، صحابي صغير ولد سنة ٣ من الهجرة، وله أحاديث مات في خلافة معاوية، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص١٣٨.

(٩) رافع بن خديج بن عدي الحارثي الأوسي الأنصاري صحابي جليل أول مشاهده أحد ثم الخندق، مات سنة ٧٣، ٧٤هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٩٩.

(١٠) بهذا الطريق عند مسلم في صحيحه ١١/٤٣ مع النووي، كتاب القسامة، والترمذي في سننه ٦/١٩٣ مع العارضة، والنسائي في سننه ٨/٧، كتاب القسامة.




وقد رواه يزيد[1] بن هارون عن يحيى بن سعيد عن بُشيّر بن يسار عن سهل ابن أبي حثمة، ورافع بن خديج[2].

وعلى هذين الطريقين خُرِّج الخبر في الصحيحين[3]، ولم تُخرَّج روايتهم في الصحاح، فكانت روايتنا[4] أولى؛ لأنها أثبت.

ومن وجه آخر: روايتنا[5] أولى من روايتهم؛ لأنه ليس في روايتهم إلا عرضُ اليمين على المدَّعى عليهم، وقد روينا نحن هذا أيضًا إلا أنه بعد عرض اليمين على المدّعين، فتكون روايتنا تضمنت ضبط زيادة لم يَضبطها مَنْ رَوَى ما احتجوا به، ورواية الضابط الحافظ للزيادة أولى.

والذي يدل أيضًا على أن ما رويناه أولى: حديث مسلم بن خالد، عن ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (البيِّنة على[6] مَنْ ادعى، واليمين على مَنْ أنكر إلا في القسامة)[7].

وكذلك رواه مسلم[8] بن خالد ....

---

(١) يزيد بن هارون بن زاذان السلمي مولهم أبو خالد الواسطي، ثقة متقن، عابد من التاسعة، مات سنة ٢٠٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٣٨٥.

(٢) روى هذا الطريق الترمذي في سننه ١٩٣/٦ ـ ١٩٤ مع العارضة، وقال: حديث حسن صحيح.

(٣) صحيح البخاري ٢٢٩/١٢ مع الفتح، كتاب الديات، باب القسامة، صحيح مسلم ٤٣/١١ مع النووي، كتاب القسامة.

(٤) في (ز): رواياتنا.

(٥) في (ز): رواياتنا.

(٦) في الأصل (عن)، والتصويب من (ز).

(٧) رواه الدارقطني في سننه ٢١٨/١٤، والبيهقي في السنن ١٢٣/٨، وقال ابن حجر في التلخيص: «وإسناده ضعيف» ٧٤/٤.

(٨) مسلم بن خالد المخزومي مولاهم المكي المعروف بالزنجي، فقيه، صدوق كثير الأوهام=

عن ابن[1] جريج، عن عمرو[2] بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ[3].

وأما رواية محمد بن إسحاق ومعمر فقد تُكلّمَ في محمد بن إسحاق، وضُعِّف[4] رواية معمر (إذا تفرد)[5] عن الزهري وخالف سائر أصحابه، والرواية الصحيحة ما قدمنا، وعليها الاعتماد والترجيح قد ظهر بالطريق الذي قدمنا.

والذي يروون بطريق يزيد[6] بن أبي مريم أن رجلًا أتى النبي ﷺ فقال: إن أخي وُجد قتيلًا في بني فلان [٢٩١/أ] فقال: (اجمَع منهم خمسين رجلًا يحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا له قاتلًا فقال: ومالي من أخي إلاّ هذا، قال:

= من الثامنة مات سنة ١٧٩هـ، روى له أبو داود وابن ماجه. ينظر: التقريب ص٣٣٥.

(١) عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج الأموي مولاهم المكي، ثقة، فقيه، فاضل، وكان يدلس ويرسل من السادسة مات سنة ١٥٠هـ، روى له أصحاب كتب الستة، ينظر: التقريب ص٢١٩.

(٢) عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، صدوق من الخامسة مات سنة ١١٨هـ، روى له أصحاب السنن الأربعة والبخاري في جزء القراءة. ينظر: التقريب ص٢٦٠.

(٣) رواه الدارقطني في سننه ٢١٨/٤.

(٤) في (ز): ضعفت.

(٥) في (ز): إذا انفرد.

(٦) كذا في النسخ المخطوطة.
وفي مصادر الحنفية: زياد بن أبي مريم.
يزيد بن أبي مريم يقال: اسم أبيه ثابت الأنصاري أبو عبد الله الدمشقي إمام الجامع، لا بأس به من السادسة مات سنة ١٤٠هـ، روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب ص٣٨٤، التهذيب ٣٥٩/١١.
لم أجد هذا الحديث في مظانه من كتب السنة التي اطلعت عليها.

نعم، مائة من الإبل)[١].

فيزيد بن أبي مريم رجل مجهول، ولم يلقَ رسول الله ﷺ فيكون مرسَلا أيضًا، والمرسل لا تقوم به حجة.

وأما الكلام من حيث المعنى فإثبات البداية بأيمان المدّعين مشروع عندنا عند قوة جانب المدّعين وسيأتي هذا في مسألة الشاهد واليمين، وفي مسألتنا قد قويت جنبةُ المدعين بوجود اللَّوْث.

وأما الدليل على إبطال قولهم في استحلاف المدَّعَى عليهم وتغريمهم الدية فأمر سهل، ونقول: يمين المدَّعَى عليه في هذه الصورة يمين غير مفيدة؛ (فلا يشغل بها القاضي، وإنما قلنا إنها غير مفيدة)[٢]؛ لأنها لا تقطع خصومة المدّعين، وإذا كانت اليمين في جانب المدَّعَى عليه في وضع الشرع لقطع الخصومة، فإذا لم تُفِد ما وُضعت له لم تُشرع.

يبينه: أن الجمع بين يمين المدّعَى عليه وتغريمه أمر يخالف الأصول أجمعَ، وأيضًا فيه إيجاب الغرامة من غير حجة، فإنه لم يوجد من المدعين سوى الدعوى، وقد أوجبت بدعواهم الغرامة على أهل المحلة والقسامة، وهذا في غاية البعد، وقد قال ﷺ: (لو أُعطى الناسُ ودعواهم لادَّعى قومٌ دماء قومٍ وأموالهم)[٣].

---

(١) وقد ذكره السرخسي في المبسوط ١٠٧/٢٦، وقال في منية الألمعي فيما فات من تخريج أحاديث الهداية للزيلعي ص٥٩: «وفي مختصر الكرخي من حديث زياد بن أبي مريم: أجمع منهم...»، وذكره بتمامه.

(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٣) رواه مسلم في صحيحه ٢/١٢ مع النووي، كتاب الأقضية، والدارقطني في سننه ١٥٧/٤.

ولا يلزم على ما قلنا[١] يمين المتبايعين إذا اختلفا؛ لأن يمين كل واحد منهما مفيدة، ألا ترى أنه لو لم يحلف قُضي بيمين الآخر على ما ادّعاه.

۞ **أمّا[٢] حجّتهم في هذه المسألة:**

استدلوا بعموم قوله ﷺ: (البينة على المدَّعي واليمين على مَنْ أنكر)[٣].

وكلامهم في نفي اليمين عن جانب المدّعين، وبيان أن الاستحقاق لا يثبت باليمين أصلًا سيأتي من بعد.

وأما سبب وجوب الدية على المدَّعَى عليهم، وهم أهل المحلة نفس وجود القتل بين أظهرهم، وجعلوا أهل المحلة بمنزلة عاقلة القاتل، وعلّلوا (في وجوب)[٤] الدية على العاقلة بوجود القتل منهم حكمًا، ووجه وجود القتل منهم حكما: أنهم انتصبوا للتناصر وحفظ بعضهم بعضًا، والأخذ على أيدي السفهاء منهم عرفًا وعادة؛ (فالأقرباء يد)[٥] واحدة في هذا المعنى، فإذا وُجد القتل من واحد منهم جُعلوا بمنزلة القاتلين حكمًا.

قالوا: وهذا أقصى ما يمكن استخراجه من المعنى في هذا الحكم كذلك أهل المحلة فيما بينهم فإذا جُعل العاقلة بمنزلة القاتلين حكمًا كذلك أهل المحلة.

---

(١) في (ز): ما قلناه.

(٢) في (ز): وأما.

(٣) رواه الدارقطني في سننه ٤/٢١٨، والبيهقي في سننه ١/٢٥٢.

(٤) في (ز): لوجوب.

(٥) في (ز): فكانوا كيدٍ.

قالوا: وأما القسامة فإيجاب خمسين يمينًا لتعظيم أمر الدم، وإظهار خطره في الشرع، وجُعلت الأيمان واجبة بنفسها في هذا المحل لعظم أمر الدم حتى إذا لم يحلفوا حُبسوا حتى يحلفوا كَمَنْ وجب عليه حقٌّ مالي فلم يُوفِّ[1] حبس حتى يوفى، والدية لما ذكرنا[2] من المعنى.

وفارق أمرُ الدم في هذا سائر الأشياء؛ لأن الدم لا يجوز إهداره في الشرع؛ لقوله ﷺ: (لا يُترك في الإسلام مُفرَجٌ)[3][4] أي من يُهدر دمُه، ولو قلنا إن أهل المحلة يبرؤون بمجرد اليمين أدَّى إلى إهدار دم القتل ومثل هذا لا يوجد في سائر الحقوق ولهذا تعدَّدت (ولم تتعدد)[5] في محلٍ ما.

الجواب:

أما الخبر فقد بيّنا أنه (وَرَدَ لا)[6] في القسامة، وعلى أنا خصّصنا العموم الوارد بالخبر النص الذي رويناه.

وأما الذي ادّعوا أن أهل المحلة قتلة حكمًا، فبعيد جدًّا.

---

(١) في (ز): يوفه.

(٢) في (ز): لما ذكرناه.

(٣) في (ز): دم مفرج.

(٤) رواه الطبراني في المعجم الكبير ١٧/٢٤، وأبو عبيد في غريب الحديث ١/٢٨ بإسناديهما. قال الهيثمي: وفيه كثير بن عبد الله المزني وهو ضعيف، وقد حسّن الترمذي حديثه وبقية رجاله ثقات.
وذكره البغوي في شرح السنة ١٠/٢١٠، ونقل عن محمد بن الحسن تفسيره وقال: «هو القتيل يوجد بأرض فلاة يُودى من بيت المال ولا يبطل دمه» ا. هـ. ينظر: مجمع الزوائد ٦/٢٩٣.

(٥) في (ز): اليمين في هذا المحل ولم تتعدد اليمين.

(٦) في (ز): ما ورد إلا.

وكذلك دعواهم أن العاقلة جُعلوا بمنزلة القاتلين، وكيف يُدّعي هذا؟ وتحمّل العقل يجري في الخطأ، والذي ذكروه إنما يتصوّر في العمد، وإنما تحمّل العقل أمر[1] ورد به الشرع بخلاف القياس وهو حوالة[2] شرعية أو حمالة[3] شرعية غير معقول معناها.

يبينه: أن الضمان الواجب على شخص بالجناية منه لا يلزم الغير إلا بالتزام منه، ولا يجوز أن يقال من حيث العرف والعادة: جُعلوا بمنزلة الملتزمين؛ لأنهم لو صرّحوا بهذا الالتزام لا يصح فكيف يُحمل الأمر على شيء لو صرّح به لم يجز؟، فليس[4] ما أوردوه بمعنًى فقهي حتى نتكلم عليه فقهًا فاكتفينا بهذا القدر، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

عندنا: تجب الكفارة في قتل العمد[5].

وعندهم: لا تجب[6].

---

(١) ليست في (ز).

(٢) الحوالة: نقل الدين إلى ذمة غير ذمتك، المصباح المنير مادة (حال) ص١٥٧.

(٣) الحمالة: الكفالة، والحميل: الكفيل، يقال: اكفلت فلانًا إكفالًا إذا ضمنته إياه، ويقال: تحمل فلان عن فلان دينًا للمحمول له إذا ضمن له أن يوفيه إياه، الزاهر للأزهري ص١٥٥.

(٤) في (ز): وليس.

(٥) النكت للشيرازي ورقة ٢٦٧/ب، المهذب ٢٧٨/٢، التهذيب ٢٤٦/٧، روضة الطالبين ٣٨٠/٩، الحاوي ٦٣/١٣.

(٦) الأسرار، كتاب الديات ص٦١٦، مختصر الطحاوي ص٢٣٤، المبسوط ٦٧/٢٦، اللباب ١٤١/٣، أحكام القرآن للجصاص ٢٤٥/٢، مختصر اختلاف العلماء ١٧٢/٥، البدائع ٤٦٥٧/١٠.

❊ لنا:

ما رُوي عن واثلة[1] بن الأسقع أنه قال: أتينا رسول الله ﷺ في صاحب لنا أوجب النار بالقتل، فقال: (اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوًا منه من النار)[2]، والخبر في القتل العمد؛ لأن النار لا تجب إلا بالقتل العمد.

والمعتمد هو القياس، فنقول: حق الله تعالى في النفس مضمون بالكفارة [٢٩١/ب] بدليل نص الكتاب، وهو قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ...﴾[3] الآية.

وأجمع أهل العلم أن الكفارة حقّ الله تعالى (وجب على طريق)[4] المقابلة فلا يقابل إلا حق الله تعالى، وإذا ثبت أن حق الله تعالى في النفس مضمون بالكفارة، فنقول: التعمد في سبب الإتلاف لا يُسقط ضمان الإتلاف، بل يكون عمله في تأكيد الضمان لا في إسقاطه.

والحرف: أنه جنى على حقّ الله تعالى بالإتلاف، فيؤاخذ بالكفارة، دليله: إذا قتل خطأ أو شبه عمد.

---

(١) واثلة بن الأسقع بن كعب الليثي صحابي مشهور نزل الشام وعاش إلى سنة ٨٥هـ، وله من العمر ١٠٥ سنوات، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣٦٨.

(٢) رواه أبو داود في سننه ٤/٢٧٣ مع المعالم كتاب العتق، باب في ثواب العتق، والحاكم في المستدرك ٢/٢١٢، وأحمد في المسند ٣/٤٩٠، ٤/١٠٧.
والبيهقي في السنن ٨/١٣٢، ١٣٣، وقال الحاكم: «صحيحُ على شرط الشيخين»، ووافقه الذهبي وضعفه الألباني في الإرواء ٧/٣٣٩.

(٣) سورة النساء، آية (٩٢).

(٤) في (ز): وجبت على سبيل، ينظر المغني ١٣/٥١٣.

يبينه: أن القصاص في قتل[1] العمد مثل الدية في القتل الخطأ، ولهذا المعنى كان القصاص حق العبد على طريق الخلوص كالدية سواء، بدليل: أنه يسقُط بعفوه، ولا يتصور أن يكون فيه حق الله تعالى ويسقط (بعفو العبد)[2].

ولأنا إذا جعلنا الدية محض حقّه في الخطأ، ولم نجعل القصاص محض حقّه في العمد أخللنا بحقه؛ لأن حق الآدمي إذا أفرد بالضمان في الخطأ لم يجز أن لا[3] يُفرد في العمد؛ لأن العمدية لا تجوز أن يكون سببًا لإدخال النقص في حقه، ولهذا المعنى يجوز أن يُصالحَ عن القصاص على مال، ويكون المال كله له، وكيف[4] يتصوّر أن يُصالحَ على مال عن واجب اشتمل على حقه وحق الله تعالى؟.

وأما سقوطه بالشبهات؛ لأنه[5] عقوبة، ومن خاصّية العقوبات: أن لا تجب مع الشبهات، ولأنا بيّنا أن القصاص بدل توقيفي فلا يجب إلا في الموضع الذي أوجبه الشرع، وهو إنما أوجب في السبب الخالي عن الشبهة فإذا وُجدت الشبهة يرجع إلى البدل القياسي وهو الدية.

وإذا ثبت أن القصاص حق الآدمي، وهذا لا يمنعه محقق، فإذا لم نوجب الكفارة بقيت الجناية على حق الله تعالى خالية عن واجب، وهذا لا يجوز.

---

(١) في (ز): القتل.

(٢) في (ز): بعفوه.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): فكيف.

(٥) في (ز): فلأنه.

يبينه: أن حق الله تعالى محترم بمنزلة حق العبد بل حرمته أكثر، ووجوب حفظه أشد، وإهدار الجنايات على الحقوقِ المحترمة محال، وفصل الخطأ معتمد في القياس.

وحرف الإشكال عليهم فيه: أن الوجوب كان بالقتل لا بوصف الخطأ، فإن المؤثر في الإيجاب هو الإتلاف، فأما وصفُ الخطأ فبعيد من التأثير بل هو إلى الإسقاط أقرب منه إلى الإيجاب، وإذا كان وجوب الكفارة بالقتل، وقد وجد ذلك في العمد المحض فلابد من الوجوب.

۞ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ خَـٰلِدًا فِيهَا...﴾[1] الآية.

فالله تعالى أوعد النار على القتل، وسماه جزاء، دلّ أنه جميع الجزاء، فإذا أوجبنا الكفارة جعلناه بعضَ الجزاء، وجَعْلُ الكل بعضًا نسخ، والنسخ لا يجوز بالقياس، وليس لكم دليل سوى القياس.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الخطأ المذكور في قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا﴾[2] (فالمراد منه العمد؛ لأن الخطأ)[3] ضد الصواب، فيتناول العمد؛ لأن هذا خلاف قول المفسرين أجمع.

ولأن قوله: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا﴾ فالمراد منه العمد، فإذا

---

(١) سورة النساء، آية (٩٣).
(٢) سورة النساء، آية (٩٢).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

قلنا: إن الخطأ ضد الصواب فيكون عمدًا أيضًا، فيصير كأنه قال: وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنًا خطأ إلا خطأ، ثم قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا﴾[1] لبيان موجَبه، فيصير كأنه استثنى الشيء من نفسه وهذا لا يجوز.

يبينه: أنه عيّن الدية في الواجب بقوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾[2]، ولا تتعين الدية واجبة إلا في الخطأ؛ ولأنه ذكر العمد من بعد في مقابلة الخطأ أولًا ليتناول الخطابُ ذِكرَ واجبي العمد والخطأ، وإنما يصح مقابلة العمد بالخطأ ولا يصح مقابلة العمد بالعمد.

وذهبوا من حيث المعنى إلى أن القتل عدوان محض، فلا يصلح سببًا لوجوب الكفارة.

دليله: الردة، والوصف مُسَلَّم بلا إشكال.

أما الدليل على أن العدوان المحض لا يصلح سببًا لوجوب الكفارة: أن الكفارة فيها معنى العبادة بدليل: أنها تتأدّى بمحض العبادة، وهو الصوم.

يبينه: أن الصوم خَلَفٌ عن العتق، والصوم لا يكون إلا عبادة، فثبت معنى العبادة في أصله ضرورة.

ولأن الواجب كفارة والكفارة ماحية للذنب؛ لأنها ستارة مغطّية ومحو السيئات بالحسنات، بدليل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾[3]،

(١) سورة النساء، آية (٩٢).

(٢) سورة النساء، آية (٩٢).

(٣) سورة هود، آية (١١٤).

وقال ﷺ: (إذا عَمِلتَ سيِّئة فاعمل بجنبها حسنة تمحها)[١]، وطريق محو السيِّئات بالحسنات هو أنّه يستحقّ الثّواب بالطاعة[٢] والعقاب بالسيِّئة، فيذهب عقابُ السيئة بحكم المقابلة، وإذا كان في الكفارة معنى العبادة فلا تجب بالعدوان المحض؛ لأن العدوانات لا يجوز [٢٩٢/أ] أن تكون موجبة للعبادات؛ لأن العبادات في وضعها لنيل السعادة وإصابة الجنة والوصول إلى رضا الرب سبحانه، والعدوان المحض لا يتصور سببًا لما يُنال به السعادة والثواب ففي[٣] تصحيح هذا قلبُ الشريعة وتنكسيها.

ولأن الله تعالى وضع العبادات بأسباب موجبة مباحة، مثل دخول الوقت في الصلاة والصوم وملك المال[٤] في الزكاة والتمكن في الحج، ووضع العقوبات بأسباب محظورة مثل الزنا والسرقة وشرب الخمر وما أشبه ذلك، ونظرنا في الكفارة فوجدنا فيها معنى العبادة بدليل ما بيّنا، ووجدنا فيها معنى العقوبة؛ لأنها تجب بسبب هو جناية في الجملة فلابد من اجتماع معنى الحظرية ومعنى الإباحة في سببها، وذلك في قتل الخطأ؛ لأن الإباحة ثابتة إذا نظرنا إلى القصد والحظرية ثابتة إذا نظرنا إلى المحل، وكذلك في شبه العمد؛ لأن ما فيه من معنى الخطأ يوجب معنى الإباحة.

وأما القتل بالمثقل فمنع بعضهم[٥]، وقال: لا تجب فيه الكفارة؛ لأنه

(١) رواه الإمام أحمد في مسنده ١٦٩/٥ عن أبي ذر ولفظه: «إذا عملت سيئة فاتبعها بحسنة تمحوها...».

(٢) في (ز): بالحسنة.

(٣) في (ز): وفي.

(٤) في (ز): النصاب.

(٥) ينظر: المبسوط ٦٧/٢٦، بدائع الصنائع ٤٦٥٧/١٠.

عدوان محض، وسقوط القصاص لنوع شبهةٍ.

وبعضهم سلّم[1]، وقال: قام الدليل عندنا على وجود الشبهة فيه، وهو شبهة انتفاء القتل فلم يكن عدوانًا محضًا.

قالوا: وكذلك صيد الحرم[2] وُجد في قتله معنى الإباحة؛ لأنه اصطياد ومعنى الحظرية؛ لأنه جناية على حرمة الحرم، وكذلك في حال الإحرام.

قالوا: وكذلك إذا وطئ امرأته في نهار رمضان فيه معنى الإباحة؛ لأنه وطئ امرأته، ومعنى الحظر بالجناية على الصوم، وأما إذا زنى في شهر رمضان وجد فيه معنى الإباحة فيما يعود إلى السبب الموجب للكفارة؛ لأن الكفارة لا تجب بالوطء من حيث إنه زنا، بدليل: أنه لو زنى ناسيًا للصوم لا تجب عليه الكفارة مع وجود الزنا، ولو وطئ امرأته ذاكرًا وجبت الكفارة مع عدم الزنا، وإنما وجبت الكفارة من حيث إنه جناية على الصوم باستيفاء الشهوة، وما كان زنًا لهذا، بدليل: أنه يوجد استيفاء الشهوة، ولا يكون زنًا، وإذا لم يكن زنًا لهذا لم يكن تمحّض تحريمه لهذا المعنى، فصار هذا الفعل بمنزلة فعلين فعل هو زنا من حيث إفساد النسب وتلطيخ الفراش، وفعل هو جناية على الصوم من حيث استيفاء الشهوة في الجملة مباح، وليس كالظهار حيث يوجب الكفارة، وأن تمحّضَ حرمة؛ لأنه يوجب مع العَود، والعَود مُباح، ولا يلزم التوبة؛ لأنها لا تجب بالجناية، إنما تجب باعتقاد تحريم المعصية بسبب الإسلام، فإذا اعتقد أن المعصية محرمة لابد من التوبة.

---

(١) ينظر المبسوط ٦٧/٢٦، بدائع الصنائع ٤٦٥٧/١٠.

(٢) في (ز): لا يحرم.

قالوا: وأما قولكم: إنه حصل بالقتل تفويتُ حقّ الله تعالى، فيُضمن بالكفارة قد بيّنا أن السبب غير صالح[1]، وعلى أن التفويت قد قُوبِلَ بجزاء الإثم في الآخرة والوعيد بالنار في الآخرة أعظم من كل جزاء، وهو جزاء كامل لعظمه فلا يحتاج إلى جزاء آخر.

يبينه: أن النار أعظم الجزائين فلا يجب معه أخف الجزائين وهو الكفارة كما أن في تفويت حق الآدمي لما وجب أعظم الجزائين وهو القتل في العمد لم يجب أخفهما وهو الدية.

وبعضهم قال على قولنا: إنه بالقتل اعترض على حقّين أن القصاص جزاء كامل؛ لأن نفس القاتل اشتملت على حقين مثل نفس المقتول فتمت المقابلة، ولا يجب شيء آخر مع تمام المقابلة، هذا كلام مشايخهم المتقدِّمين، والأول طريقة أبي زيد[2]، وخرج على الطريقين فصل الخطأ.

ومنع بعضهم قياس العمد على الخطأ، وقال: هو قياس المنصوص عليه على المنصوص عليه، وهو باطل كقياس التيمم على الوضوء، والسرقة على قطع الطريق، وهذا لأن القياس دليل يُصار إليه عند الحاجة، والنص مغني عن القياس، فلا يصار إليه، وربما يقولون: هو نوع مباحثة، والمباحثة مع النصّ وَبَالَ على الباحث بدليل قصّة بني إسرائيل[3].

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالآية فليس فيها أكثر من إلحاق الوعيد في الآخرة، وإيجاب

---

(١) في (ز): لإيجاب الكفارة.

(٢) الأسرار، كتاب الديات ص ٦٣٢.

(٣) قصة بني إسرائيل في سورة البقرة في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تَذۡبَحُواْ بَقَرَةً﴾.

النار لقاتل النفس، وليس فيها تعرضٌ للكفارة، فتعرّض لها القياس؛ لأنّ ما لا يتعرض له النصّ يتعرّض له القياس بإجماع القايِسِيين.

وقولهم: إن الله تعالى جعل الوعيد بالنار جميع الجزاء.

قلنا: ليس في الآية أنه جميع الجزاء، وعلى أنه جميع الجزاء في الآخرة.

وقد قال أصحابنا في أمثال هذا: إن هذا ضم حكم إلى حكمٍ بدليلين مختلفَين فلا يُعدُّ [٢٩٢/ب] زيادة ولا نقصانًا؛ لأنه ما وجب أحدهما إلا والآخر واجب معه بالدليل الثاني، وهو مثل ضم التغريب إلى الجلد، وسيأتي من بعد.

وأما اعتراضهم على مَنْ قال من أصحابنا: إن المراد من الخطأ المذكور ضد الصواب، فلسنا نقول ذلك، بل المراد من الخطأ المذكور في الآية هو ضد العمد، لكن نوجب الكفارة في العمد بالقياس.

ويمكن أن يقال: إن إيجاب الكفارة في الخطأ تنبيه على وجوبها في العمد؛ لأن الكفارة مؤاخذة، فإذا وجبت في الخطأ مع قلة الإثم فلأن تجب في العمد مع كثرة الإثم أولى.

فإن قالوا: كيف يصح هذا، ولا إثم في الخطأ؟.

قلنا: وكيف لا يصح، والواجب كفارة وهي مؤاخذة.

فإن قالوا: وجوبها غير معقول المعنى.

قلنا: هذا باطل؛ لأنا نعقل معنى الكفارة، فإنها ستارة مغطّية فلابد،

وأن يكون مستورًا مغطّى وليس ذلك إلا الإثم، وعلى أن المحل ليس حقه في الخطأ والعمد والقتل فعله، فإذا نظرنا إلى ما استوفاه ففعله لابد وأن يكون مؤاخذًا به.

فإن قالوا: هي تغطّي الإثم القليل فلا يدل على أنها تغطّي الإثم الكبير.

قلنا: إنما تغطّي مع التوبة لا بنفسها فلما قلّ الإثم في الخطأ اكتُفى بالكفارة ولما كثر في العمد لم يكن بد من التوبة فيكفر تائبًا، أو يتوب مُكفِّرًا.

هذا الذي قلناه تقرير التعلّق بالخطأ، والاعتماد على الحرف الذي سبق من وجود تفويت حقّ الله تعالى في الموضعين.

وقد قال بعض أصحابنا: إن الكفارة في مقابلة حقّ الله تعالى مثل الدية في مقابلة حق الآدمي، والمعنى أنه أعجز شخصًا عن عبادة الله تعالى بالقتل فيلزمه أن يقيم شخصًا آخر مقامه، وقدر الإمكان في ذلك فَكّ الرق بالعتق، وإطلاق هذا الشخص عن قيْد عبودية العبد(١) ليصل إلى عبادة الله(٢) تعالى.

يبينه: أنه بالرق مسلوب النفس حكمًا، فإذا أعتقه أعطاه نفسًا (سلبها عنه)(٣) الرق، فيصير كأنه أحياها حكمًا بعد هلاكها حكمًا.

وعندي(٤): أن هذا ضعيف، لأنا إذا جعلنا(٥) في مقابلة الحق يكون

---

(١) في (ز): العبيد.
(٢) في (ز): ربه.
(٣) في (ز): سليمًا عن.
(٤) في (ز): قال الشيخ الإمام وعندي.
(٥) في (ز): جعلناه.




الواجب بطريق الجبر، وحينئذ لا يستقيم أن يكون الواجب باسم الكفارة؛ لأن الكفارة لمحق[1] الإثم، وليست لإقامة شيء مقام فائت، وإنما إذا قتل طفلًا أو مجنونًا تجب عليه الكفارة، ولم يوجد تعجيز شخص عن عبادة الله تعالى، وكذلك إذا قتل ذِمّيًا تجب الكفارة وليس من أهل العبادة[2].

وإن قلتم: يجوز أن يُسلِمَ (فيجب أن يجوز)[3] إعتاق العبد الكافر؛ لأنه يجوز أن يُسلِمَ، وبالإجماع لا يجوز، فالصحيح أن الكفارة مؤاخذة، وهي جزاء جناية التفويت، وهي نظير القصاص إلا أن الشرع عفا عن القصاص في الخطأ، وأوجب الدية ولم يعف عن التفويت في حق الله تعالى فوجبت الكفارة في الموضعين.

وأما قولهم: إن السبب عدوان محض.

قلنا: نعم، وهو صالح لإيجاب الكفارة؛ لأنها مؤاخذة فتمحض العدوانية يزيد الوجوب تأكدًا، فأما أن يسقط الوجوب فلا، على ما سبق.

وقولهم: إن الكفارة فيها معنى العبادة.

قلنا: ما وجبت إلا على جهة المؤاخذة والمعاقبة.

أما قولهم: إن الصوم عبادة.

قلنا: نقول أولا النظر إلى السبب أولى من النظر إلى الواجب؛ لأن

---

(١) في (ز): لمحو.
(٢) في (ز): عبادة الله تعالى.
(٣) في (ز): فيقال فيجوز.

الأحكام بأسبابها وعلى القطع نعلم، أن السبب جناية ثم نقول نحن لا ندّعي أن وضع الكفارات[١] وضع سائر العقوبات؛ لأن وضع العقوبات إيلام وإيجاع وإخزاء وتنكيل وهذا لا يوجد في الكفارة ولهذا يكون المباشر لها مَنْ عليه دون الإمام الذي يباشر سائر الحدود وإنما ندّعي أن جهة إيجابها جهة إيجاب العقوبات؛ لأن وجوبها بالجناية وكذلك نقول في الصوم أن جهته في هذا المحل جهة العقوبة.

يبينه: أن جهة العبادات جهة التقريب[٢] لينال الثواب والسعادة في الآخرة، وجهة العقوبة تحمّل ما[٣] يثقل عليه ليتخلّص من إثم جنايته فليتحق بمن لم يجنِ، والكفارة وجبت على هذه الجهة، كيف ما تصرف واجبُها[٤] من عتقٍ أو صومٍ أو إطعامٍ.

يدل عليه: أنَّ عندهم وُجد معنى العقوبة في الكفارة فإذا جاز أن يكون الصوم في غير هذا الموضع محض عبادة (وفي هذا المحل يوجد فيه معنى العقوبة فلِمَ لا يجوز أن يكون محض عبادة)[٥] في سائر المواضع وتجب في هذا الموضع على جهة المؤاخذة والعقوبة.

وقولهم: إن محو السيئات بالحسنات بدليل الآية.

قلنا: المراد منها التوبة، وهي ماحية للسيئات[٦]، والمراد محو الصغائر

---

(١) في (ز): الكفارة.
(٢) في (ز): التقرب.
(٣) في (ز): على ما.
(٤) في (ز): إيجابها.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) في (ز): للسيئة.

عند اجتناب الكبائر على ما وعد الله تعالى في القرآن[1] [٢٩٣/أ]، وعلى أن الكفارة محو[2] مؤاخذة ليلتحق بمن لم يجنِ فيما يرجع إلى المؤاخذة، وهذا لا يكون بالحسنة ثم الطريقة منقوضة بالمسائل الثلاث من التوبة والزنا في شهر رمضان والقتل بالمثقل وأعذارهم[3] في نهاية الضعف؛ لأن التوبة عن الجناية لا تكون إلا بسبب الجناية مثل الكفارة عن القتل لا تكون إلا بسبب القتل وفصل الزنا مشكل[4] عليهم والذي قالوا إن فساد الصوم لم يكن بالوطء من حيث إنه زِنا.

قلنا: بلى، ولكن فسد بالزنا في هذا الموضع، واستيفاء الشهوة في هذه الصورة زنا.

وأما قولهم: أخيرًا إن الإثم جزاء التفويت يدخل عليه شبه العمد، فإن فاعله آثم ووجبت عليه الكفارة، وعلى أن الإثم ليس بجزاء كامل في التفويت؛ لأن المقصود هو المنع من الجناية، والمنع لا يحصل بمجرد التأثيم فلابد من معاقبة في الدنيا ليحصل الزجر والمنع، ولهذا ضُمَّ السيف إلى القرآن في دعاء الناس، وهذا كلام فيه مُتسع ومجال، والحكمة تدعو إلى ضم العقوبة في الدنيا إلى الوعيد بالنار في الآخرة؛ لأن السياسات لا تكمُل إلا بعقوبة معجلة منقودة، فأما إذا كانت نسيئة مؤخرة فيضيع الحكم ويجترئ الناس على هتك الحرمات، وهذا معنى قولهم (ما يَزَعُ السلطان أكثر مما يَزَعُ القرآن)[5].

---

(١) يشير إلى قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ يُذْهِبْنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِ﴾ سورة هود، آية (١١٤).

(٢) في (ز): محض.

(٣) في (ز): اعتذارهم.

(٤) في (ز): عظيم.

(٥) في (ز): ما يُزع بالسلطان أكثر مما يُزع بالقرآن. =

وأما قولهم: إن بالقصاص وقعتِ المقابلة التامة.

فليس بشيء؛ لأن عندهم القتل إذا كان عمدًا لا تجب به الكفارة، وإن كان لا يوجب القصاص مثل الأب يقتل ابنه، والسيد يقتل عبده، والمسلم يقتل مستأَمنًا، وعلى أن القصاص محض حق الآدمي فكيف يتصور أن يتضمن المقابلة في حقّ الله تعالى؟

وبهذا الطريق نُجيب عن قول مَنْ قال منهم: إنَ السيف محّاءٌ للذنوب؛ لأنه إنما يمحو الذنوب في حق مَنْ السيف حقه في الشرع، أو وَضَعَ السيف في يده حقًّا له وهو الآدميّ، فأمَّا في حق الله تعالى فلا، وأيضًا فإن مقابلة إتلاف حق الله تعالى بإتلاف حق الله تعالى بعيد، وما قالوا يؤدّي إلى هذا.

يبينه: أنه لا يجوز هذا في حق[1] الآدميين، فكذلك في حقوق[2] الله تعالى دلّ أن الواجب ما هو المسمى في ضمان حق الله، وليس إلا الكفارة، والله أعلم بالصواب.



= ذكر هذا الأثر القرطبي في تفسيره فقال: ذكر ابن القاسم قال: حدثنا مالك أن عثمان ابن عفان كان يقول: «ما يَزِعُ الإمام أكثر مما يَزَعُ القرآن» أي من الناس. ا. هـ.
الجامع لأحكام القرآن ١٣/١٦٨.
والمقصود بالوزع هنا: الكف. كف الناس ومنعهم من تطاول بعضهم على بعض.

(١) في (ز): حقوق.
(٢) في (ز): حق.

❋ **(مَسْأَلة)**:

ما أتلفه أهلُ البغي[1] على أهل العدل من (أموالهم لزمهم ضمانُهُ)[2] على أحد قولي الشافعي رضي الله عنه، والقصاص على هذا القول على قولين آخرين[3].

وعندهم: لا يجب عليهم ضمانه[4].

❋ **لنا**:

إن أهل البغي ملتزمون أحكام الإسلام، ومن حكم الإسلام وجوب الضمان في إتلاف الأموال إذا كان الإتلاف بغير حق، وإتلافهم بغير حق فوجب عليهم الضمان لوجود سببه.

والدليل على أنهم[5] بغير حق: أنهم يأثمون بإتلافهم، وهذا دليل قاطع على عدم الحقيّة.

يبينه: أن إتلاف أهل البغي لما فارق إتلاف أهل (العدل في حكم الإثم وهو حكم الآخرة)[6]، فيفارقه أيضًا في حكم الدنيا وهو الضمان.

---

(١) أهل البغي: هم مخالفو الإمام بالخروج عليه وترك الانقياد له، أو منع حق توجه عليهم بشرط شوكة لهم وتأويل ومطاعٍ فيهم. مغني المحتاج مع المنهاج ١٢٣/٤.

(٢) في (ز): الأموال يلزمهم ضمانها.

(٣) النكت ورقة ٢٦٨/ب، كتاب الحدود من التعليقة ص٢١٧، الحاوي ١٠٦/١٣، البيان ٢٩/١٢، روضة الطالبين ٥٥/١٠.

(٤) مختصر الطحاوي ص٢٥٨، تبيين الحقائق ٢٩٦/٣، رؤوس المسائل ص٤٧٩.
وهو القول الآخر للشافعية وهو المشهور عندهم، قال أبو الطيب: وهو المشهور الذي مضى عليه في كتبه، كتاب الحدود من التعليقة ص٢١٧.

(٥) في (ز): أنه.

(٦) في (ز): الحق في الآخرة وهو الإثم.

❁ أمّا[١] حجّتهم:

قالوا: أتلفها[٢] بتأويل فاسد فينزل[٣] منزلة التأويل الصحيح في سقوط الضمان.

دليله: إتلاف الكفار علينا أموالنا، وهذا لأن الضمان إنما يجب إمّا بإلزام[٤]، وإمّا بالتزام[٥]، والالتزام معدوم وكذلك الإلزام؛ لأن الإلزام ببلوغ الحجة الشرعية، والمنَعَة الحسيّة تمنع البلوغ.

ألا ترى أنهم انتصبوا ممتنعين مدافعين ففات وصول الحجة إليهم بذلك، ولم يرد شرع بالإلزام شاؤوا أم أَبَوا، (فأشبه أهلُ البغي في الإتلاف)[٦] أهلَ الحرب من الكفار.

قالوا: وأمّا تعلقكم بأنهم مسلمون التزموا[٧] أحكامَ الإسلام، (فهذا يدخل)[٨] عليه إتلافُ أهل العدل أموالهم، فإنهم أتلفوا على المسلمين أيضًا، وقد أتلفوا بغير حق؛ لأنه لا حق لأهل العدل في مال أهل البغي، ولهذا لو أتلفوا ابتداءً لا في المقاتلة يجب عليهم الضمان.

قالوا: وسقوط الإثم لا يمنع وجوب الضمان بدليل مسألة[٩] المخمصة،

(١) في (ز): وأما.
(٢) في (ز): اتلف.
(٣) في (ز): فنزل.
(٤) في (ز): بالالتزام.
(٥) في (ز): بالإلزام.
(٦) في (ز): وتشبه أهل البغي في الإلزام منزلة.
(٧) في (ز): قد التزموا.
(٨) في (ز): فيدخل.
(٩) ليست في (ز).

وخرّجوا[١] فصل الإثم على ما ذكروه من المنَعَة.

وقالوا: الإثم واجب بالجناية على حق الله تعالى، (والمنَعَة الحسيّة ساقطة الاعتبار فيما يعود إلى حق الله تعالى)[٢]؛ لأنه لا يتصوّر منعة مع الله تعالى وعلى أن الإثم موجود في إتلاف الكفار علينا أموالنا والضمان ساقط بالإجماع.

واستدلوا في أن التأويل الفاسد يُنَزل منزلة التأويل الصحيح: بنفوذ (قضاء قُضَاتهم)[٣]، وقبول شهاداتهم، والحكم بإسلامهم مع قطعنا بخطئهم في التأويل، وفيما يعتقدونه من سائر مما هم عليه من مذاهبهم [٢٩٣/ب].

۞ الجواب:

إن قولهم: التأويل الفاسد ينزَّل منزلة التأويل الصحيح في سقوط الضمان، دعوى، ولسنا نسلِّم ذلك بدليل الإثم.

وقولهم: إن الحجة لم تصل إليهم.

قلنا: قد وصلت؛ لأنهم التزموا الإسلام، فقد (وصلت إليهم)[٤] كل حجج الإسلام، وسمعوا أن مَنْ أتلف بغير حق مالًا وجب الضمان عليه، وقد اعتقدوا ذلك إلا أنهم يزعمون أنه يجوز لهم إتلاف الأموال[٥] وسفك

(١) في (ز): وقرروا.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): قضائهم.
(٤) في (ز): التزموا.
(٥) في (ز): أموالنا.

الدماء[١]، وهذا زعم باطل قطعًا، وتأويل فاسد يقينًا، فلا يصير حجة لهم في سقوط الضمان.

وخرج على هذا فصل إتلاف الكفار أموالنا؛ لأنهم لم يلتزموا أحكام الإسلام فكيف يُلحق بهم من التزم أحكامه؟ فإن رجعوا إلى أن الكفار قد خُوطبوا بالشرائع فلِمَ لا يجب عليهم الضمان؟

قلنا: قد تبيّن الفرق، والجواب عن هذا معنىً يأتي في مسألة الاستيلاء، وأما اعتبار المنَعَة الحسيّة فليس بشيء، وهي لا تمنع وُصولَ الحجة بعد أن قبلوا الإسلام، وهذا لأنهم مسلمون، ويدّعون أن مَنَعَتهم مَنَعَة الإسلام، وإنما يذبُّون عن حريم الإسلام فمنَعَة الإسلام كيف تمنع حكم الإسلام؟ وبهذا أيضًا يتبين الفرق بين أهل البغي والكفار.

وأما فصل الإثم فدليل مشكل[٢] عليهم.

والذي قالوا: إن المنَعَة في حق الله تعالى لا تتصور.

قلنا: العبرة بوصول الحجة، فإذا قلتم إن الحجة لم تصل كيف يأثم؟ وإن أثم وجُعل[٣] الحجة واصلةً فيه، كذلك[٤] في الضمان.

وأما إتلاف أهل الحرب علينا أموالنا فنحن لا نقول: إن الحجة ما وصلت إليهم، وإنما أسقطنا الضمان بدليل آخر، وهذا لحقيقةٍ: وهو أن الله

(١) في (ز): دمائنا.
(٢) في (ز): عظيم.
(٣) في (ز): وجعلتم.
(٤) في (ز): فكذلك.

تعالى إنما بعث الرسول[١] ﷺ في الابتداء إلى قوم ذوي بأسٍ شديدٍ منَعَةٍ، وقد اتفقت الأمة على وصول الحجة إليهم، ولزومها[٢] إياهم، وسقوط الاعتذار[٣] لهم بتركها مما ذكروه يؤدّي إلى هدم قاعدة الإسلام، وتمهيد العذر للكفرة، وكل مبطِل في العالم فيما يفعله ويعتقده.

وأما أهلُ العدل إنما[٤] لم يجب عليهم الضمان فيما أتلفوه؛ لأنهم أتلفوا بحق، وهذا لأن المسألة فيما أتلفوه في المقاتلة، وهذا مفعول بحقّ؛ لأنه لا يصل إلى المقاتلة إلا بهذا الإتلاف الذي فعله، فيكون مفعولًا بحق، ولا يمكن إيجاب الضمان؛ لأنهم يَذُبُّون عن الدِّين، وما أتلف بسبب الذَّب عن الدِّين لا يتصوّر وجوب الضمان على واحد[٥].

وخرج على هذا: فصل المضطر إلى طعام الغير؛ لأن إتلافه لما كان لإحياء نفسه، فيجوز أن يلزمه مؤونة حياة نفسه.

وقولهم: إن التأويل الفاسد ينزل منزلة التأويل الصحيح بدليل المسائل، وكذلك تعلقوا بوجوب رد الأعيان.

قلنا: قد منع بعض الأصحاب[٦] هذه المسائل على هذا القول، وعلى أنا إنما اعتبرنا تأويلَهم في هذه الأشياء لدفع الحرج عن أهل العدل، فأنا إذا

(١) في (ز): الرسل.
(٢) في (ز): إلزامها.
(٣) في (ز): الأعذار.
(٤) في (ز): فإنما.
(٥) في (ز): أحد.
(٦) في (ز): أصحابنا.

لم نُجوّز ما فعلوه في هذه الأشياء اتصل الضرر بأهل العدل من تثنية الخراج، وإعادة أخذ[1] العشور والزكوات إذا ظهر أهلُ العدل ونقض الأقضية الماضية وغير ذلك، وأما منع تكفيرهم فلإجماع[2] الصحابة، والله أعلم.



※ (مَسألة):

المرتدة يجب عليها القتل عندنا[3].

وعندهم: لا يجب لكن تُحبس وتضرب حتى تعود إلى الإسلام[4].

وبعضهم قال: تُحبس، ولا تُضرَب.

❖ لنا:

إن الموجب للقتل قد وُجد، وهو الكفر ولم يُوجد ما يمنع من قتله[5]، فوجب أن يطلق له قتله[6].

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): فبإجماع ينظر: المغني ١٢/٢٤١.

(٣) **الردة**: قطع الإسلام بنيَّة أو قول أو فعل، كسجود لصنم واستخفاف بالمصحف أو الكعبة. تحرير ألفاظ التنبيه ص٣١٢.

(٤) النكت ورقة ٢٧٠/أ، كتاب الحدود من التعليقة ص٢٧٥، الحاوي ١٣/١٥٥، البيان ١٢/٤٤، مغني المحتاج ٤/١٧٢.

(٥) الأسرار، كتاب الديات ص٣٣٧، مختصر الطحاوي ص٢٥٩، فتح القدير ٦/٧١، الجامع الصغير ص٢٥١، رؤوس المسائل ص٤٨٠، حاشية ابن عابدين ٤/٢٤١، ٢٤٥، المبسوط ١٠/١٠٨، مختصر اختلاف العلماء ٣/٤٧١.

(٦) في (ز): فعله.

دليله: في[1] جانب الرجل.

ودليله[2]: الزانية المحصنة.

والدليل على أن الكفر موجب للقتل: أن القتل يصلح في الشرع جزاءً للجريمة[3]، بدليل الزنا، وبدليل القَوَد في القتل العمد، ولا جريمة فوق الكفر، فإذا وجبت العقوبة الصالحة جزاءً للجريمة عقيب جريمة مخيلة في إيجاب العقوبة كانت الجريمة هي الموجبة لها؛ لأن المعنى الموثّر المخيل في الحكم المناسب له علة الحكم باتفاق القياسيين.

يبينه: أن الكافر مزجورٌ عن الكفر، مدعو إلى تركه بقبول الإسلام، والتخويف بالقتل زجر، بل هو أبلغ وجوه الزجر فصار إيجابُ القتل زجرًا عن الكفر وجزاءً له[4] وإن لم ينزجر علة مناسبة موافقة لهذا الحكم محال عليه؛ لأن القياس في الحقيقة ليس إلا إبراز نسبة شرعية موافقة لأصول الشرع شبهًا ومعنى.

ويمكن أن يقال أيضًا: إن المرتدة محمولة على الإسلام بالإجماع، والمحمول على الإسلام محمول عليه بالسيف، بدليل نص الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿تُقَٰتِلُونَهُمۡ أَوۡ يُسۡلِمُونَ﴾[5]، وبدليل قوله [٢٩٤/أ] ﷺ: (أُمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله)[6]، وبدليل الرجل المرتد، وهذا لأن السيف

---

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): على الجريمة.
(٤) ليست في (ز).
(٥) سورة الفتح، آية (١٦).
(٦) تقدم تخريجه ٣١٤/١.

هو النهاية في الحمل، والإسلام مطلوب من الكافر بأبلغ وجوه الطلب، فإذا ورد الشرع بالحمل عليه لم يستقم إلا أن يكون محمولًا عليه بأبلغ وجوه الحمل، ولهذا لما دعا إليه قولًا بلغ النهاية في الدعوة قولًا، فإذا حمل عليه فعلًا وجب أن يبلغ الغاية في الحمل فعلًا، وهذا الذي ذكرنا[١] من هذين المعنيين في نهاية الوضوح وهو موجود في الرجل والمرأة، وقد استويا في الكفر فيستويان[٢] فيما يُبْتَنَى عليه سواء كان جزاءً لفعله[٣] أو زجرًا عنه وحملًا على الإسلام بتركه.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الكفر لا يوجب القتل؛ لأن الكفر جناية على محض حق الله تعالى، فيكون جزاؤه في الآخرة؛ لأنها دار الجزاء[٤].

ألا ترى: أنه تعالى أمر ونَهى في الدنيا، وأثاب وعاقب في الآخرة، وبمثل هذا الطريق وَرَدَ القرآن والأخبار.

والدليل عليه: أنا نرى في الدنيا فاجرًا مروحًا منعمًا عليه، ونرى صالحًا متعوبًا مضيّقًا عليه، ونرى أتقى خلق الله تعالى ولم يستتب له راحة ساعة، ونرى أفجر خلق الله تعالى ولم يتفق له تعب ساعة، ولو كانت الدنيا دار الجزاء لم يتصوّر فيها أمثال هذا كما لا يتصوّر في الآخرة.

---

(١) في (ز): ذكرناه.

(٢) في (ز): فينبغي أن يستويا.

(٣) في (ز): على فعلٍ.

(٤) في (ز) زيادة: فأما الدنيا فهي دار الابتلاء أمرًا ونهيًا لأن دار الجزاء في الآخرة.

وأيضًا فإنه يوجد كثير من الكبائر لم يشرع الله تعالى لها عقوبة في الدنيا مثل عقوق الوالدين، وشرب الدم، والبول، وأكل الميتة، والفرار من الزحف وغيرها، ولو كان الواجب في الدنيا من العقوبة للجزاء على الجرائم لَعُمَّ الكل بالجزاء كما في الآخرة.

قالوا: وأما واجب الزنا، والسرقة، وحدّ قطاع الطريق، وحدّ[1] شرب الخمر، والقذف فإنما عَجَّل[2] الله تعالى بعض الأجزية لمصالح تعود إلى العباد على ما ذكرنا[3] من قبل، فإنّ مصالحهم لا تتم إلا بالزجر عن هذه الأفعال، فإن في الإقدام على هذه الأفعال مفاسد عظيمة من إفساد الأنساب، وتضيع الأموال، وهتك الأعراض، وتشويش العقول، وأما الكفر جناية[4] على محض حق الله تعالى، ومصالح العباد تبقى تامة مع تأخير الجزاء عليه إلى دار[5] الآخرة.

واستدل أبو زيد أيضًا بسقوط القتل عن الكافر بالإسلام، ولو كان القتل جزاء الكفر كان مثل الحدود على سائر الجرائم، ولا يجوز أن يسقط بالتوبة، كما لا يسقط سائر الحدود بالتوبة.

قال: ولا يليق بالحكمة سقوط الحد بالتوبة؛ لأن الحد للزجر، فإذا علم صاحب الجريمة أنه يسقط عنه بالتوبة لم ينزجر عن الجريمة اعتمادًا على

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): جعل.
(٣) في (ز): ما ذكرناه.
(٤) في (ز): فجناية.
(٥) ليست في (ز).




إسقاط الحدود عن نفسه بالتوبة.

وأما قاطع الطريق فمعنى السقوط هناك هو: أن التوبة إنما تتم بردّ المال على صاحب المال، فإذا ردّ المال إليه فاتت الخصومة، والخصومة شرط في إقامة ذلك الحد، فبهذا الطريق امتنع إقامة الحد فكان معنى السقوط امتناع الإقامة لا السقوط أصلًا.

فأما إذا قاتلوا: فالآن تعدّى الضرر إلى العباد، فشُرع القتل دفعًا للضرر عنهم، فإن[١] لم يقاتلوا صورة فإذا انتصبوا حربًا، وتحيّزوا دارًا قام كفرهم الباعث على الحرب مقام قتالهم صورة تيسيرًا للأمر على المسلمين، ودفعًا للحَرَج عنهم حتى لا يقعوا في حرج الفصل بين مَنْ يحارب وبين مَنْ لا يحارب، وهذا لأن الحرب أكثره المخاتلات[٢] والمخادعات، فإذا اعتبرنا صورة القتال لم نأمن وقوع الغوائل[٣] وفوات الفرص، واتفاق[٤] فتق علينا بأيدي الكفرة لا يمكننا تداركه، فأقام الشرع الكفر الباعث على الحراب[٥] مقام حقيقة المحاربة لهذا المعنى.

وليس كالذّمي لأنه قد ترك المحاربة باختياره، والتزم أحكام الإسلام، ورضي بالذّل الذي شمله بقبول الذّمة، فخرج من كونه مقاتلًا محاربًا.

---

(١) في (ز): وان.

(٢) في (ز): بالمخاتلات.

المخاتلات: جمع: خَتَلَه خَتَلًا وختلانًا: خَدَعَه، وتخاتلوا تخادعوا. القاموس مادة (ختل) ص ٣/٣٧٧، إذن فالمخاتلات والمخادعات بمعنى واحد.

(٣) الغوائل: الدواهي: القاموس المحيط مادة (غال) ص٤/٢٧.

(٤) في (ز): انفتاق.

(٥) في (ز): الحرب.




قالوا: (وأما المرتد والأسير فمحاربان إلا أنهما عاجزان عن المحاربة، وربما ينتهزان فرصةً، ويلتحقان)[1] بأهل الحرب بخلاف الذمي على ما بيّنا.

قالوا: وأما الباغي فليس بمحارب في الأصل؛ لأنه مُسْلِم، والمُسّلم مُسَالم، وإنما الحرب عارض، فيُعتبر وجود حقيقة المحاربة.

وأما الكافر فمحارب في الأصل وفي اعتبار حقيقة المحاربة منه ضرر يعود إلى المسلمين على ما بيّنا، فاعتبر الكفرُ الباعثُ على الحرب.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: لم يوجد من المرتدة إلا الكفر، وقد بيّنا أن الكفر لا يوجب القتل، وأما القتال فلا يمكن تحقيقه في المرأة؛ لأن المرأة ليست لها بُنية صالحة للقتال، فأشبهت الكافر الذي ترك القتال اختيارًا وهو الذمي، بل هو أولى؛ لأن عدم [٢٩٤/ب] القتال لعدم صلاحية البُنية أبلغ من عدم القتال بتركه اختيارًا.

قالوا: ولهذا لم تُقتل الكافرة الأصلية.

قالوا[2]: ولا يجوز أن يقال: إن (كفر الأصلية)[3] كفر ضعيف[4]، وكفر المرتدة كفر متغلّظ؛ لتضمنه (الجناية على)[5] الإسلام، فأشبه كفرها كفر الرجل حيث يتغلظ بانضمام القتال إليه، وذلك لأن الكفر لا يجوز أن يوصف

(١) في (ز): العبارة هكذا: وأما المرتد لا يسمى محاربًا؛ لأنه عاجز عن المحاربة وربما انتهز فرصة ولحق.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): الكفر الأصلي.
(٤) في (ز): خفيف.
(٥) ليست في (ز).

بالخفة، وهي جناية غليظة سواء وُجدت[١] من الرجل أو المرأة، ولا حاجة بالكفر في أن تغلظ بالجناية على إسلام ثابت أو بضم قتال إليه؛ لأنه في نفسه علة كافية لإيجاب[٢] العقوبة.

يبينه: أن الكفر وإن خفَّ بتجرده عن ما ذكرتم، فلا شك أنه أغلظ من الزنا، وقتل النفس، ثم الزنا يوجب القتل، فكفر المرأة أولى، فلما لم يوجب كفر المرأة (الحربية القتل)[٣] علمنا أنه إنما لم يجب لما بيّنا أنه جناية على محض حق الله تعالى، وجزاؤه إنما يكون في الآخرة.

وربما يقولون: الكفر[٤] لا يختلف باختلاف الأشخاص، وهو عند وجوده عودًا مثل ما هو عند وجوده ابتداءً.

قالوا: ولا يجوز أن يقال في الكافرة الأصلية: إنما لم تُقتَل لأجل نفع المسلمين بإثبات الاسترقاق بدلًا عن القتل؛ لأن الاسترقاق ليس بعقوبة.

ألا ترى أنه يجوز أن يُضرب على المسلم[٥] ابتداءً، بدليل أن الإمام لو ظهر على قوم فأسلموا قبل أن يضرب الرقّ عليهم، له[٦] أن يضرب الرقَّ عليهم، ولو كان عقوبة لم يجز كما لا يجوز قتلهم، وأيضًا فإن القتل وجب حقًّا لله تعالى فكيف يجوز إسقاط حق الله تعالى باعتبار نفع المسلمين؟

---

(١) في (ز): وجد.
(٢) في (ز): في إيجاب.
(٣) في (ز): العبارة: القتل في الجريمة.
(٤) في (ز): الكفر واحد.
(٥) في (ز): المسلمين.
(٦) في (ز): فله.

ثم قالوا: لو كان ترك قتل الحربية لهذا، وجب أن يُترك قتل الرجل الحربي أيضًا؛ لجواز الاسترقاق، فالاسترقاق جائز في الرجال.

وقالوا أيضًا: قولوا: إن المرتدات يُسبَين ولا يُقتلن لنفع المسلمين، فثبت أن المعنى ما بينا، وليس ما قلتم[1].

قالوا: وأما قولكم: إن المرتدة محمولة على الإسلام، قالوا: بلى، ولكن يُحمل على الإسلام بما يصلح به الحمل على الإسلام، وإنما يصلح الحمل على الإسلام بما يتصور معه الإسلام، والقتل إذا تحقق لم[2] يتصور الإسلام فكيف يُشرع حملًا على الإسلام؟

وأيضًا فإن المشروع في الحمل على الأشياء هو الحبس والضرب فلا جَرَمَ نقول به، وأما القتل فلم يرد في موضعٍ مًّا للحمل على الفعل فلا يجوز شرعه؛ لأن تغيير أوضاع الشرع لا يجوز[3].

۞ **الجواب:**

إنا قد بيّنا أن الكفر موجب للقتل.

قولهم: إن الكفر جناية على محض حقّ الله تعالى.

قلنا: مسلَّم.

أما قولهم: إن جزاءه في الآخرة.

---

(١) في (ز): قلتموه.

(٢) في (ز): فلا.

(٣) في (ز): لا يجوز بحال.




قلنا: قد يكون في الدنيا، وقد يكون في الآخرة.

وأما قولهم: إن الآخرة هي دار الجزاء.

قلنا: نعم، دار (جزاء متأبّد)[1]، أما الجزاء الذي يوجد وينقطع فالدنيا داره.

ثم الجواب المعتمد: أن الكلام في جزاء على الجناية زجرًا على الجناية وَردْعًا عنها ليخاف عن العقوبة فيتركها، ومثل هذا الجزاء لا يتصور إلا في دار[2] الدنيا، فأما في الآخرة لا يتصور العقوبة على الجرائم للزجر عن الجرائم، ولا خلاف أنَّ الانزجار مطلوب من العقوبات، وقد اعترفوا بهذا؛ (لأنهم قالوا)[3]: وجبت الحدود لمصالح تعود إلى العباد، وتلك المصالح لا توجد إلا بالكفّ عن الجرائم، فكذلك في مسألتنا، فإن الكفّ عن الكفر مطلوب، وهو المقصود الأصلي في دعوة الأنبياء، فالعقوبة إذا وجبت على الكفر فإنما وجبت لتكفّ الكفار[4] عن الكفر.

ألا ترى أنه يقال له أَسْلِمْ، وإلاّ قتلتك، وبهذا وَرَدَ النص، فصار الحرف: أن الكف عن الكفر لما كان مطلوبًا في الدنيا فعقوبة ترك الكفّ، والثبات على الكفر جاز شرعُها في الدنيا.

وأما قولهم: إنا وجدنا بعض الكبائر، ولم يشرع الله تعالى عليها عقوبة في الدنيا.

---

(١) في (ز): الجزاء الذي يتأبد.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): فقالوا.

(٤) في (ز): الكافر.

قلنا: ومن الجرائم التي يعود ضررها إلى العباد جرائم لم يشرع لها عقوبة في الدنيا مثل عقوق الوالدين، والنميمة، والكذب على الناس، والسعاية بهم وغير ذلك، ولكن شُرَعَ[1] في البعض ولم يُشْرَع في البعض على حسب ما رأى الحكمة في ذلك، كذلك في الجناية على حق الله تعالى شَرَع العقوبة في البعض دون البعض على حسب ما وُجدت المشيئة النافذة والحكمة البالغة، وباقي الكلام قد ذكرنا[2] من قبل.

وأما الكافرة الأصلية فقد أشكل الجواب عنها على كثير من الفحول، وتخبّطوا في ذلك، والجواب المعتمد: أن الكفر في الكافرة الأصلية موجب للقتل، لكن قام دليل [٢٩٥/أ] مانع من فعله، والعلة قد تقف عن العمل لمانع، وذلك المانع هو أن الاسترقاق عقوبة على الكفر؛ لأن فيه جَعْلَ الآدمي الحُرّ المحترم بأصل الخلقة سلعة تباعُ وتُشترى وسُلبت المالكية[3] عنه، بل فيه سلب نفسه عنه حكمًا.

ويدل عليه: أنه لا يضرب إلا على الكافر[4].

والمسألة التي أوردوها من القوم الذين ظهر عليهم الإمام إذا أسلموا.

قلنا: قد مُنعت هذه المسألة، وعلى أن حق الرقّ قد ثبت بنفس الظهور، وإنما الاسترقاق في الحقيقة استدامة.

---

(١) في (ز): شرعت.

(٢) في (ز): ذكرناه.

(٣) في (ز): مالكيته.

(٤) في (ز): كافر.

وإذا ثبت أن الاسترقاق عقوبة، فنقول: الكفر يوجب القتل عقوبةً على الكفر، والاسترقاق في حق النساء والصبيان أولى العقوبتين لما فيه من نفع[1] المسلمين، أما القتل محض عقوبة من غير أن يتضمن نفع[2] المسلمين فصارت العقوبة التي نُقيمها، وتتضمن نفع المسلمين أولى من العقوبة التي نُقيمها من غير أن تشتمل على نفع يحصل للمسلمين؛ لأن إيفاء حقين أولى من إيفاء حق واحد.

وأما قولهم: إن القتل وجب حقًّا لله تعالى.

قلنا: بلى، ولكن ذلك الحق صار مقضيًّا مُوفىً بالاسترقاق مع اعتبار نفع المسلمين؛ لأنّ حقّ الله تعالى في المعاقبة، وهذا معاقبة، وأمّا الرجال[3] فالاسترقاق في الرجال لم يتمحّض نفعًا للمسلمين؛ لأنهم رجال المحاربة، فيجوز أن يكون نفعُ المسلمين في قتلهم لنكفّ ضررهم جملةً، إلا أن قصد الرقيق[4] موهوم، ويجوز أن يكون نفع المسلمين في استرقاقهم فتخيّر الإمام، وأما في النساء فقد تمحض الاسترقاق نفعًا، وأما في المرتدَّات إنما لم يجز الاسترقاق؛ لأن الاسترقاق وإن كان عقوبة؛ لكنه يتضمن التقرير على الكفر، وتقرير المرتد على الكفر لا يجوز؛ لأنه واجب حملهُ على الإسلام لمكان أنه قد التزم الإسلام ثم تركه ومن التزم شيئًا ثم امتنع منه فواجبٌ حملُه على إبقائه، فتعين القتل عقوبة من هذا الوجه.

---

(١) في (ز): نفع عايد إلى.

(٢) في (ز): نفع عايد إلى.

(٣) في (ز): الرجل.

(٤) في (ز): الرقيق إذا اجتمعوا.




وأما قولهم: إن القتل يسقط بالإسلام، ولو كان جزاء الكفر لم يسقط بالإسلام.

قلنا: القياس أن لا يسقط، وإنما سقط بالنص الوارد فيه، أو بالإجماع.

وإن سلَّمنا على الطريقة الثانية، وهي: أن القتل حمل[1] على الإسلام، يسهل عنه الجواب؛ لأنه إذا كان للحمل على الإسلام فلا بد أن يسقط بالإسلام، والاعتماد على الأول.

وأما قولهم: إن الحمل على الإسلام لا يتصوّر بالقتل.

فليس بشيء؛ لأن الحمل بحكم[2] التخويف، وهو مثل المكرِه يحمل المكرَه على الفعل بالتخويف.

وأما الأخبار في المسألة فأشهرُها لنا[3]: قوله ﷺ: (مَنْ بَدَّل دينه فاقتلوه)[4]، وباقي الأخبار ضعاف في الأسانيد، وهذا الخبر الذي يحتج به الأصحاب إن سَلَمَ عن المعارضة بنهيه - ﷺ - عن قتل النساء والصبيان، فالأولى هو الاعتماد على ما ذكرنا[5]. والله أعلم بالصواب.



---

(١) للحمل.

(٢) في (ز): ثم بحكم.

(٣) ليست في (ز).

(٤) صحيح البخاري ٦/١٤٩ مع الفتح، كتاب الجهاد، باب لا يُعذّب بعذاب الله.

(٥) في (ز): ما ذكرناه.

❊ (مَسْأَلة):

أمان العبد المحجور عليه صحيح عندنا[1].

وعند أبي حنيفة رحمه الله، وأبي يوسف: لا يصح[2].

❖ لنا:

إن الأمان لدفع الشر عن المسلمين، فيُملك بعلة الإسلام.

دليله: دفع الشر حسًّا، فإن مَنْ رأى إنسانًا يقصد إنسانًا بشرٍّ، فإنه يملك دفعه عنه، بل يجب عليه ذلك سواء كان الدافع حُرًّا أو عبدًا، كذلك هاهنا.

يبينه: أن دفع الشرّ عن الأخ المسلم بمنزلة دفع الشرّ عن نفسه، ثم العبد يملك دفع الشرّ عن نفسه، فيملك أيضًا دفع الشرّ عن أخيه المسلم.

ويمكن أن يقال: إنه جهاد معنىً، والعبد من أهل الجهاد؛ لأنه طاعة وقربة، فيصير من أهله بعلة الإسلام، وهذا لأن الأصل أن المسلمين متمكِّنون[3] من جميع الطاعات والقُرب لينالوا بها السعادة، ويصلوا بها إلى رضا[4] ربهم، فإذا كان الجهاد قُربة وطاعة، فيكون كل مسلم مالكًا لفعله بعلة الإسلام إلا أن يقوم دليل مانع.

وإنما قلنا: إن الأمان جهاد معنىً؛ لأن فيه كفاية شرّ الكفار، وكفاية شرّ

---

(١) النكت ورقة ٢٨٥/أ، كتاب السير مع التعليقة ص٩٦٧، الحاوي ١٤/١٩٦، البيان ١٢/١٤٠ ـ ١٤١، مغني المحتاج ٤/٢٩٦، روضة الطالبين ١٠/٢٧٩.

(٢) مختصر اختلاف العلماء ٣/٤٤٩، اللباب ٤/١٢٦، تبيين الحقائق ٣/٢٤٧.

(٣) في (ز): يمكنون.

(٤) ليست في (ز).

الكفار جهاد كالمقاتلة حسًّا يكون جهادا لتضمُّنها كفاية شرهم، وكما أن قتالَهم ليُسلموا مقصود، فكفاية شَرِّهم ليسلمَ المسلمون منهم مقصود.

يبينه: أن أصل الجهاد لإعزاز دين الله، وإعلاء كلمة الله، وفي القتال إعزازُ دين الله تعالى بتقليل عِدَتهم[(١)] وكسر شوكتهم، وفي الأمان إعزاز دين الله تعالى بدفع شَرِّهم، وفي دفع شَرِّهم[(٢)] عن المسلمين حفظ عِزِّهم، وحفظ العزِّ بمنزلة الإعزاز ابتداءً، فعرفنا أنه جهاد معنىً، فيملكه العبد بعلة الإسلام كما يملكه الحر.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: مَنْ [٢٩٥/ب] لا يملك الجهاد لا يملك الأمان كالصبي، والعبد لا يملك الجهاد بدليل: أنه لو خرج مجاهدًا، أو كان مع سيده (يجاهد من غير)[(٣)] إذنه يأثم.

ولأن الجهاد إما أن يكون بالنفس أو بالمال، والعبد لا يملك نفسه؛ لأنه مملوك، والمملوك نفسه لا يكون مالكًا لنفسه، وأما المال فليس له مال حتى يجاهد به، فعرفنا أنه لا يملك الجهاد، وإذا لم يملك الجهاد لم يملك الأمان لوجهين من الكلام:

أحدهما: أن الأمان جهاد معنىً، فإذا لم يملك الجهاد صورة وحسًّا لا[(٤)]

---

(١) في (ز): عددهم.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) في (ز): فجاهد بغير.

(٤) في (ز): لم.

يملك الجهاد معنىً.

والثاني: أن الأمان تبع الجهاد؛ لأن أصل الجهاد هو القتال، فإن الجهاد مشروع لنفي الشرك، بدليل قوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾[1] أي شرك، ونفي الشرك إنما يكون بالقتال، وأما الأمان ففي الحقيقة مصالحة ومسالمة ومتاركة، وهي في الحقيقة ضد القتال إلا أن الضرورة ربما تدعو إلى الأمان في بعض الأحايين، وهو إذا كان بالمسلمين ضعف وبالكفار قوة، فيكون المصلحة في الأمان ليتخذ المسلمون أُهبة القتال، ويستعدوا (ثم يعودوا ويقاتلوا)[2]، فصار الأمان معنىً يفضي إلى الجهاد على هذا الوجه (لا أنه)[3] جهاد فيكون من أتباعه، وقد يكون في الأمان أنواع من المصلحة سوى هذا، وكلها عائدة إلى الجهاد على وجه التبع له، وإذا ثبتت التَّبَعِيَّة فَمَنْ يملك الأصل يملك التَّبَع، وَمَنْ لا يملك الأصل لا يملك التبع.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه لا يملك الجهاد؛ لئلاّ يُضر بالسيِّد، وليس في الأمان إضرار بالسيِّد[4] فيملكه؛ لأنا بَيَّنا أنه تَبَع، والتَّبَع يُملك بملك الأصل، فسواء كان يُضر بالسيد أو لا يُضر، فإذا فات ملك الأصل فات ملك التَّبَع ضرورة.

واستدلوا على أن حكمَ التَّبَع حكم الأصل وإن خالف في المعنى: بالعبد التاجر يملك إعارة الموازين، والظروف على عادة التجار، وكذلك

(١) سورة البقرة، آية (١٩٣).
(٢) في (ز): ويقووا ثم يقاتلون.
(٣) في (ز): لأنه.
(٤) ليست في (ز).

التصدق بالشيء اليسير وإن لم يكن تجارة بل كان تبرعًا، لكنه لما كان تبعًا للتجارة فَمَلَكَه بملك الأصل، كذلك هاهنا وإن لم يكن الأمان قتالًا حقيقة يمتنع بامتناع القتال لكونه تبعًا له.

قالوا: وإن قلنا: إن الأمان جهاد معنىً فلا يملكه أيضًا وإن لم يضر بالسيد، لأنه لو مَلَكَ الأمان الذي لا يضر بالسيد لَمَلَكَ القتال الذي لا يضر بالسيد، وفي معرفة الفصل بين القتالين حرج، فلم يملك القتال جملة صورةً كان أو معنىً ولم يُنظر إلى التفاصيل، ويعُمّ كل ما هو جهاد بالمنع، وهذا كالجمعة فإنها لا تجب على العبد دفعًا للضرر عن السيد، ولو كان بجوار[1] الجامع أو حضر الجامع لطلب غريم لسيده واتفق قيامُ الجمعة عند حضوره، فلا[2] تجب أيضًا، واعتُبر أصلُ[3] صلاة الجمعة ومنعُ وجوبها على الإطلاق من غير تفصيل، كذلك هاهنا، وكذلك الحائض لا تقضي الصلاة لدفع الحرج، ثم لا تقضي سجود التلاوة وسجود الشكر وإن كان لا حرج، وعُمّ الجميع بإسقاط القضاء مع اختلاف المعنى واعتمادهم على الفصل الأول وهو (أنه يُمنَع)[4] بحكم التبعية.

قالوا: وليس يدخل على ما قلنا[5] الحر؛ لأنه يملك القتال، وكذلك المرأة تملك القتال؛ لأن لها مالكيّة النفس والمال، وهما آلتا القتال إلا أن

---

(١) في (ز): جوار.

(٢) في (ز): لا.

(٣) في (ز): أصل وجوب.

(٤) في (ز): أن المنع.

(٥) في (ز): ما قلناه.

سقوط القتال عنها لضعف البُينة (وعجز الجبلّة)[١]، لا جرم يجب المال[٢] وكذلك المديون الْمُعسر مالك لنفسه، ونفسه آلةُ القتال فَمَلَكَ[٣] القتال، وإنما سقط الوجوب لمانعٍ، وأما العبد بخلافه على ما بيّنا.

قالوا: وأما قولكم: إن الأمان لدفع شر الكفار[٤]، بلى، ولكن هو دفع شر تبعًا للجهاد فلا يملكه مَنْ لا يملك الجهاد.

يبينه: أن في القتال أيضًا دفعَ الشرِّ، ومع ذلك لا يملكه، وأما إذا وقع النفير العام فإنما يملك القتال لدفع الشر عن نفسه، وهو ليس بجهاد ولا تبع[٥] للجهاد؛ لأنه[٦] مدافع عن نفسه لا عن الدِّين، ولابد من اعتبار الدفاع عن الدين حتى يكون فيه جهاد أو تبعية جهاد.

قالوا: وليس يلزم على ما قلنا[٧] إذا أذِن له السيد في القتال؛ لأنه مَلَكَ الجهاد فيملك ما هو تبعه أو مَلَكَ الجهاد صورةً، (فيملك الجهاد معنىً)[٨].

قالوا: وأمّا عقد الذمة إذا باشره العبد إنما صَحَّحْنا[٩] لا بطريق أنه جهاد، ولكن بطريق أنه خَلَف الإسلام فينزل منزلة الدعاء إلى الإسلام.

---

(١) في (ز): والعجز الجبلي.
(٢) في (ز): بالمال.
(٣) في (ز): فيملك.
(٤) في (ز): قالوا.
(٥) في (ز): بتبع.
(٦) في (ز): وإنما هو.
(٧) في (ز): ما قلناه.
(٨) في (ز): فملك ما هو في معناه.
(٩) في (ز): صححناه.

يبينه: أن عقد الذمة نفع محض للإسلام والمسلمين، فيملكه كلُّ مسلم، وأمّا الأمان فدائر بين الضر والنفع، ولا [٢٩٦/أ] بُدَّ فيه من الاجتهاد[١]، فلم يكن الأمان في معنى عقد الذمة حتى يقال: إن مَنْ يملك أحدهما يملك الآخر.

❁ **الجواب:**

أما قولهم: إنه لا يملك الجهاد.

قلنا: لا نسلم على الإطلاق، فإن العبد لو قَتَلَ كافرًا غِيلة[٢]، أو انتهز فرصةً في قتال، بحيث لا يضر بالسيد، أو لا يشتغل عن خدمته فإنه يجوز، وقد ذكروا في مذهبهم: أنه لو قاتل وقع موقعه من الجهاد حتى يستحق الرضخ.

ثم الجواب تحقيقًا، وهو: أن العبد لا يملك الجهاد لا لمعنىً يرجع إلى عين الجهاد، فإن عين الجهاد قربة وطاعة وسعى في نفي الشرك وإعزاز الدِّين، وهذا لا يتصوّر أن لا يملكه مسلم، فدل أنه لا يملكه لا لمعنىً يرجع إلى عينه، بل إنما لا يملكه لمعنىً تضمنه الجهاد وهو الإضرار بالسيِّد والاشتغال عن خدمته، وقد أمر الشرع بتقديم حق السيِّد على حقه الذي أوجبه على المسلمين من الجهاد، وهذا كما يقدم حق الآدمي على حق الله تعالى في كثير من المواضع.

وإذا ثبت أنه لم يمنع من الجهاد لعينه لكن لمعنىً يتضمنه فلينظر إلى ذلك المعنى بأن[٣] وُجد في الأمان فيُمنع وإلاّ لم يُمنَع جريًا على الأصل،

(١) في (ز): اجتهاد.
(٢) في (ز): غلبة.
(٣) في (ز): فإن.

وهو أنه من أهل الجهاد، فيملك الجهاد، وهذا كما أن العبد يُمنَع من التطوع بالصلاة والصوم لا لعدم الأهلية، ولكن لحق السيد فلو أنه جَعَلَ[١] يسبّح الله تعالى، ويهلِّله وَيَذْكُرُه، كان مطلقًا له ذلك؛ لأنه لا حق للسيِّد في المنع منه فَمَلَكَه بأصل الأهلية، كذلك هذا.

وأما قولهم: إن الأمان تَبَع للجهاد[٢].

قلنا: قد بيّنا أن الأمان جهاد معنىً، والقتال جهاد صورةً وكل واحد[٣] مقصود، وإنما[٤] يختلف فيهما[٥] حال الملك، فإنه إذا كان القتال خيرًا للمسلمين فلا يملك الأمان، وإذا كان الأمان خيرًا للمسلمين لا يملك القتال، وأحدهما مباشرة الأمر مع الكفار[٦] بطريق الشدة والعنف، والآخر مباشرة الأمر معهم بطريق الرفق وحسن المعاملة، ولكلٍّ واحدٍ من الطريقين أهلٌ وقومٌ يُستعمل معهم لا يصلحون[٧] للطريق الآخر، وإذا اختلفا هذا الاختلاف كيف يكون أحدهما تَبَع الآخر[٨] بل هما نوعان من الجهاد يجوز أن يمنع من أحدهما ويطلق الآخر[٩] بحسب قيام الدليل عليه، وعلى أنا وإن سلمنا أنه تبع، لكن تبع يحتمل الانفصال عن الأصل بدليل: أنه يملك في حالة لا

---

(١) في (ز): أخذ.
(٢) في (ز): الجهاد.
(٣) في (ز): واحد منهما.
(٤) في (ز): أيضًا.
(٥) في (ز): لهما.
(٦) في (ز): الكفارة.
(٧) في (ز): لا يعدون.
(٨) في (ز): للآخر.
(٩) في (ز): له الآخر.

يملك[1] الأصل، ولأنه لو أُذن للكفار في القتال مَلَكوا القتال ولا يملكون الأمان، فإذا كان إطلاق الأصل لا يوجب إطلاق التَّبَع، فالمنع من الأصل لا يوجب منع التَّبَع.

وأما قولهم: في التفصيل حرج.

قلنا: وأيّ حرج في أن يَملك الأمان ولا يملك الجهاد، فليس هذا بشيء، وأما في مسألة الجمعة فهي مشروعة شرعًا بأسباب لابدَّ أن يشتغل بها عن خدمة السيِّد بخلاف الأمان مثل التبكير، وحضور الخطبة، والاشتغال بالغسل، والتلبس له على ما عُرف بخلاف الأمان، فإنه لا يشتغل به عن خدمة السيد بحال، وعلى أن الجمعة دليل عليكم؛ لأن العبد وإن مُنع من الجمعة، فإذا فعلها وقعت موقعَها، فقولوا في الأمان أيضًا[2] إذا باشره العبد وقع موقعَه.

ولهم طريقة أخرى، وهي: أن الأمان ولاية؛ لأنه تصرف على الغير، والعبد ليس من أهل الولاية بدليل الولاية في القرابة، ولأنه ناقصُ في الحال، ونُقصانُ الحال يأبى ثبوت الولاية، ولأنه لا ولاية له على نفسه، وإذا لم يكن له ولاية على نفسه فكيف تثبت له الولاية على الغير؟

قالوا: وأمّا إِذْن المولى له في القتال فإنما يملك الأمان بالضرورة.

والجواب: أنه ليس بولاية؛ لأنه يثبت لآحاد المسلمين على جماعة المسلمين؛ ولأنه يملك العبد بالإذْن، ولا يتصور الولاية في واحد من هذين

(١) في (ز): لا يملك فيها.

(٢) في (ز): مثل ذلك وهو أنه.

الموضعين، وعلى أنا إن قلنا: هو[١] ولاية، لكن[٢] ولاية هي[٣] دفع الشرِّ عن المسلمين، أو ذبٌ عنهم ونظر لهم، ويجوز أن يثبت مثل هذا للعبد، كما يثبت ولاية[٤] الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وولاية الإمارات[٥] في أمور الدين مثل رواية الأخبار والشهادة على رؤية الهلال والإخبارُ بطهارة الماء ونجاسته.

وقد قال بعضهم في بيان قولهم: إنه ولاية: إن الأمان إسقاط حق الاغتنام والاسترقاق فيكون تصرفًا على الغير.

وليس هذا بصحيحٍ، لأنه نظر للمسلمين[٦] وذبٌّ عن المسلمين، ثم يمتنع الاغتنام والاسترقاق حكمًا، وهذا[٧] كما لو وُجد الأمان من واحد من آحاد المسلمين.

يبينه: أنه لا حقَّ لأَحَد حتى يكون الأمان إسقاطًا، ولئن كان لا [٢٩٦/ب] يسقط أيضًا، فإن الإمام إذا رأى القتال خيرًا، له أن ينبذ الأمان إليهم، ثم يقاتل، ولكن لابدَّ من الإعلام حتى لا يكون غدرًا.

وقال بعضهم: إن الأمان إنما يتصوّر ممن يُخاف منه[٨]، والعبد لا يُخاف

---

(١) في (ز): أنها.
(٢) في (ز): لكنها.
(٣) في (ز): في.
(٤) في (ز): ولايته.
(٥) في (ز): الاختيارات.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): فهو.
(٨) في الأصل: عنه.

منه[1]، فكيف يتحقق منه الأمان؟

قلنا: الخوف من العبد يتحقق[2]؛ لأنه في مَنَعَة المسلمين، وكل مَنْ كان في مَنَعَة الإسلام فالخوفُ للكفار منه ثابت؛ لأن تفاصيل الأشخاص عليهم متعذر، ثم[3] يبطل بالمرأة، فإنه لا خوف منها قتالًا، ومع ذلك صح أمانها بالطريق الذي بيَّنّا[4]، (كذلك هاهنا)[5]. والله أعلم.



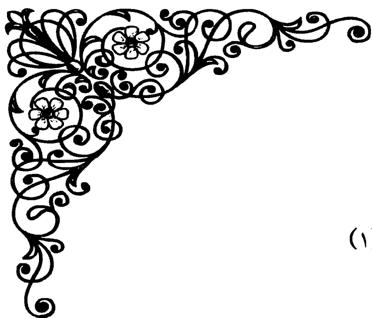
(١) في الأصل: عنه.

(٢) في (ز): متحقق.

(٣) في (ز): ثم أنه.

(٤) في (ز): قلناه.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).




كتَابُ الحُدُوْد[١]

❋ (مَسْأَلَة):

عندنا: يجمع بين الجلد والتغريب[٢] في حد البكر إذا زنى[٣].

وعندهم: يجلد، ولا يُغرَّب[٤].

❋ لنا:

حديث عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ قال: (خُذوا عني، خُذوا عني، وقد جعل الله لهن سبيلًا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيّب بالثيّب جلد مائة، ورجم بالحجارة)[٥].

ويدل عليه: قصة العسيف[٦].

---

(١) الحد: أصله المنع؛ لأنه يمنع من معاودته ولأنه مقدر محدود. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص٣٢٣.

(٢) التغريب: يقال: غَرُب الشخص بالضم غرابة بَعُد عن وطنه فهو غريب. المصباح مادة (غرب) ص٤٤٤.

(٣) النكت ورقة ٢٧١/أ، الحاوي ١٩٣/١٣، التهذيب ٣٠٣/٧، كتاب الحدود من الشامل ص٨١، كتاب الحدود من التعليقة ص٣١٧، البيان ٣٥٥/١٢.

(٤) الأسرار ١٦٨/٢/أ، المبسوط ٤٤/٩، تبيين الحقائق ١٧٤/٣، فتح القدير ٢٣١/٥، اللباب ٧٤٣/٢.

(٥) رواه البخاري في صحيحه ١٦٠/١٢ مع الفتح، باب من أمر غير الإمام بإقامة الحد غائبًا عنه، عن أبي هريرة. ومسلم في صحيحه ١٨٨/١١ مع النووي، كتاب الحدود، باب حد الزنا.

(٦) ينظر: صحيح البخاري ١٦٠/١٢ مع الفتح. =

والاستدلال بقول النبي عليه السلام (على البكر جلد مائة وتغريب عام)، و«على» كلمةُ إيجاب، فقد أوجب التغريب كما أوجب الجلدات، دل أن كليهما حَدٌّ.

والراوي للخبر أبو هريرة، وزيد بن خالد، وهو خبر صحيح أيضًا[1].

وروى ابنُ عمر أن النبي ﷺ جَلَدَ وغرّب، وأن أبا بكر جَلَدَ وغرّب، وأن عمر جَلَدَ وغرّب، رواه أبو عيسى في جامعه[2].

والمعتمد في المسألة السُّنة، ولا يقبل القياس في معارضة السُّنَّة بحال[3].

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ﴾[4].

واستدلالهم بالآية: أن الله تعالى أوجب الجلد، ولم يوجب التغريب، فإيجاب التغريب زيادة في النص، والزيادة على النص نسخ، ونسخ القرآن لا يجوز بخبر الواحد، وأخبارُكم وإن رُويت (بطريق صحيح)[5] فهي من[6]

= ومسلم في صحيحه ٢٠٥/١١ مع النووي، باب حد الزنا.
ويقصد بالخبر (النفي) كما قاله الترمذي في سننه ٢١٦/٦ مع عارضة الأحوذيّ.

(١) تقدم تخريجه في ص٢١٧، حاشية ٦.

(٢) سنن الترمذي ٢١٥/٦ مع عارضة الأحوذيّ، كتاب أبواب الحدود، باب النفي وذكر الترمذي أن أكثر أصحاب عبيد الله بن عمر رووه عنه موقوفًا على أبي بكر وعمر.
قال ابن حجر في الفتح: «وصححه ابن خزيمة» الفتح ١٥٨/١٢.

(٣) ليسن في (ز).

(٤) سورة النور، آية (٢).

(٥) في (ز): بطرقٍ صحيحة.

(٦) ليست في (ز).

أخبار الآحاد لا توجب العلم، فلا يجوز نسخ الكتاب بها.

أما بيان قولنا: إن إيجاب التغريب زيادة (على النص)[1]، فهذا لا ينكره أحد، وكما أن الخمسة[2] إذا ضُمت إلى الخمسة زاد العدد، كذلك إذا ضُم التغريب إلى الجلد زاد الحد.

وأما قولنا: إنها نسخ، فالنسخ تغيير الحكم، ومتى[3] تُغير الحكم الثابت بالكتاب كان نسخًا للكتاب أي لموجبه، وكذلك في السنة، وقد وُجد في مسألتنا تغيير الحكم؛ لأن مقتضى الآية أن الجلد جميع الحد، بدليل: أنا لو خُلّينا والكتاب فهمنا أنه جميع الحد، ولم نزد عليه شيئًا، فإذا أوجبنا التغريب صار الجلد بعض الحدّ، وهذا[4] تغيير قطعًا؛ لأن الكل والبعض غَيرانِ، فإذا جُعل البعضُ كُلاًّ، أو الكلُّ بعضًا فلا شك أن التغيير قد وجد.

يدل عليه: أن الله تعالى أوجب صلاة الصبح ركعتين، فلو جُعلت أربعًا كان نسخًا بالاتفاق، وكذلك لو جُعل جلدُ[5] القاذف أكثر من ثمانين، أو جُعل جلد الزاني أكثر من مائة يكون نسخًا لوجود التغيير الذي بيّنّاه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن النسخ تغيير حكم ثابت مستقرٍّ، ولم يجب الجلد إلا والتغريب معه ثابت فلم يُوجد تغيير الكل إلى البعض؛ لأن الجلد كان بعضًا في جميع الأوقات.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): خمسة.

(٣) في (ز): فمتى.

(٤) في (ز): فهذا.

(٥) في (ز): حد.

قالوا: هذا لا يجوز أن يقال، لأن التغيير ثابت على ما بيَّنّا، والذي ادَّعيتم لابد له من نَقلٍ، ولا نَقْلَ معكم، ومثل هذا لا يجوز أن يثبت بالظن والتخمين.

وهذا الذي قلناه، معتمدهم في الاعتراض على استدلالنا بالأخبار.

وبعضهم حمل الأخبارَ على التغريب بطريق التعزير، وقد كانوا يفعلون ذلك على طريق التعزير.

كما رُوي أن النبي ﷺ نفي هِيت[1] المخنَّث تعزيرًا له على وصفه النساء الأجانب عند عبد الله[2] بن أبي أميَّة أخي أم سلمة[3].

ونفي عمر بن الخطاب نصر بن الحجاج السُّلَمي حين سمع امرأة تشبب به وظُنَّ وجود شر وفساد بينهما[4].

وروي أيضًا أنه نفي رجلًا كان يشرب الخمر[5]، ....

---

(١) هِيت: بكسر الهاء، تنظر ترجمته في الإصابة ٥٨٠/٣ رقم ٩٠٢٢ والآثار المتعلقة بنفيه.

(٢) عبد الله بن أبي أمية بن المغيرة أسلم وشهد الفتح وحنينا والطائف فرمى بسهم بالطائف فمات. الإصابة ٢٦٨/٢ رقم ٤٥٤٣.

(٣) روى قصة هِيت البخاريّ في صحيحه ٤٣/٨ مع الفتح، كتاب المغازي، باب غزوة الطائف.
وأبو داود ٢٢٥/٥ في سننه مع المعالم، وليس فيها التصريح بالنفي.
لكن روى أبو داود في سننه ٢٢٤/٥ مع المعالم، كتاب الأدب، باب في الحكم في المخنثين (أن النبي ﷺ أُوتى بمخنث قد خضب يده ورجليه بالحناء فقال: ما بال هذا؟ قيل: يتشبه بالنساء فأمر به فنفي إلى النقيع).
وقد ذكر ابن حجر في الفتح ١٥٩/١٢ كتابًا لأبي الحسن المدايني اسمه: «كتاب الْمُغرّبين» ذكر فيهم جملة من المغرّبين.

(٤) ذكره ابن سعد في الطبقات ٢٨٥/٣.

(٥) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٣٨٢/٧، والبهيقي في السنن ٣٢١/٨، وذكره ابن سعد في الطبقات ٢٨٢/٣.

وكذلك(١) يجوز أن يكون النبي ﷺ أمر بالتغريب على طريق التعزير.

قالوا: وعندنا يجوز إذا رأى الإمام ذلك، ومعتمدهم الأول(٢).

وذكروا [٢٩٧/أ] من جهة(٣) المعنى: أن التغريب لا يصلح حدًّا(٤)؛ لأن المقصود من الحد هو المنع من الزنا، وفي التغريب تعريض المرأة للزنا، وكذلك الرجل.

وربما يقولون: هذا(٥) فتح باب الزنا، وتسهيل طريقه، ومثل هذا لا يجوز أن يكون حدًا.

وبيان هذا: أنّ الشهوة غالبة على النساء، وكذلك الرجال، والارتداع بالدين إنما يكون في الخواصّ من الناس، فأمّا في الأعمّ الأغلب فعدم الزنا من النساء (بوجود الحُفَّاظ)(٦) من الرجال، وحيائهن من الأقارب، وبالتغريب تخرج المرأة من (أيدي الحفظة)(٧) والرقباء، ويقل الحياء لبُعدها من أقاربها وقومها، فينفتح عليها باب الزنا، ويسهل ذلك عليها (فيؤدي التغريب إلى تعريضها للزنا وفتح باب هذه الفاحشة العظيمة عليها)(٨).

قالوا: وكذلك في الرجال فأنا نعلم قطعًا أن مَنْ تغرب عن وطنه يتمكن

---

(١) في (ز): فكذلك.
(٢) في (ز): هو الأول.
(٣) في (ز): طريق.
(٤) في (ز): جزاء.
(٥) في (ز): هو.
(٦) في (ز): لوجود الحافظ.
(٧) في (ز): يد الحافظ.
(٨) ما بين القوسين ليس في (ز).




من خلع العَذَار[١]، وارتكاب الفواحش، وعدم مراقبة الناس في ذلك ما لا يجده إذا كان في وطنه وبين أهله، فعرفنا أن التغريب لا يصلح حدًّا، وما لا يصلح حدًّا لا يُشرع حدًّا.

يبينه: أنا إذا غرّبنا المرأة فلا يخلو: إما أن نُغربها مع محرم أو زوج، فيؤدي إلى عقوبة غير الجاني، أو نغرّبها وحدها وفيه ما بيّنا.

وأيضًا فيه ارتكاب محرم[٢] في الشرع، فإن النبي ﷺ قال: (لا تسافر امرأة سفرًا ثلاثة أيام فما فوقها إلا معها زوجُها أو ذو محرَم لها[٣])[٤].

❁ **الجواب**[٥]:

أما تعلقهم بالآية فنحن قائلون (بموجب الآية)[٦]؛ لأن فيها إيجاب جلد المائة بالزنا، وقد أوجبنا[٧] وليس فيها تعرض للتغريب بنفي ولا إيجاب، وقد تضمنت السنة إيجابها[٨]، فلابد من القول بالوجوب كسائر ما لم يُذكر في الكتاب وشُرِعَ بالسنة.

---

(١) خلع العذار: العذار: الحياء، القاموس المحيط مادة (عذر) ٢/٨٨. والمقصود إزالة الحياء.

(٢) في (ز): محرم آخر.

(٣) في (ز): من أهلها.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٢/٦٥٩ رقم ١٠٨٦ مع الفتح.
ومسلم في صحيحه ٩/١٠٣ مع النووي، كتاب الحج، باب سفر المرأة مع المحرم إلى حجٍ وغيره.

(٥) في (ز): والجواب.

(٦) في (ز): بموجبها.

(٧) في (ز): أوجبناه.

(٨) في (ز): إيجابه.

أما قولهم: إن إيجاب التغريب نسخ.

قلنا[١]: ليس[٢] كذلك، بل هو ضم حكم إلى حكم، ومثل هذا لا يُعدّ نسخًا، كما أن أصل الشريعة لم ينزل جُملة، وإنما أنزلت شيئًا فشيئًا، ولا يقال: إن الله تعالى كلما أوجب شيئًا، وضم حكمًا إلى حكم، فقد نسخ الأول.

وكذلك قد ضُمَّ[٣] بالسُّنة تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، والمرأة وعمتها، والمرأة وبنتِ أخيها و[٤] بنت أختِها إلى تحريم الجمع بين الأختين، وكذلك قد ضُمّ بالسُّنة جواز المسح على الخفين إلى غسل الرجلين، ولم يُعدّ شيء من ذلك نسخًا.

أما قولهم: إن النسخ هو تغيير الحكم وقد وُجد.

قلنا: إنما يكون التغيير نسخًا إذا حصل التغيير فيما تقتضيه الآية، فأما إذا حصل فيما لا تقتضيه الآية، ولم يُعرف بها فلا يكون نسخًا، والآية ما اقتضت إلا وجوب الجلد، فأما التغريب فلم تتعرض لها الآية أصلًا بوجهٍ ما، وإذا لم تقتضِ الآية نفي التغريب، فكيف يكون إيجابه[٥] نسخًا؟

وقولهم: إن الآية تقتضي أن الجلد جميع الواجب.

قلنا: كَلَّا ولما وليس في الآية إلا الوجوب فحسب، فأما الكل والبعض

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): فليس.

(٣) في (ز): صح.

(٤) في (ز): والمرأة وبنت أختها.

(٥) في (ز): التغريب.

فلا نعرفه بالآية.

أما قولهم: لو لم يقم دليل التغريب كان الجلد جميع الحد.

قلنا: بلى، ولكن لا تقتضيه الآية، لكن لعدم قيام الدليل على وجوب غيره، وإذا لم يقم الدليل على وجوب شيء آخر حينئذ قلنا: إن الواجب جميع الحد لا لمقتضى الآية، لكن لأنه لم يقم دليل على وجوب شيء آخر معه، فعرفنا[1] ضرورة أن المذكور جميع الواجب، وهذا لأن ذكر الشيء لا يدل على نفي غيره، كما أن نفي الشيء لا يدل على وجوب غيره. ويجوز أن يذكُر[2] الكتاب بعض الحكم ويَكِلُ الباقي إلى السُّنة والاجتهاد.

والحرف ما قدَّمنا[3]: أن الكتاب لم يتعرض للتغريب بنفي ولا إيجاب، ولا نقول: إن الآية اقتضت أن الجلد جميع الواجب، حتى يكون جعله بعضًا نسخًا، وهذا جواب معتمد ينزاح معه ما يعتقدونه من الإشكال.

وأما الصلاة التي ذكروها فليست مثل مسألتنا؛ لأن أجزاء الصلاة تفوت عند الزيادة على الركعتين[4] في الصبح، والنص[5] تَضَمَّن الأجزاء، وفي مسألتنا وقوعه موقع[6] الحد لا يفوت بإيجاب التغريب، والآية ما تضمنت إلا هذا.

(١) في (ز): فيعرف.
(٢) في (ز): في.
(٣) في (ز): من.
(٤) في (ز): ركعتين.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): عن.

ومسألة الزيادة على حد الزنا وحد القذف لا نسلم أنه يتضمن نسخًا، وهو مثل مسألتنا سواء.

وأما التأويل الذي قالوه بحمل التغريب على التعزير ضعيف(١) جدًا، والعقوبة المقدرة المذكورة شرعًا في جريمة موجبة للعقوبة لابد أن يكون حدًا كالجلد.

يبينه: أن عندكم التغريب غير واجب، وكلمةُ «على» في خبر العسيف تدل على الوجوب، وإنما عندكم هو موكول إلى اجتهاد الإمام، فإذا [٢٩٧/ب] أدّى اجتهاده إلى إيجابه حينئذ يكون واجبًا.

وأما المعنى الذي قالوه فنقول: التغريب يصلح أن يكون حدًّا؛ لأن الحد لنفي الزنا، ونفي الزنا بالمعاقبة عليه تارة، وبقطع سببه أخرى، فالجلدات معاقبة عليه، والتغريب قطع سببه، فلتفاحش الزنا شرع الله فيه واجبين، أحدهما: بالإيلام والإيجاع لِيُترك خوفًا من العقوبة، والآخر بقطع سببه حتى ينعدم عادة.

وإنما قلنا: إن في التغريب قطع سبب الزنا؛ لأن أكثر الزنا بالإلفة والصحبة والمؤانسة وتتبع النساء بطريق المخادعات والمخاتلات وبذل الرغائب، وعرض المعاشقة وذلك بفراغ البال، وتوفر الآلَات وجمع الهمم في ذلك وأكثر هذا ينعدم بالتغريب ويقع الذي غُرِّب في وحشة عظيمة وَهَمّ شديد وقلّ ما يتفرغ لأسباب الزنا.

---

(١) في (ز): فضعيف.

وقولهم: إن في التغريب تعريض المرأة للزنا ؛ لأن فيما قلتم سد باب بفتح بابٍ و(الذي قالوا إن)[١] أكثر الزنا بالوقاحة وخلع العذار وعدم الحياء.

قلنا: لا ، بل أكثر الزنا بما بيّنا ، وأما اتخاذ المرأة الزنا مكسبة يندر[٢] ، وإنما عامّة الزنا بالمعاشقات والمحادثات[٣] ، وهذا معنى قول ابنة الخُسّ الإياديّة[٤] ، حين قيل لها: لِمَ زنيتِ ، وأنت سيدة قومك؟ قالت: طولُ السَّواد وقرب الوِساد[٥] ، وعلى أن أحد الطريقين انسد[٦] ، والطريق الثاني وإن انفتح لكن عارضه التعب الذي لحقه ، والنَّصب الذي مسّه[٧] فيكون مانعًا له عن ارتكابه إذا تفكر ، وعلم أن الذي أصابه بسببه.

وقولهم: كيف نغرّب المرأة[٨]؟.

قلنا: مع نسوة ثقات إذا اتفق ذلك كما في الحج[٩].

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): فإنه يندر.

(٣) في (ز): والمحادثات والمخايلات.

(٤) ابنة الخُس الإيادية.
هند بنت الخُسّ الإيادية فصيحة جاهلية كانت ترد سوق عكاظ ولها أخبار فيه. الأعلام للزركلي ٩٧/٨.

(٥) أورده ثعلب في المجالس ٣٠٤/١.
وأورده أيضًا الجاحظ في كتاب الحيوان ١٦٩/١ ، وفي كتاب البيان والتبيين ٣٢٤/١.
والسواد: المسارّة أو السرار كما جاء البيان والتبيين.

(٦) في (ز): أشد.

(٧) في (ز): يمسه.

(٨) ليست في (ز).

(٩) المهذب ٣٩٥/٥، الروضة ٧٨/١٠.

وقد احتج بعضهم، وقال: التغريب نظير القتل، بدليل قوله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُواْ مِن دِيَٰرِكُم﴾[(١)]، فنزّلهما منزلة واحدة، وإذا كان نظير القتل فإذا لم يُشرع القتل بزنا البكر (لا يُشرع)[(٢)] نظير القتل.

والجواب عن هذا سهل، ويدخل عليه فصل التعزير بالتغريب. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

الإسلام ليس بشرط في إحصان الرجم عندنا، حتى إن الكافر يُرجَم إذا زنى[(٣)].

وعندهم: هو شرط، ولا يرجم الكافر بحال[(٤)].

❖ لنا:

حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ رجم يهوديًا ويهودية زنيا[(٥)].

---

(١) سورة النساء، آية (٦٦).

(٢) في (ز): فلا يشرع ما هو.

(٣) النكت ورقة ٢٧١/ب، الحاوي ٢٥٢/١٣، التهذيب ٣١٤/٧، كتاب الحدود من التعليقة ص٣٣٥، روضة الطالبين ٨٦/١٠، أسنى المطالب ١٢٨/٤، معالم السنن للخطابي ٥٩٤/٤.

(٤) الأسرار ١٦٦/٢/أ، المبسوط ٣٩/٩، رؤوس المسائل ص٤٨٩، فتح القدير ٢٣٨/٥، اللباب ٧٤٧/٢.

(٥) رواه البخاري في صحيحه ١٦٦/١٢ مع الفتح، كتاب الحدود، باب أحكام أهل الذمة. ومسلم في صحيحه ٢٠٨/١١ ـ ٢٠٩ مع النووي، باب حد الزنا.

وهذا نص، قالوا: إنما رجمَهما رسول الله ﷺ بحكم التوراة، لا بحكم الإسلام، بدليل القصة المعروفة، ورجوع النبي ﷺ إلى التوراة.

وقوله عليه السلام حين رجع[1]: (أنا أحقُّ بإحياء سُنةٍ أماتوها)[2].

وعلى هذا الرجوع والحكم بالتوراة نزل قوله تعالى: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَا ٱلتَّوْرَىٰةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌۚ يَحْكُمُ بِهَا ٱلنَّبِيُّونَ ٱلَّذِينَ أَسْلَمُواْ لِلَّذِينَ هَادُواْ﴾[3].

ومعناه: على الذين هادوا، والنبي عليه السلام من النبيّين الذين أسلموا.

والجواب: أن الرسول ﷺ لم يكن متعبدًا بشريعة من قبله، بل كان متعبدًا بشريعته، وهذه مسألة أصولية.

والملَخص[4] من الجواب: أنه لا يخلو: إما أن يكون ﷺ حكم بشريعته، أو بشريعة من قبله، (فإن كان حكم بشريعته فالاحتجاج قد تبين، وإن كان حكم بشريعة من قبله)[5] فكذلك أيضًا؛ لأنه صار شريعة له، فنكون نحن متعبدين[6] بها، كما نُتَعَبَّد بسائر الشرائع.

وليس لهم على هذا كلام سوى أنهم يقولون: لم يكن الإحصان بشرط[7]

---

(١) في (ز): رجمهما.

(٢) رواها مسلم في صحيحه ١١/٢١٠ مع النووي ولفظه: «اللهم إني أول من أحيا أمركَ إذْ أماتوه» باب حد الزنا.
وأبو داود في سننه ٤/٥٩٦ مع العالم، باب في رجم اليهوديين.

(٣) سورة المائدة، آية (٤٤).

(٤) في (ز): المخلص.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) في (ز): متعبدون.

(٧) في (ز): شرطًا.

في شريعة من قبلنا، وكان الرجم وجوبه على العموم، فصار ذلك شريعة النبي ﷺ، ثم لمَّا جُعل الإحصان شرطًا صار ما كان منسوخًا به.

وهذا الذي ادّعوه لا بدّ فيه من نقلٍ وإثبات الناسخ والمنسوخ بالظن والتخمين لا يجوز، وعلى أنه رُوي في بعض الروايات أن النبي عليه السلام (رجم يهوديّيْن زنيا وكانا قد أحصنا) رواه أبو هريرة[1] وعلى هذا ينقطع الكلام.

وأما الذي رووه أن النبي ﷺ قال: (مَنْ أشرك بالله فليس بمحصن)[2] فإسناده ضعيف، وقد حملوه على إحصان القذف.

وأما الكلام من حيث المعنى نقول: زنا الكافر مثل زنا المسلم، فيجب عليه ما يجب على المسلم، وهذا لأن الكفر إن كان لا يوجب تغليظ الجناية فلا يوجب تخفيفها.

والحرف المعتمد في هذه الدعوى: أن الزنا صار جناية؛ لأنه محظور الشرع، وارتكابُ محظور الشرع جناية، والحظرية في حق الكافر مثل الحظرية في حق المسلم؛ لأن الحظرية بخطاب الشرع، وخطاب الشرع في حق المسلم والكافر واحد، ولا يتصور أن يكون الكفر سببًا لتخفيف الخطاب هذا إن نظرنا إلى الخطاب وهو الأصل، وإن نظرنا إلى اعتقاد الزاني في التحريم فالكافر يعتقد حرمة [٢٩٨/أ] الزنا في دينه، مثل ما يعتقده المسلم فتبين أن

---

(١) رواه أبو داود في سننه ٤/ ٥٩٨ مع المعالم، كتاب الحدود، باب في رجم اليهوديين.

(٢) رواه الدارقطني عن ابن عمر مرفوعًا، وموقوفًا وقال: «والصواب موقوف» ٤/ ١٤٧، قال ابن حجر في التلخيص الحبير «وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده على الوجهين». التلخيص ٤/ ٥٤.

جناية الكافر في الزنا مثل جناية المسلم، والعقوبة بالجناية، فإذا[1] استويا في الجناية استويا في العقوبة.

واستدل عامة الأصحاب بالجلد الكامل، واعتبروا الرجم به.

يبينه: أن الجلد في حق الأبكار مثل الرجم في حق الثيب، بدليل نص الرسول ﷺ، وأيضًا فإن أحدَهما كَامِل قدرًا، والآخر كَامِل ذاتًا، فنزِّلا منزلة واحدة، والاعتماد على الأول.

وبعض أصحابنا قال: إن الإسلام عاصم، ولا يجوز أن يُعتبر العاصم في السبب المبيح للدم، كما لا يُعتبر في القتل المبيح للدم قَوْدًا.

وهذا ضعيف أيضًا؛ لأنهم لا يعتبرون الإسلام من حيث إنه عاصم.

ويظهر في كلامهم الوجهُ الذي يعتبرون الإسلام لأجله، ويتبين عند ذلك أن هذا الكلام مجرد صورة، وتلفيق من غير تحقيق، وما هذا إلَّا كَمَنْ يقول: إن الإسلام معتبر في (حدّ شرب)[2] الخمر، وكما لا يجوز أن يعتبر الإسلام العاصم في المبيح للدم، لا يجوز أن يعتبر الإسلام في (موجب العقوبة)[3].

❁ **أمّا[4] حجّتهم:**

قالوا: الدِّين معتبر بالإجماع في وجوب الرجم؛ لأنه لا يتصور كون

(١) في (ز): إذا.
(٢) في (ز): وجوب الحد بشرب.
(٣) في (ز): الموجب للعقوبة.
(٤) في (ز): وأما.

الزنا جناية إلا بتقدير ارتكاب المحظور، ولا يوجد ارتكاب المحظور إلا بعد اعتقاد الحرمة وأما[1] مَنْ لا يعتقد حرمته فيقتل بكفره، لا بزناه.

وإذا ثبت أن الدين شرط فيُعتبر دينٌ هو نعمة كالوطء المفيد للثيابة لما كان شرطًا اعتُبر وطء هو نعمة حتى إن الحلال منه يفيد الإحصان، والوطء[2] الحرام لا يفيد الإحصان وإن كان يُشبهه[3].

وربما يقولون: الدين نعمة زاجرة، فيعتبر أن يكون متناهيًا في النعمة، ألا ترى أن الوطء بملك اليمين لا يفيد الإحصان؛ لأنه وإن كان نعمة فليس بنعمة متناهية من حيث إن ملك اليمين ليس بسبب مشروع للوطء، بخلاف الوطء في النكاح هو نعمة متناهية؛ لأنه[4] سبب مشروع له، كذلك هاهنا النعمة المتناهية بدين هو حق عند الله، وعند معتقده نعمة[5]، فأما إذا كان عند الله باطلًا فلا يكون نعمة متناهية، وإن كان عند معتقده حقًّا، بل ليس بنعمة أصلًا وحين مَنَع عدم تناهي النعمة[6] وجوبَ الرجم فعدم النعمة أولى.

ثم قالوا: إنما شرطنا تناهي النعمة[7] أو أصل النعمة؛ لأن الرجم عقوبة متناهية، فلا تجب إلا بجناية متناهية، والجناية المتناهية بتمام النعمة؛ لأن المعصية كفران النعمة، فإذا تكاملت النعم[8] وتناهت عظم الكفران بالمعصية

(١) في (ز): فأما.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): بشبهةٍ.
(٤) في (ز): من حيث.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): عدم تناهى.
(٧) في (ز): و.
(٨) في (ز): النعمة.

فعظمت الجناية، ولهذا عَظّم الله معصية[1] نساء الرسول ﷺ، وذلك[2] في مقابلتها عذاب الضِّعف؛ لتناهي النعمة[3] بصحبة الرسول ﷺ، وكذلك قال تعالى في حق النبي عليه السلام: ﴿وَلَوْلَآ أَن ثَبَّتْنَـٰكَ لَقَدْ كِدتَّ تَرْكَنُ إِلَيْهِمْ شَيْـًٔا قَلِيلًا ﴿٧٤﴾ إِذًا لَّأَذَقْنَـٰكَ ضِعْفَ ٱلْحَيَوٰةِ وَضِعْفَ ٱلْمَمَاتِ ...﴾[4] وكان[5] تعظيم هذه المعصية، وتعظيم عقوبتها بوجود نعمة في حقه لا توجد في حق غيره وهو[6] النبوة.

قالوا: ولا يلزم[7] نعمة العلم، ونعمةُ التقوى؛ لأن الكلام في نعمةٍ يُشترط أصلُها، فيشترط تناهيها، ونعمة الدِّين أصلها شرط، أما نعمة العلم والتقوى والمال وغيرها فليس بشرط في أصلها؛ لأنه لا يمكن شرط العلم؛ لأنه لا يتناهي، أو قد شُرِطَ أصلُه وهو العلم بالله تعالى، وأما التقوى فلا يمكن شرطه؛ لأن الزنا ينافيه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن في اعتقاد الكافر أن دينَه نعمة متناهية، فيُعتبر ما عنده؛ لأن عنده وإن كان كذلك لكن المقيمَ للحد هو الإمام، والموجبُ هو الله ﷻ، فيُعتبر كونُ الدِّين نعمة عند المقيم للحد، فإذا لم يكن عنده نعمة لم يجز له إقامة الحد، وكذلك إذا لم يكن عند الله نعمة لم يجب بإيجاب الله تعالى.

---

(١) في (ز): جناية.
(٢) في (ز): وذكر.
(٣) في (ز): عليهن.
(٤) سورة الإسراء، آية (٧٤، ٧٥).
(٥) في (ز): فكان.
(٦) في (ز): وهي.
(٧) في (ز): عليه.

وأيضًا فإن الشبهة قد دخلت على الكفار بوضوح دلائل الإسلام، ولهذا ما عُذروا، وجُعلوا متعنتين مكابرين، ومع دخول الشبهة لا يتصوّر الاعتقاد بكون الدِّين نعمة متناهية، هذا الذي قلناه جملة تحقيقهم في المسألة.

وقد استدل كثير من مشايخهم بفصل إحصان القذف، حيث اعتبر فيه الإسلام، وقاسوا عليه إحصان الرجم، وبفصل الحرية وقاسوا عليه الإسلام؛ لأن كل واحد منهما ينطلق عليه اسم الإحصان، ويمكن شرطه.

يبينه: أنه إذا كان ينطلق عليه اسمُ الإحصان، فلا يكمل الإحصان مع فقده.

قالوا: وأما الجلد فعقوبة خفيفة في مقابلة الرجم، فجاز أن تجب وإن خفت الجناية، وأما الرجم فعقوبة متناهية، فلا تجب إلا بجناية [٢٩٨/ب] متناهية على ما بيّنا، ولا تتناهي إلا بوجود النعمة المتناهية كما سبق.

۞ **الجواب**(١):

قولهم: إن الدِّين شرط.

قلنا: بلى، ولكن لا لمعنىً يرجع إلى نفس الدِّين، بل هو شرط لتحقيق كون الفعل جناية، فإنه لا يتحقق كونه جناية إلا بمعنى ارتكاب المحظور، ولا يوجد ارتكاب المحظور إلا بوجود الدِّين، فإذا كان الدِّين معتبرًا لهذا المعنى فالدِّين الحق والباطل، والذي هو نعمة والذي ليس بنعمة سواء، نعم، لو كان الدِّين معتبرًا لعينه كان يجوز أن يعتبر كونه حقًّا، كما في حق النجاة في الآخرة.

---

(١) في (ز): والجواب.

يبينه: أن الوجوب عليه، فيعتبر كون ما يعتقده نعمة متناهية في زعمه.

وقولهم: إن المقيم هو القاضي فيعتبر كونه نعمة عنده.

قلنا: عنده أن دينه نعمة متناهية في زعمه.

وقولهم: إن الموجب هو الله تعالى.

قلنا: إذا اعتبرنا هذا فتحريم الزنا من الله تعالى في حق المسلم والكافر واحد، على أنه لو اعتُبِرَ ما عند القاضي وعند الله تعالى وجب أن لا يقام أصل الحد على الكافر؛ لأن اعتقاد الحرمة شرط لوجوب[1] الحد، وهو يعتقد الحرمة بدينه، وذلك باطل عند الله تعالى وعند القاضي.

وأما قولهم: إن الشبهة قد دخلت على الكفار لوضوح دلائل الإسلام.

قلنا: هم منكرون هذه الشبهة، ويدّعُون الاستبصار العظيم في كفرهم وعلى أنه إن دخلت شبهة، فتلك الشبهة بتَوَهُّم[2] الإسلام حقًّا فلا يتصور انتقاص حرمة الزنا[3].

وأما فصل الوطء بالنكاح فإنما لم يقم الوطء بملك اليمين مقامه، وكذلك الوطء بالشبهة؛ لأن الوطء إنما اعتبر؛ لأنه مُغنٍ عن الزنا لوجود الكفاية بالحلال، فيكون الزنا مع وجود الكفاية بالحلال أقبح منه عند عدم الكفاية بالحلال، ومِلك اليمين في الإغناء ناقص؛ لأنه غير مشروع للوطء فإن كان حِلُ الوطء يُقدمه على الوطء فشفَقتُه على ملكه يكفه عنه.

---

(١) في (ز): لإقامة.

(٢) في (ز): لتوهم.

(٣) في (ز): ذلك.

وأما النكاح فهو مشروع للوطء فَكَمُلَ الإغناءُ وتمت الكفاية.

وأما الوطء بالشبهة[1] حرام وبالحرام لا تقع غُنية، وأما في مسألتنا اعتُبر الدِّين لما بيّنا، وفي ذلك المعنى الإسلام والكفر فيما يرجع إلى زعم كل واحد منهما واحد.

وقد ذكر بعض أصحابنا أن اعتبار الثيابة في الرجم بالنص، وهو غير معقول المعنى، والمعنى الذي ذكرناه حسن يصلح الاعتماد عليه، ويجوز أن نُلزم على طريقتهم مجادلة الحرية والعقل، فإن الحرية مشروطة، وتمامها ليس بشرط، فإن[2] الحرية بظاهر الدار يكفي لوجوب الرجم، وليست بتامة بدليل: أنه لو اعترف بالرق يصح بخلاف الحر بحرية الأبوين، وكذلك أصل العقل شرط، وتمامه ليس بشرط بدليل المرأة، والاعتماد على الأول.

وأما فصل حد القذف فمجرَّد اعتبار من غير نظر إلى معنى، وهما بابان مختلفان، ولا يُستَنكر اختلافُ الحكم عند اختلاف السبب، وعلى أن حد القذف لدفع العار والشَّين ولكرامة[3] المقذوف ومع الكفر لا يندفع العار، والكافر لا يكون محل الكرامة لصيانة[4] عرضه.

ألا ترى أن قذف العبد لا يوجب الحد؛ لأن عارَ الرقّ عار[5] لازم، فلا يجب معه الحد المشروع لدفع العار، فالكفر بهذا الحكم أولى.

---

(١) في (ز): فهو.
(٢) في (ز): بل.
(٣) في (ز): وكرامة.
(٤) في (ز): بصيانه.
(٥) ليست في (ز).

وأما الحرّية إنما اعتُبرت؛ لأن زنا العبد في الجناية لا يكون مثل زنا الحر؛ لأن التحريم بالخطاب، والخطاب في حق العبد لا يكون مثل الخطاب في حق الحر؛ لأنه مال من وجهٍ مثل (ثوبٍ ودابةٍ)[1]، وآدميٌّ من وجه، مثل الحُر، وإنما يُخاطب من حيث إنه آدمي عاقل بالغ لا من حيث إنه مال فانتقص الخطاب في حقه؛ لأنه يصير كأنه مخاطَب من وجه غير مخاطب من وجه بخلاف الكافر، فإنه مخاطب من كل وجه، فكمل الخطاب في حقه كَمَا لَه في حق المسلم.

ويجوز أن يقال: إن المروءة زاجرة مثل الدِّين، وفي الحر تُوجد المروءة الزاجرة، ألا ترى أن هند[2] بنتَ عتبة قالت: أوَ تزني الحرة[3]؟ فانضمت الحرية[4] إلى الدِّين فكمل الزاجر، وأما في العبد فيوجَد[5] الدِّين فحسب، والمروءة الزاجرة معدومة فانتقص الزاجر فخفَّت الجناية.

وأما في مسألتنا فالجناية كملت في حق الكافر والمسلم جميعًا لأجل وجود اعتقاد الدِّين الكامل المحرَّم[6] في زعمهما على السواء. والله أعلم.



---

(١) في (ز): الثوب أو الدابة فيشترى.
(٢) هند بنت عتبة بن ربيعة، صحابية قرشية عالية الشهرة زوجة أبي سفيان وأم الخليفة معاوية ابن أبي سفيان. طبقات ابن سعد ٨/١٧٠.
(٣) رواه ابن جرير الطبري في تفسيره بإسناده عن ابن عباس وذكر فيه القصة. جامع البيان ٢٨/٧٨.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): منه.
(٦) ليست في (ز).

※ (مَسْأَلَة):

يثبت حد الزنا بإقرار الإنسان مرة واحدة[1].

وعندهم: لا يثبت حتى يُقرّ [٢٩٩/أ] أربع مرات في أربع مجالس[2].

لنا:

إن سبب وجوب الحد قد وُجد، فوجبت[3] إقامةُ الحد، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الإقرار سبب لوجوب الحد بالإجماع، والإقرار قد وُجد فوجب الحد، وهذا لأن الإقرار إنما صار حجة؛ لأن المقر اعترف على نفسه بفعل الزنا ووجوب الحد، والعاقل البالغ له ولاية على نفسه بإنشاء التصرف لإثبات الحق (على نفسه)[4]، والاعتراف لإثبات الحق على نفسه، فأيّهما وُجد صح منه ذلك.

يبينه: أن الإقرار الواحد حجة كاملة، والدليل عليه: أنه إذا كرّر أربعًا يكون حجة، وإذا كرّر فالإقرار الثاني والثالث هو الأوّل بعينه، ولا يتصور ازدياد إقراره على نفسه؛ لأن الخبر عن الشيء وإن كُرّر مرات فهو خبر لا يَكثر ولا يَقِل.

---

(١) النكت ورقة ٢٧٣/ب، الحاوي ٢٠٦/١٣، التهذيب ٣٣٣/٧، البيان ٣٧٣/١٢، كتاب الحدود من التعليقة ص٣٤٦، كتاب الحدود من الشامل ص١١٠، معالم السنن ٥٧٤/٤، النووي على مسلم ١٩٣/١١.

(٢) الأسرار ١٧١/٢/أ، مختصر اختلاف في الفقهاء ٢٨٣/٣، المبسوط ١٩/٩، رؤوس المسائل ص٤٨٢، فتح القدير ٢١٨/٥، اللباب ٧٤٥/٢.

(٣) في (ز): وجب.

(٤) في (ز): لنفسه.

يدل عليه: أن الثاني إعادة الأول، والشيء المعاد هو الأول بعينه، مثل الرجل يُعيدُ شهادته، أو يُعيدُ إقراره في سائر الحقوق.

۞ وأمّا حجّتهم:

فإنهم تعلقوا بحديث ماعز بن مالك برواية جابر[1]، وابن عباس، ونعيم[2] ابن هزال، وغيرهم[3] أنه أتى[4] النبي ﷺ، واعترف بالزنا فأعرض عنه حتى اعترف أربع مرات، فقال له: إنك شهدت إذا[5] اعترفت أربعًا فبمن؟ فذكر امرأة، فأمر برجمه.

وفي الخبر قصة، والاستدلال (في موضعين)[6]:

أحدهما: أنه - عليه السلام - أعرض عنه في المرة الأولى، ولو وجب الحد لم يُعرض عنه؛ لأن الإعراض عن إقامة حقّ الله تعالى بعد كمال الحجة لا يجوز، ألا ترى أنه بعد الأربع لم يُعرض عنه وأمر بإقامة الحد.

الاستدلال الثاني: أنه عليه السلام، قال: (إذا شهدت على نفسك أربع مرات

---

(١) ماعز بن مالك الأسلمي له صحبة وهو الذي رُجِم في عهد النبي ﷺ ثبت ذكره في الصحيحين وفي غيرهما. ينظر: الإصابة ٣/٣١٧ رقم ٧٥٨٩.

(٢) نعيم بن هزَّال صحابي نزل المدينة ما له راوٍ إلا ابنه يزيد.
روى له أبو داود والنسائي. ينظر: التقريب ص٣٥٩.

(٣) رواه البخاري ١٢/١٢٩ مع الفتح، كتاب الحدود، باب الرجم بالمصلي.
ومسلم في صحيحه ١١/١٩٣ مع النووي، كتاب الحدود، باب حد الزنا.
أورد رواياتهم أبو داود في سننه ٤/٥٧٣، ٥٧٧، ٥٨١ مع المعالم، كتاب الحدود.

(٤) في (ز): جاء.

(٥) في (ز): أو.

(٦) في (ز): من وجهين.

فبِمَنْ)؟ ذكر هذه اللفظة أبو داود[1] في سننه[2]، ولو كان الواحد مثل الأربع في إيجاب الحد، كان هذا القول لغوًا، والقول من صاحب الشرع في الأسباب والأحكام شرع لا يجوز خلافه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه ظَنَّ به الجنون؛ لأنه عليه السلام قال: (أَبِكَ خَبَلٌ[3]؟ أَبِكَ جُنون)[4]؟ هذا لا يصح؛ لأنه جاء معترفًا نادمًا تائبًا، وهذا ليس مما يوهم الجنون.

وفي بعض الروايات أنه جاء وقال: (يا رسول الله زنيتُ فطَهِّرني)[5]! وطلبُ التطهير ينفي شبهة الجنون، وقوله: أَبِكَ خَبَل؟ أَبِكَ جُنونٌ؟ يحتمل أنه قال ذلك تلقينًا للرجوع.

(ويروون عن أبي بكر الصديق)[6] رضي الله عنه أنه قال لماعز بعد ما أقر ثلاث مرات: لو أقررت الرابعة رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم[7].

وعن بُريدة[8] الأسلمي قال: كنا معشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نقول:

---

(١) ليست في (ز).

(٢) سنن أبي داود ٥٧٥/٤ مع المعالم، كتاب الحدود.

(٣) لم أجد من خرج هذه اللفظة.

(٤) رواها البخاري في صحيحه ٢٢١/١٢، كتاب الحدود، باب لا يرجم المجنون والمجنونة.
ومسلم في صحيحه ١٩٣/١١، كتاب الحدود، باب حد الزنا.
وأبو داود في سننه ٥٨٢/٤ مع المعالم، كتاب الحدود.

(٥) رواه مسلم في صحيحه ٢٠٢/١١ مع النووي، كتاب الحدود، باب حد الزنا.

(٦) في (ز): وروى أن أبا بكر.

(٧) رواه أحمد في المسند ٢١٤/١، رقم ٤١، نصب الراية ٣١٤/٣.
قال المحقق: وهذا إسناد ضعيف لضعف جابر بن يزيد الجُعفي.

(٨) بريدة بن الحصيّب الأسلمي أبو سهل صحابي أسلم قبل بدر مات سنة ٦٣هـ، وروى=

لو لم يُقرّ ماعز أربع مرات ما رجمه رسول الله ﷺ[١].

وأما[٢] المعنى فليس لهم كثير شيء يتعلقون به، وإنما غاية ما يتعلقون به هو اعتبار الإقرار بالشهادة، ويقولون: حجة، وحجة لإثبات الزنا.

ومعتمدهم في تقرير هذا الاعتبار: أن شهادة الاثنين حجة كاملة في البينة، بدليل سائر الحقوق.

قالوا: وشهادة الأربع لا تفيد من قوة الظن، إلا ما تفيد شهادة الاثنين.

ألا ترى أنه لو شهد لواحد اثنان، وللآخر أربعة[٣]، فإنه لا يترجّح[٤] صاحب الأربع[٥] على صاحب الاثنين.

ولأنه ليس وراء قوة الظن إلا العلم، وأجمعنا أن شهادة الأربع لا تفيد العلم، دل أنه لا تفيد إلا قوة الظن[٦] التي تفيدها شهادة الاثنين، فثبت بما قلنا أن شهادة الاثنين حجة كاملة، وإنما شرطنا زيادة شهادة الاثنين؛ لأن الزنا فاحشة عظيمة، وقد أمر الله تعالى فيها بالستر والكتمان، فأمر الله تعالى

= له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب سنة ٤٣.

(١) رواها النسائي في السنن الكبرى ولفظه: «كنا نتحدث أصحاب نبي الله ﷺ، بيننا ماعز لو جلس في رحله بعد اعترافه ثلاث مرات لم يطلبه، وإنما رجمه عند الرابعة» ٤٣٥/٦٠ رقم ٧١٦٤.

(٢) في (ز): فأما.

(٣) في (ز): أربعة.

(٤) في (ز): لا يرجح.

(٥) في (ز): الأربعة.

(٦) في (ز): غلبة الظن.

بشهادة اثنين آخرين لتبقى الفاحشة على الستر والكتمان، كذلك الإقرار الواحد[1] حجة كاملة إلا أنه شُرِط زيادةُ العدد حتى تبقى الفاحشة على الستر والكتمان، فهذا فائدة زيادة العدد، وأما أصل التقدير فليس إلا بالشرع الوارد فيه على ما بيّنّا.

❁ **الجواب**[2]:

أما تعلقهم بالخبر فنحن نقول به؛ لأنه ليس فيه أكثر من أنه أقام عليه الحد بعد إقراره أربعًا، وبه نقول، وإنما يكون في الخبر حجة إن لو اقتصر على مرة واحدة ولم يقم الحد.

وأما[3] تعلقهم بإعراض النبي ﷺ، قلنا: الإعراض قد يكون لنقصان الحجة، وقد يكون لكراهة القلب بما[4] سَمِعَه فالنبي عليه السلام إنما أعرَض إعراض كراهة لا إعراض عدم تمام الحجة، وهذا لأنه ﷺ كان يكره إظهار الفاحشة.

وأما قولهم: إن النبي[5] ﷺ [٢٩٩/ب] قال: إنك شهدت أربعًا فبمن؟

قلنا: هذا اللفظ غير مدوّن في الصحاح، وإنما هذا مرويٌّ في بعض الروايات[6]، ولئن ثبت فنقول: هذا الكلام غير مذكور على معنى تعليق الحكم

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): والجواب.

(٣) في (ز): فأما.

(٤) في (ز): لما.

(٥) في (ز): والنبي.

(٦) ولفظها عند أبي داود في السنن «إنك قد قلتها أربع مرات فبمن؟» ٤/٥٧٥ مع المعالم رقم ٤٤١٩.

به، لكن لما جاء ماعز وكرّر الأقارير مرةً بعد أخرى مستعجلًا إقامة[١] الحدّ لله عليه؛ خوفًا من عذاب الله تعالى في الآخرة حتى بلغ الأربع، فكان بلوغه الأربع على طريق الاتفاق لا أنّه شرط، قال النبي صلى الله عليه (إنك شهدت أربعًا) يعني كرّرت وأعدت وَبَلَغَت هذه الغاية (فبمَن زنيتَ)؟ ولو أنه كان بلغ الخمس أو لم يقرّ إلا ثلاثًا، كان يقول (ذلك القدر)[٢]، والله أعلم، هذا غاية الإمكان على هذا النصّ.

ثم يدل على صحة ما قلنا[٣] بخبر العسيف الذي قدّمناه، والاستدلال بقوله ﷺ: **(واغد يا أُنيس على امرأة هذا فإن اعترفت فارجُمها)**[٤] (علّق إقامة الحد بالاعتراف)[٥] والإقرار مرة واحدة اعترافٌ.

وَهُمْ قالوا: هذا محمول على الاعتراف المشروع وهو الأربع.

قلنا: لا، بل هو يتناول ما سُمّي[٦] اعترافًا.

يدل عليه: أن الغامدية أقرت مرة واحدة، ورجمها رسول الله ﷺ حين فطمت وَلَدَها[٧]، ولم يرو أنه طلب منها الإقرار أربعًا.

(١) في (ز): لإقامة.
(٢) في (ز): مثل ذلك.
(٣) في (ز): قلناه.
(٤) رواه البخاري في صحيحه ١٣٧/١٢ مع الفتح، كتاب الحدود، باب الاعتراف بالزنا. ومسلم في صحيحه ١٣٧/١٢ مع الفتح، كتاب الحدود، باب حد الزنا.
(٥) في (ز): على وجوب الحد على الاعتراف.
(٦) في (ز): ما يسمى.
(٧) رواها مسلم في صحيحه ٢٠١/١١ ـ ٢٠٢ مع النووي، كتاب الحدود، باب حد الزنا.

ورُوي أنها قالت: (أتريد أن تردِدَني على ما[١] رددت ماعزا)[٢]؟ ولم ينكر عليها ذلك، وهذا الذي قلناه معارضة حسنة.

وأما قول أبي بكر فلا يثبت[٣].

وأما الذي رووا عن بريدة[٤] فعلى ما قالوا[٥]: لا يعرف، وإنما المروي: أنه قال: كنا نقول: لو رجع ماعز عن إقراره لم يرجمه رسول الله ﷺ، ذكره أبو داود في سننه[٦].

وأما تعلقهم بالشهادة، قلنا: الحجة إنما تكمل في الشهادة بوجود العدد، وأمّا في الإقرار إنما تكمُل[٧] الحجة بوجود الإقرار، وقد وُجد بالمرة الواحدة، وهذا لمعنىً وهو أن الشهادة حجة؛ لأنها تفيد قوة الظن بحمل الشهادة على الصدق بدليله، وللعدد تأثير في زيادة قوة الظن.

وإن شئت قُلْتَ[٨]: إن العدد يزيد في دليل الحمل على الصدق بدليل أنه يتفق في العادة من كذب الواحد ما لا يتفق من كذب الاثنين، وكذلك يتفق من كذب الاثنين ما لا يتفق من كذب الأربع، وأما العدد في الإقرار لغو فيكون[٩] وجودُه وعدمه بمنزلة واحدة.

---

(١) في (ز): كما.

(٢) رواها مسلم في صحيحه ١١/٢٠١ مع الفتح، كتاب الحدود، باب حد الزنا.

(٣) سبق تخريجه وبيان ضعفه ص٢٣٩ حاشية ١.

(٤) سبق ذكر لفظه عند النسائي.

(٥) في (ز): قالوه.

(٦) سنن أبي داود ٤/٥٨٤ مع المعالم رقم ٤٤٣٤.

(٧) في (ز): تكون.

(٨) ليست في (ز).

(٩) في (ز): ويكون.

وأما ما ذكروه من فائدة العدد.

قلنا: لا نقول في الشهادة شُرِطَتْ[1] زيادة العدد لما قالوه، بل لما بيّنا.

وأما المسألة التي قالوها في معارضة شهادة الاثنين مع شهادة الأربع فلا تُسلِّم أنهما يستويان بل شهادة الأربع أولى، وعلى أن الفاحشة يُؤمر بسترها قبل الإقرار، على معنى أنه يُكره الإقرار، فأما بعد الإقرار فالواجب هو القبول، ولا يجوز أن يُترك شرع بقبول[2] شرع، وعلى أنه لو شُرط الأربع في الزنا لتبقى الفاحشة مكتومة، وجب أن يُشترط الإقرار مرتين في السرقة لتبقى مكتومة.

ثم الدليل على ظهور الفاحشة بالإقرار مرة أن المقذوف لو أقرّ بالزنا مرة يَسقُط[3] الحد عن القاذف، ولولا أن الزنا (ثبت لما سَقَطَ)[4]، كما لو شهد اثنان بالزنا لا يسقط (الحد عن القاذف حين)[5] يثبت، والله أعلم.



---

(١) في (ز): شرط.

(٢) في (ز): لقبول.

(٣) في (ز): سقط.

(٤) في (ز): يثبت لم يسقط.

(٥) في (ز): حين لم.

※ (مَسْأَلَة):

العاقلة البالغة إذا مكّنت صبيًا، أو مجنونًا من نفسها حتى وطئها يجب عليها الحد عندنا[١].

وعندهم: لا يجب[٢].

❖ **لنا:**

إنها زانية فيجب عليها الحدّ استدلالًا بالآية أو قياسًا على سائر الزانيات.

والدليل على أنها زانية[٣]: أن[٤] التمكين لو وُجد لبالغ عاقل تكون زانية، فإذا كان لصبي أو مجنون فلو لم تكن زانية[٥] كان لأجل صغره وجنونه وصِغَرُ الواطئ وجنونه إنما يؤثران في فعلهما، فأما في فعل الغير فلا يؤثر؛ لأنها زانية بفعلها، فلم يتصور أن تخرج عن كونها زانية لمعنىً[٦] في غيرها، كما لا تكون زانية لمعنى[٧] في غيرها.

يدل عليه: أن الأمر لو كان على العكس بأن زنى عاقل بالغ بمجنونةٍ أو

(١) النكت ورقة ٢٧٣/أ، الحاوي ١٣/٢٠٠، ٢٠١، التهذيب ٧/٣٢٠، البيان ١٢/٣٦١، كتاب الحدود من التعليقة ص٣٣٩.

(٢) الأسرار ٢/١٧٠/أ، المبسوط ٩/٥٤، تبيين الحقائق ٣/١٨٣، البحر الرائق ٥/١٩.

(٣) بياض في (ز).

(٤) في (ز): فإن.

(٥) بياض في (ز).

(٦) في (ز): بمعنى.

(٧) في (ز): بمعنى.

صبية[١]، ويجب عليه الحد، كذلك في مسألتنا، وكان المعنى ما بيّنّا[٢]، كذلك هاهنا.

۞ **أمّا[٣] حجّتهم:**

قالوا: لم تُمكِّن من (الزنا فلا يجب عليه الحد)[٤]، وهذا لأنها زانية بالتمكين من الزنا[٥]، فإذا لم يوجد فلا تكون زانية.

وإنما قلنا: إنها تكون زانية بالتمكين من الزنا؛ لأن حقيقة فعل الزنا للرجل، فإنه وطئ بُضعَها، وفعلُ الوطء إنما يُوجَد من الرجل بدليل الحسّ والعيان، وأما المرأة فإنما توجد منها مجرد التمكين من الفعل، فأما حقيقة الفعل فلا.

والدليل [٣٠١/أ] عليه من حيث الحكم: أن المهر يجب عليه لها، ولا يجب له عليها، ولو وجد منها حقيقة فعل وجب أن يجب عليها قيمة منافع بُضعه لوجود[٦] الاستمتاع من الجانبين، وهذا دليل معتمد في أن الفعل له على الخصوص.

قالوا: وإن[٧] قلتم: إن الشرع لم يقوّم منافع بُضعِه، وقوّم منافع بُضعِها،

---

(١) في (ز): يكون زانيًا.
(٢) في (ز): ما بيناه.
(٣) في (ز): وأما.
(٤) في (ز): زنى فلا تكون زانية.
(٥) في (ز): زنى.
(٦) في (ز): لمنافع.
(٧) في (ز): ولأن.

بلى، ولكن سبب هذه المغايرة والاختلاف المعنى الذي بيّناه، وإلا كان ينبغي أن يتقوّم منافع بُضعِه عليها كما تتقوّم منافع سائر أعضائه.

ويدل عليه: أن الوطء يُنسب إلى الرجل نسبة الفعل إلى فاعله، يقال: وَطِءَ الرجل فهو واطئ، وينسب إلى المرأة نسبة الفعل إلى محله، يقال: وُطِيت المرأة فهي موطوءة.

فإن قلتم: كيف يجب حد الزنا بالتمكين من الزنا، والتمكين من الشيء غير الشيء؟ نقول: إنما وجب؛ لأن التمكين من الزنا تسبيب إلى الزنا، والتسبيب إلى الشيء يجوز أن يُعطى له اسم ذلك الشيء وحكمه، وإنما لم نوجب القصاص بالتسبيب إلى القتل؛ لأنه مبني على المماثلة، ولا مماثلة بين التسبيب إلى القتل ومباشرته، وأما[1] حد الزنا غير مبني على المماثلة وقد وجب زجرًا وردعًا، والمرأة محتاجة إلى الزجر والردع فأُلحق التسبيب بالمباشرة؛ لأنه مُوصِل إليه فأُلحق به في وجوب العقوبة عليه.

وإذا ثبت هذا الأصل، فنقول: فعل المجنون والصبي ليس بزنا؛ لأن أدنى صفات الزنا هو الحظرية، وأدنى أحكامها الإثم، والحظرية بالخطاب، ولا خطاب على الصبي والمجنون، وكذلك الإثم منتفٍ عنه دل أنه وطء وليس بزنا.

وحرفهم[2]: أن هذا الاسم ليس لعين الفعل، إنما هو اسمٌ جاء مِن ارتكاب المحظور ومواقعة المنهي.

---

(١) في (ز): فأما.

(٢) في (ز): وحرفه.

وخرج على هذا: فصل العاقل البالغ إذا زنى بصبية أو مجنونة.

وخرج المستأمن إذا زنى بمسلمة؛ لأن المستأمن زانٍ، وإنما سقط الحد؛ لأنه حربي لم يلتزم أحكام الإسلام.

وخرج أيضًا المكرَه إذا زنى بمطاوِعةٍ؛ لأن المكرَه زانٍ، ولهذا يأثم، وبعضهم مَنَعَ هذه المسألة.

۞ **الجواب**[(١)]:

قد بيَّنا أنها زانية، أما قولهم: لم تُمكِّن من الزنا.

قلنا: قد مَنَعَ بعضُ أصحابنا هذا، وقالوا: وَطء الصبي والمجنون زنا، وإن عُدم[(٢)] الخطاب كما أن عندهم ردة الصبي ردة صحيحة، وإن عُدم الخطاب، وهم يقولون على هذا: إن اسم الكفر لنفس الاعتقاد على صفة مخصوصة، فإذا وُجد لابد أن يكون كفرًا، وأما الزنا فليس باسم لنفس الفعل إنما هو اسم لا لعين الفعل، بل لفعل بوصفٍ مخصوصٍ على ما سبق فإذا لم يوجد لم يُطلق الاسم.

ويمكن الجواب عن هذا، لكن الأولى أن نسلِّم أن فعل الصبي والمجنون ليس بزنا، لكن هي زانية لوجود فعل الزنا منها، وفعل الزنا منها هو التمكين من وطءٍ لا يُوصف بالإباحة، ولا بشبهة الإباحة.

يبينه: أن خروج الفعل عن كونه زنا من جانبه[(٣)] لم يكن لنقصان في

---

(١) في (ز): والجواب.

(٢) في (ز): فُقِدَ.

(٣) جانبه.

الفعل، بل كان لمعنىً في الفاعل وهو صباه أو جنونه، وهذا معنى اختص بالرجل فلم يعتبر في حق المرأة أصلًا.

أما قولهم: إن حقيقة الزنا لا[١] توجد من المرأة.

قلنا: ليس كذلك، بل تُوجد؛ لأن الزنا قد نُسب إليها في الشرع واللغة على وجه واحد، فلابد من تحقيق ذلك منهما بما يُمكن، والذي يتصور من الرجل هو الإيلاج، والذي يتصور من المرأة هو التمكين، والتمكين فعل المُمَكِّن، فصار فعلها في الزنا هو التمكين، وفعله في الزنا هو الإيلاج، ونُزِّل التمكينُ منها منزلة الإيلاج منه، ومن حيث المعنى كل واحد منهما قد قضى شهوته بهذا النوع من الفعل، وقضاء الشهوة فعل من فاعله.

وأما قولهم: إنها لا تضمن له شيئًا.

قلنا: إنما كان كذلك؛ لأن منافع بُضعه غير متقومة في الشرع، وليس المعنى ما ذكروا من عدم الفعل؛ لأن المهر إنما يجب بالاستمتاع، ونحن نعلم قطعًا أن المرأة قد استمتعت ببضعه مثل ما استمتع ببُضعها، وأيضًا فإنكم إذا جعلتموها بالتسبيب إلى الزنا[٢] زانية حتى وجب الحد عليها، فاعتبروا أيضًا في إيجاب العُقر، ومع ذلك لم يجب، دَلَّ أنه لم يجب لما بينا[٣].

وأما قولهم: إنه يُنسب إليها الوطء نسبة الفعل إلى محله.

قلنا: في الزنا يُنسب إليها نسبة الفعل إلى فاعله، يقال: زنت تزني فهي

(١) في (ز): لم.
(٢) في (ز): قضاء وطرها.
(٣) في (ز): بيناه.

زانية، والكلام في الزنا، وعلى أنا لا ننكر (محلية الفعل)[1] لكن هي مع هذا فاعلة على ما سبق، وقد زعم[2] بعضهم: أن فعلها تبعٌ [٣٠٠/ب] لفعله، فإذا خرج المتبوع عن كونه زنا خرج التبع، وفيما قلناه[3] جواب عن هذا.

وإن قالوا: إن فعله يتصور من غير فعلها، بأن يطأها وهي نائمة، أو مغمىً عليها ففي[4] جانب المرأة أيضًا يتصور بوجود فعل الاستدخال منها من غير أن يشعُر الرجل بذلك. والله أعلم بالصواب.



❋ (مَسْأَلَة):

إذا تزوج ببعض محارمه ووطئها يجب عليه الحد عندنا، ولا تصير صورة العقد شبهة[5].

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: تصير صورة العقد شبهة، ولا يجب الحد[6].

---

(١) في (ز): غلبة الفعل في جانبه.

(٢) في (ز): ذكر.

(٣) في (ز): قلنا.

(٤) في (ز): وفى.

(٥) النكت ورقة ٢٧٢/ب، الحاوي ٢١٧/١٣، التهذيب ٣٢٠/٧، المهذب ٢٦٩/٢، مغني المحتاج ١٤٦/٤، كتاب الحدود من الشامل ص١٨٩، كتاب الحدود من التعليقة ص٣٩٧، البيان ٣٦٢/١٢.

(٦) الأسرار ١٦٨/٢/أ، الآثار للطحاوي ١٥١/٣، المبسوط ٨٥/٩، رؤوس المسائل ص٤٨٤، مختصر اختلاف العلماء ٢٩٦/٣، اللباب ٧٤٩/٢.

❁ **لنا:**

إن هذا الوطء زنا، فيجب به[1] الحد استدلالًا بالآية، أو قياسًا على الوطء قبل هذا العقد.

وإنما قلنا: إنه زنا؛ لأنه لو خرج عن كونه زنا لخرج بهذا العقد، وهذا[2] عقد باطل، وهو لغو وهذيان، فيصير وجوده وعدمه بمنزلة.

والدليل عليه: أن العقد لابد له من محلّ حتى يكون معتبرًا في حكمٍ مّا، والذي تنازعنا فيه هو من باب اعتبار العقد، ولا يتصور اعتبار العقد إلا بعد أن يُضافَ إلى محله.

ألا ترى أنه لو وُجد إيجابٌ وقبول من شخصين، ولم يضيفا[3] إلى محل لم يثبت به الشبهة في محلٍ مّا، فكذلك إذا وُجدت الإضافة إلا أنها في غير محل المضاف وجب أن لا تثبت به شبهة؛ لأن فقد محل الإضافة كفقد الإضافة.

وإنما قلنا: إنه أضاف العقد إلى غير محله؛ لأن المحليّة عُرفَت بالشرع فإن العقد إذا عُرف بالشرع فلا يُعرف محله إلا بالشرع أيضًا، وقد قام دليل النص من الشرع أن المحارم ليس[4] محلًا لعقد هذا الإنسان.

ألا ترى أنه عَدَّ هؤلاء النسوة، وأضاف التحريم إلى أعيانهن، ثم قال

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): غير أن.
(٣) في (ز): يضيفاه.
(٤) في (ز): ليست.

تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[١]، والحرمة والحِلّ ضِدانِ فمحل الحرمة لا يكون محل الحِلّ بحال.

يدل عليه: أن الأصل في الأبضاع الحرمة، ولو خُلّينا والعقل لم نعرف به أن النساء محل النكاح إلا أن الشرع وَرَدَ به في محل مخصوص فما وراء ذلك بقي على العدم.

ألا ترى أنه لو عقد على الغلام يكون وجوده وعدمه بمنزلة في توجه الواجب بفعل الوطء على اختلاف المذهبين.

۞ **أمّا[٢] حجّتهم:**

قالوا: وطء شبهة[٣]، فلا يوجب الحد.

وبيان الشبهة: أن العقد صادف محله في الجملة؛ لأن الأم والبنت محل عقد النكاح، ألا ترى أن أجنبيًّا لو تزوجها يصح، وهذا العقد هو ذلك العقد، إلا أن العاقد اختلف[٤] فلِمَا أنها[٥] محل هذا العقد في الجملة حصلت شبهة في هذا العقد، والحد لا يجب مع الشبهة.

وبعضهم قال: هي محل عقده من وجه؛ لأنها صارت محل عقد غيره بكونها أنثى من بنات آدم وبتحليل الشرع.

---

(١) سورة النساء، آية (٢٤).

(٢) في (ز): وأما.

(٣) في (ز): بشبهة.

(٤) في (ز): قد اختلف.

(٥) في (ز): كانت.

ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[١]، كلُّ من كان من النساء يكون محلًّا بهذه الآية، وبتحليل الشرع؛ لأن النكاح عقد مشروع فلابد من تحليل الشرع ليكون مُصادفًا محلِّه، وفي هذه المسألة[٢] إن فُقِدَ تحليلُ الشرع فقد[٣] وُجدت الأنوثة، فصارت محلًّا من وجه دون وجه، واعتمادهم على الحرف الأول.

وربما يتعلقون بصورة العقد؛ فإن العقد على الأم والبنت مثل العقد على الأجنبية، أو[٤] عقد المحرم مثل عقد الأجنبي، والمماثلة والمشابهة شيء واحد، فقد وُجدت شبهة المشابهة.

قالوا: والغلام خارج على ما قلنا.

وتعلقوا بوطء[٥] الأمة المجوسية والأخت من الرضاعة[٦]، وقالوا: نكاح المجوسية بمنزلة شراء المجوسية، وعندكم: نكاح المجوسية لا يوجب شبهة، وشراء المجوسية يوجب[٧].

وإن قلتم: إن ملك الرقبة (قد وجد فنقول: ملك الرقبة)[٨] وإن وُجد ولكن ليس للوطء تعلق بالرقبة، إنما الوطء تصرف في البضع، والحِلُّ مفقود

(١) سورة النساء، آية (٣).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): بفقد الأنوثة وقد.
(٤) في (ز): و.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): الرضاع.
(٧) في (ز): يوجب شبهة.
(٨) ما بين القوسين زيادة من (ز) لا يستقيم المعنى إلا بها.

في البضع من كل وجه.

وحرفهم في هذا: أن ملك الرقبة في المجوسية ليس يوجب[١] حِلّ البضع بحال، فصار ملك لا يعمل في الحِلّ لفوات المحل حِلًا كعقدٍ لا يعمل في الحِلّ لفوات محله، ثم قد[٢] صار صورة الملك شبهة، وإن فُقِدَ الحِلّ في المحل كذلك يصير صورة العقد شبهةً، وإن فُقِدَ المحل.

وتعلقوا أيضًا بالمُتعة، فإنه عقد باطل بالإجماع، ومع ذلك صارت صورته شبهة.

ربما يتعلقون بنكاح المعتدة، ويعيّنون الكلام فيه، والخلاف في الموضعين واحد، ويقولون: العِدَّة لا تُنافي المحليّة بدليل أن من وطئ منكوحة الغير وجبت العِدَّة، وبقي النكاح الأول، ولو كانت العدة تنافي المحليّة لم يتصور بقاء النكاح.

۞ **الجواب**[٣] [٣٠١/أ]:

أما دعوى الشبهة باطل[٤] بدليل ما بيّنا.

أما قولهم: إن الأم محلّ النكاح في الجملة.

قلنا: هي محلّ النكاح للأجنبي، وليست محلَّ نكاح الابن، وكونها محل نكاح الأجنبي لا يوجب شبهة في حق الابن من حيث المحليّة، كما

(١) في (ز): بموجب.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): والجواب.
(٤) في الأصل فباطل.

أن كونها في عقد شخص لا يوجب شبهة في حق شخص آخر من حيث العقدية، وهذا لأن الابن والأجنبي شخصان مختلفان، فكما يجوز أن يختلفا في الحِلّ يجوز أن يختلفا في محل الحِلّ.

يدل عليه: أن الخمر محل الشرب في حق الذّمي باعتقاد حِلٍّ[1] مؤثر[2] في إسقاط الحد، ثم لا يصير شبهة في حق المسلم.

وأما قولهم: إن الأم محل نكاح الابن من وجه فهو زعم باطل قطعًا، ولا ينبغي للمسلم أن يبلغ في طلب الشبهة هذا المبلغ؛ لأنها إذا كانت من وجه محلًّا لعقده فيكون من ذلك الوجه حلالًا له بالعقد وهذا لا يقول به أحد من المسلمين.

وقولهم: إن المحليّة بكونها[3] أنثى من بنات آدم وبالشرع.

قلنا: لا، بل بالشرع خاصة، وعلى أنه إن كان بهما[4] فَمَا لم يُوجَدَا[5] لا يصير محلًّا كالمعلّق بشرطين لا يوجد حتى يوجد الشرطان.

وأما اعتبار مجرد صورة العقد فاعتبار باطل لما بيّنّا أن إسقاط الحد إنما يكون باعتبار العقد من وجه شرعًا، وهذا العقد غير معتبر شرعًا بوجهٍ مّا؛ لأنه لم يصادف محله المشروع له، فيصير العقد لغوًا، وجُعل عدمه ووجوده

---

(١) في (ز): الحل.

(٢) في (ز): المؤثر.

(٣) في (ز): لكونها.

(٤) في (ز): لهما.

(٥) في (ز): يوجد.

بمنزلة واحدة.

وأما الوطء بالمتعة فعندنا إنما يسقط الحد باختلاف الأئمة، وقد ثبت عن ابن عباس وجماعة أنهم يبيحون المتعة، وهو لأهل مكة مثل إباحة السماع لأهل المدينة، وإباحة شرب النبيذ لأهل الكوفة.

وأما مسألة[١] شراء الأمة المجوسية ففي قول: يجب الحد[٢]، وإن سلَّمنا أنه لا يجب، وهو الأصح[٣]، فنقول: الوطء استيفاء منفعة البضع، وهو بملك الرقبة مالكٌ لمنافع بُضعها، ولهذا المعنى يستحق العُقر إذا وُطِئَت بشبهة، ويملك التصرف فيها بالتزويج إلا أن الوطء حَرُم بخبث[٤] المجوسية كرامة للمسلم حتى لا يتلوّث بها، وكذلك في الأخت من الرضاعة[٥] حرم الوطء كرامة لشبهة القرابة، ونظيره: وطء الحائض، فإن الملك فيها قائم لكنه حَرُم الوطء بمباشرة[٦] الأذى، وأما في مسألتنا فلا عَقَدَ ولا ملك أصلًا.

فإن قالوا: كذلك في مسألتنا إنما لم يصح العقد كرامة للمحارم.

قلنا: محليّة العقد في المحارم فائتةٌ كرامةً للمحلّ، وفي تلك المسألة (إنما فات ملك)[٧] الوطء كرامة، فأما أصل ملك الرقبة وملك المنافع ما

(١) ليست في (ز).

(٢) المهذب ٥/٣٨٢.

(٣) المهذب ٥/٣٨٢.

(٤) في (ز): لخبث.

(٥) في (ز): الرضاع.

(٦) في (ز): لمباشرة.

(٧) في (ز): المنافاة لملك.

فات بدليل ما بيَّنّا، والشبهة جاءت من هذه الناحية فوضح الفرق غاية الوضوح.

وأما فصل المعتدة، وقولهم: إن العدة لا تنافي المحليّة.

قلنا: عدمُ العِدَّة عندنا شرط جواز العقد[1]، والشروط إنما تعتبر في ابتداء العقود لا في بقاء العقود.

فإن[2] قالوا: والشهادة أيضًا شرط جواز[3] النكاح وإن كان (بغير شهود)[4] يوجب شبهة.

قلنا: بلى، ولكن شرط غير مجمع عليه، فحصل من اختلاف العلماء شبهة حكمية.

وأما الخلوُّ من العدة فشرط مجمع عليه، ونقول على تعلقهم بصورة العقد.

قلنا: بطلان العقد ابتداءً فوق رفع العقد بقاءً، ثم العقد إذا ارتفع بالطلاق الثلاث أو غيره لا يبقى معه شبهة فكذلك إذا لم ينعقد لم يحصل به شبهة.

قالوا: على هذا أن العقد في تلك الصورة انعقد لحقيقة الحلّ، ولا يتصور شبهة الشيء مع وجود[5] حقيقته، فإذا ارتفعت الحقيقة لم يبق شبهة،

---

(١) المهذب ٤/١٥٦.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): لوجود.

(٤) في (ز): بغيره.

(٥) ليست في (ز).

وفي مسألتنا العقد في هذا المحل عمله لوجود الشبهة فحسب.

قلنا: إذا جاز أن تثبت شبهة في محل لا يتصور حقيقة النكاح جاز أيضًا أن تبقى شبهة مع ارتفاع حقيقته، وهو أولى[١]؛ لأن الحلّ هناك قد وُجد في الحقيقة والشبهة، وأما مسألتنا فلا يوجد (محلّ الحقيقة)[٢] فلم يوجد أيضًا (محلّ الشبهة)[٣]. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

إذا استأجر امرأة ليزني بها وزنى بها على عقد الإجارة وجب عليها الحد عندنا[٤].

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يجب[٥].

❖ لنا:

إنه زانٍ فيجب عليه الحد.

ودليل أن الوطء زنا: أنه كان زنا قبل هذا العقد، فلو خرج عن كونه زنا

---

(١) في (ز): الحل.
(٢) في (ز): الحل حقيقةً.
(٣) في (ز): الحل شبهةً.
(٤) النكت ورقة ٢٧٢/ب، المهذب ٨٢/٥، التهذيب ٣٢٠/٧ ـ ٣٢١، كتاب الحدود من الشامل ص١٩١، كتاب الحدود من التعليقة ص٤٠٢، البيان ٣٦٢/١٢.
(٥) الأسرار ١٦٩/٢/أ، المبسوط ٥٨/٩، فتح القدير ٢٦٢/٥، رؤوس المسائل ص٤٨٧، تبيين الحقائق ١٨٤/٣، الدر المختار مع رد المحتار ٤٣/٦، اللباب ٧٥٣/٢.

لخرج بهذا العقد، ولا يجوز ذلك؛ لأن هذا عقد باطل قطعًا، فصار وجوده وعدمه بمنزلة.

وتحقيقه: أن عقد الإجارة في هذه الصورة قد أخطأ محله، والعقد إذا أخطأ محله يلغو.

وإنما قلنا: أنه أخطأ محله؛ لأن عقد الإجارة عقد من عقود الأموال، والبضع لا يكون [٣٠١/ب] محل عقود الأموال.

يبيّنه: أن الإجارة بيع المنافع فهي كبيع الأعيان، فعرفنا بهذا (أن العقد)[١] عقد مال، وعقد المال لا يرد إلا على ما هو مال.

يدل عليه: أن محل العقد المشروع يعرف بالشرع، والشرع قد جعل لكل عقد محلًا، فجعل محلُ النكاح الأبضاع، ومحلُ البيع أعيان الأموال، ومحل الإجارة منافع الأعضاء فلا يصير محل عقد محل عقد آخر غيره بحالٍ.

۞ وأمّا حجّتهم:

ادّعوا[٢] شبهة العقد في هذا الوطء.

وبيان شبهة العقد: أن عقد الإجارة يحتمل أن يكون مجازًا عن النكاح؛ لأن كل واحد منهما عقد على المنفعة محسوسًا، وإذا اتفق محل العقدين احتمل أن يكون أحدهما[٣] مجازًا عن الآخر.

---

(١) في (ز): أنه.
(٢) في (ز): فهي أنهم ادّعوا.
(٣) في (ز): كل واحد منهما.

قالوا: وإنما لم ينعقد النكاح بلفظ الإجارة؛ لأن النكاح عقد على العين، وهو بمنزلة سائر العقود على الأعيان غير أنا ندّعي هذا من حيث الشرع، فأنا نقول: إن منافع البُضع جُعلت بمنزلة الأعيان شرعًا على ما عُرف في غير هذا الموضع، فأما من حيث المحسوس فهو عقد على المنفعة فمن هذا الوجه حصل الاحتمال، وإنما ادّعينا الشبهة من هذا الاحتمال، هذا عمدتهم.

قالوا: ولأن المهر أجر بدليل قوله تعالى: ﴿وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1] أي: مهورهن، ولو قال: «أمهرتُكِ كذا لأَطَئَكِ»[2] لا يجب الحد، كذلك في مسألتنا.

وإن منعتم فنقول: المهر يختص بالنكاح فذكره يوجب الشبهة.

وأما ذكر الزنا فيلغو كما لو قال: «تزوجتُكِ لأزني بك».

قالوا: وأما إذا قذفها[3]، وقال: «زنيتِ» بعقد الإجارة لم يجب الحد، وإن قال: «زنيتِ بعوضٍ»، يجب الحد، لأن مجرد بذل العوض لا يُسقط الحد، إنما الْمُسقِط للحد[4] هو شبهة العقد ولا توجد شبهة العقد إلا بالعقد.

قالوا: وخرج على ما قلنا إذا استأجرها للخَبز والطبخ أنه لا يحتمل النكاح لا حقيقة ولا مجازًا ويستدلون بأثر يروونه عن عمر وهو أن امرأة استسقت راعيًا فأبى أن يسقيها إلا أن تُمكّنه من نفسها، ففعلت ذلك فرفع

(١) سورة النساء، آية (٢٥).
(٢) في (ز): لم.
(٣) في (ز) زيادة: بهذا الفعل فنقول: إن قذفها...
(٤) ليست في (ز).

إلى عمر فدرأ الحد، وقال: هو مهر[1].

۞ **الجواب**[2]:

إنا بينّا أن المفعول زنا.

أما دعوى شبهة العقد فلا تصح؛ لأن العقد الباطل، أو العقد الذي لم يصادف محله لا يكون فيه شبهة.

أما قولهم: يحتمل هذا العقد أن يكون مجازًا عن النكاح.

قلنا: لو احتمل لانعقد النكاح به، كما ينعقد عندكم بلفظ الهبة والبيع.

وقولهم: إن منافع البضع جُعلت بمنزلة الأعيان شرعًا.

قلنا: هذا هل يقطع احتمال النكاح؟ إن قلتم: يقطع سقطت الشبهة التي تدّعونها، وإن قلتم: لا يقطع، فالمجاز لا يُطلب في تصحيحه سوى مجرد الاحتمال، وعلى أنه يقول: «استأجرتُكِ لأزني بك»، (وهذا اللفظ يقطع)[3] الاحتمال، وليس كما لو قال: «تزوجتُكِ لأزني بك»؛ لأنه حقيقة النكاح، فلغا[4] هذا اللفظ، وفي مسألتنا بالاحتمال عندهم توجد الشبهة فإذا انقطع الاحتمال بلفظه[5] بطلت دعوى الشبهة.

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٧/٤٠٧.
والبيهقي في سننه ٨/٢٣٦ من غير ذكر لفظه «هو مهر» وإذا لم تكن فيه لفظه (مهر) فلا دليل فيه. وينظر: التلخيص الحبير ٤/٦١.

(٢) في (ز): والجواب.

(٣) في (ز): قد قطع.

(٤) في (ز): يلغى.

(٥) في (ز): باللفظ.

وجملة الجواب: أنه لا احتمال في مسألتنا؛ لأنا بيّنّا أن عقد الإجارة له محل مشروع وهو عقد مال، ولا يحتمل غيره ما يُخالِفُه في المحل بحال، وإن كان احتمال فهو ساقط بالدليل الذي ذكرنا.

وأما قولهم: إن المهر أجرة.

قلنا: هو على طريق المجاز، وعلى أنه وإن[1] سُمّي المهر أجرًا فلا يُوجب شبهة.

وقولهم: إن المهر يختص بالنكاح.

قلنا: بلى، يختص بالنكاح ولكن أين النكاح؟ وذكرُ ما يختص بالنكاح لا يوجب شبهة، كذلك نفس الوطء[2] لا يوجب شبهة، وهو أن يقول: «أَطَئكِ بهذه الدراهم»، وهذا لأن الإمهار باطل، فإنه إمهار في عقد الإجارة.

وأما الأثر الذي يروونه[3] فالمعروف فيه أن المرأة كانت جاهلة بحرمة الزنا[4]، ولهذا أُسقط الحد (بدليل أنَّا أجمعنا على)[5] أن مجرد إعطاء العوض لا يوجب سقوط الحد، إنما المُسقط عندهم هو العقد الذي عقداه ولم يُنقَل أنه كان ثَمَّ عقد. والله أعلم.



---

(١) في (ز): إن.

(٢) في (ز): المهر.

(٣) في (ز): رووه عن عمر.

(٤) سبق تخريجه في ص ٢٨٦.

(٥) في (ز): وعلى أنا أجمعنا.

❊ (مَسْأَلَة):

اللواط عندنا يوجب الحد، وهو قول عامة أهل العلم[١].

وعند أبي حنيفة: لا يوجب، وإنما يجب التعزير[٢].

والصحيح من القول: أنه يجب فيه حد الزنا، وعليه المناظرة[٣].

❊ **لنا:**

إن اللواط مثل الزنا، فيوجب ما[٤] يوجب الزنا.

ألا ترى أن القتل بالسكين لما كان مثل القتل بالسيف وجب بالقتل بالسكين ما[٥] يجب بالقتل بالسيف، وكذلك إعتاق أحد الشريكين الأَمَة لما كان مثل إعتاق أحدهما العبد استويا [٣٠٢/أ] في الحكم.

والدليل على أنه مثل الزنا: أن الشيء بصورته ومعناه، وهو مثل الزنا بصورته ومعناه، أما الصورة فلأنه إيلاج فرج في فرج محترم[٦]، وأما المعنى

(١) النكت ورقة ٢٧٢/أ، الحاوي ٢٢٤/١٣، التهذيب ٣٢١/٧ ـ ٣٢٢، كتاب الحدود من التعليقة ٣٤٢/١، كتاب الحدود من الشامل ص١٥٣، البيان ٣٦٦/١٢، المغني ١٥٦/١٠، معالم السنن ٦٠٧/٤، سنن الترمذي ٢٤١/٦.

(٢) الأسرار ١٦٥/٢/أ، مختصر اختلاف العلماء ٣٠٣/٣، اللباب ١٩١/٣، المبسوط ٧٧/٩، رؤوس المسائل ص٤٨٦.

(٣) أدب القاضي لابن القاص ص٤٩٠، الحاوي ٢٢٤/١٣، التهذيب ٣٢٢/٧، كتاب الحدود من التعليقة ص٣٧٨، كتاب الحدود من الشامل ص١٥٣، البيان ٣٦٦/١٢.

(٤) في (ز): مثل ما.

(٥) في (ز): مثل ما.

(٦) في (ز): محرم.




فلأن الزنا ليس هو إلّا قضاء شهوة الفرج بفرج مشتهىً طبعًا على جهة[1] الحرام المحض، وهذا موجود في اللواط لا فرق بين الفرجين في هذا المعنى بوجهٍ ما.

يبينه: أنه اجتمع في الفرجين المعاني المشتهاة[2] من الحرارة، واللين، (وضيق المدخل)[3]، ولهذا مَنْ يقول بالطبائع لا يفرق بين المحلّين، وإنما المفرّق هو الشرع في التحريم والتحليل.

يدل عليه: أن الزنا يُسمّى سفاحًا؛ لأنه لا يُقصد به إلاّ سفحُ ماء الشهوة وصبُّه، واللواط مثله في هذا المقصود، بل له وجه رجحان، وهو أن هذا المحل لا يصلح[4] إلا لما يُقصد له الزنا، وأما القُبل يصلح لهذا المقصود ولطلب النسل.

ولأن الجناية بالحرمة والتحريم في اللواط أبلغ؛ لأنه في محل لا يقبل الحِلِّيَّة بالعقد بخلاف الزنا.

وإذا ثبت ما قلنا كان وجوب الحد باللواط أولى[5]، وإن لم يكن أولى فلابد من التسوية.

❁ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا بقوله ﷺ: (لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: الثيب

---

(١) في (ز): وجه.
(٢) في (ز): المشتبهة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): أنه يصلح.
(٥) في (ز): أولى وأليق.

الزاني، وقتل النفس، والكفر بعد الإيمان)[١] ولم يوجد هاهنا واحد من هذه[٢] الثلاثة.

واستدلوا في أنه ليس بزنا من حيث اللغة: فإن[٣] أهل اللغة فرّقوا بين الاسمين، فقالوا: «هذا لواط وهذا زنا»، والتفريق بين الاسمين[٤] يدل[٥] على أنه لا ينطلق اسم أحدهما على الآخر مثل قولهم: «هذه سماء، وهذه أرض، وهذا فرس، وهذا حمار»، وأشباه هذا.

قالوا: ولا يجوز إثباته بالقياس؛ لأن[٦] العرب تطلق الاسم لمعنىً، ولا تطرد الاسم، وإن اطّرَد المعنى كتسميتهم (النجم نجمًا)[٧] لظهوره، ثم لا يسمُّون كل ظاهر نجمًا[٨]، وتسميتهم الجنين جنينًا لاستتاره ثم لا يُسمُّون كل مستَتِرٍ جنينًا، وكذلك سموا الدابة دابَّة لدبيبها، ثم لا يسمُّون كل ما يدبّ دابة، وأمثال هذا يكثر.

وإذا ثبت أنه ليس بزنا فلا يجب حد الزنا في غير الزنا، كما لا يجب حد السرقة في غير[٩] السرقة، وحد القذف في غير القذف.

(١) سبق تخريجه ١/٣٧٥.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): إن.
(٤) في (ز): الأسامي.
(٥) في (ز): دليل.
(٦) في (ز): فإن.
(٧) في (ز): العم عما.
(٨) في (ز): عما.
(٩) في (ز): حد.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن[١] اللواطة في معنى الزنا ؛ لأن هذا ممنوع، بل هو دونه من وجهين:

أحدهما: من حيث النظر إلى الواجب، والآخر من حيث النظر إلى السبب.

أما من حيث النظر إلى الواجب فلأن الواجب عقوبة زاجرة، والعقوبة الزاجرة على الجناية إنما تجب بعد توفر الدواعي إلى الجناية، وقد وُجد في[٢] توفر الدواعي إلى الزنا ما لا يوجد في اللواط.

ألا ترى أنه وجد في الزنا دواعي الفعل من قِبل الفاعل، ومن قبل المفعول به الفعل[٣]، وفي اللواط وُجِدَت الدواعي من قِبَل الفاعل، ولم يوجد من قبل المفعول به، فظهر أن اللواط دون الزنا في الدواعي إليه، ومتى كثُرت الدواعي وجب من الزجر لكثرة الوجود ما لا يجب عند قلة الدواعي لقلة الوجود، وهذا ؛ لأنه إذا كثر وجوده وقعت الحاجة إلى الزجر عنه ما لا يقع عند قلة الوجود.

ألا ترى أنه لو فُقد أصل الدواعي[٤] سقط أصل العقوبة بدليل شرب الدم، وإذا وُجد أصل الدواعي[٥] وجب أصل العقوبة بدليل شرب الخمر، وكذلك إذا كثر وقلّ جاز أن يختلف الحكم، وسقط[٦] اعتبار التسوية.

---

(١) في (ز): بأن اللواط.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): الداعي.
(٥) في (ز): الداعي.
(٦) في (ز): فسقط.

ولا يلزم على ما قلنا أنه[1] يوجد اللواط في محل يكون للمفعول به رغبة فيه؛ لأن هذا المعنى يندر في الطبائع والنوادر لا تُعتَبر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال له: إنه توجد الدواعي ببذل الرغائب وتفدية[2] الأعواض؛ لأن ذلك المعنى يعارضه المنع الطبيعي فلا يوجد توفُّر الدواعي، وفي الزنا تتوفر الدواعي لوجود ميل الطبع وتبذل الرغائب أيضًا عند الحاجة إليه.

وأما الوجه الثاني: وهو من حيث النظر إلى السبب فنقول: وُجد في الزنا من الجناية ما لا يوجد في اللواط، وهو إفساد الأنساب، وتلطيخ الفراش، وإيقاع العداوة بين الناس، فقد انضم[3] هذه الجناية إلى جناية قضاء الشهوة لا بطريقه.

وأما في اللواط لم يوجد إلا جناية قضاء الشهوة لا بطريقه.

وأما الجناية بإفساد النسب لا تتصور، فخفت الجناية من هذا الوجه.

يبينه: أن حرمة الزنا كان بهذا الطريق؛ لأن الوطء زنًا حرامٌ، لا من حيث إن فيه قضاء الشهوة، إنما حُرم من حيث إن فيه إفساد الأنساب؛ لأنه لو حرم من حيث قضاء الشهوة لم يحل بحال.

وربما يقولون: إذا لم يكن في اللواط جناية [٣٠٢/ب] على الأنساب كان

---

(١) في (ز): أنه قد.

(٢) في (ز): تقديم.

(٣) في (ز): انضمت.

جناية على محض حق الله تعالى، وإذا كان جناية على محض حق الله فتأخّر الجزاء عليه إلى الآخرة على ما سبق من قبل.

يبينه: أنه إذا لم يثبت النسب ضاع الولد، وهَلَكَ أو يصير كَلًّا على الناس، ولا[1] ينفقون عليه فيهلك، ومثل هذا لا يوجد في اللواط؛ لأن غاية ما فيه أنه يتضمن تضييع الماء، وتضييع الماء لا يودّي إلى إهلاك الولد؛ لأنه لا وَلَدَ حتى يهلك، وفي الزنا إهلاك ولد موجود.

و[2] قال بعضهم: وُجد في اللواط مانع فيه، وهو مباشرة الأذى والخَبَثِ، فإن الدُّبر محلّ النجاسات، وهذا المعنى يُنفّر الطباع، فاستُغني بالزاجر الطبعي عن الزاجر الشرعي كما في شرب الدّم.

أما في القُبل لا[3] يُوجد مثل هذا، فلم تحصل الغُنية بل مسّت الحاجة إلى وجود الزاجر عنه، وصار الأول بمنزلة إتيان البهيمة لا يوجب الحد لوجود الانزجار عنه من حيث الطبع.

الجواب[4]:

من[5] أصحابنا من ادّعي أن اللواط زنا.

واستدل بحديث أبي موسى الأشعري أن النبي ﷺ قال: (إذا أتى الرجل

---

(١) في (ز): فلا.
(٢) في (ز): وقد.
(٣) في (ز): فلم.
(٤) في (ز): والجواب.
(٥) في (ز): أن من.

الرجل فهما زانيان)[1].

وبالقياس وهو: أنه إيلاج فرج في فرج فيكون زنا، **دليله**: إذا وجد في القُبل.

والأولى أن لا ندّعي هذا؛ (لأن الحديث ضعيف)[2].

وعلى أنهم حملوه على أنهما زانيان في الإثم لا حقيقة، بدليل قوله ﷺ: (إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان)[3]، وقال ﷺ: (اليدان تزنيان والعينان تزنيان)[4] الخبر.

وأما إثباته بالقياس فبعيد، لما قالوا، فالأولى أن نسلّم لهم أنه ليس بزنا؛ لكنه مثل الزنا فيجب فيه ما يجب في الزنا.

ولا نقول: هو حد الزنا، بل هو حد اللواط إلا أنه أشبه حد الزنا لما بيَّنَّا.

وقولهم: إنه دون الزنا.

قلنا: لا، بل هو مثله.

وأما الوجه الذي ذكروه أولًا من قولهم: إنه وجد في الزنا داعيان[5]،

---

(١) رواه البيهقي في سننه ٨/٢٣٣، وقال في إسناده: محمد بن عبد الرحمن لا أعرفه وهو منكر بهذا الإسناد.
وينظر: التلخيص الحبير ٤/١٠٣، وإرواء الغليل ٨/١٦.

(٢) في (ز): فإن الخبر في إسناده ضعف.

(٣) ينظر حاشية (١) فهو بقية الحديث.

(٤) رواه مسلم في صحيحه ١٦/٢٠٦ مع النووي، كتاب القدر، باب قدر على ابن آدم حظه من الزنا وغيره.

(٥) في (ز): داعيتان.

وفي اللواط (داعٍ واحد)[1].

قلنا: هذا ساقط على أصولكم، فإنه تجب عندكم الكفارة بالأكل مثل ما تجب بالوطء، وإن كان وُجد في الوطء داعيان[2] من قِبَل الواطئ، ومن قِبَل الموطوءة، ولم يوجد في الأكل إلا (داعٍ واحد)[3].

ثم يقال لهم: لِم[4] قلتم إذا وُجد هناك داعيان[5]، وهاهنا (داعٍ واحد)[6] وجب[7] أن يفترقا في وجوب الحد.

أما قولهم: إنه إذا كثرت الدواعي كثر (وجود الفعل)[8]، وإذا قلّت الدواعي قلّ (وجود الفعل)[9].

قلنا: هذا المعنى في قلة وجود اللواط وكثرة وجود الزنا (يُعارضه معنى آخر في كثرة وجود اللواط وقلة وجود الزنا)[10]، وهو أن الوصول أسهل إلى الصبيان لمخالطتهم الرجال وبروزهم إلى الأسواق والمجامع ويعسر الوصول إلى النسوان، للزومهنّ الدُور ولسترهن بالخُدْر والحيطان في غالب العادات[11]،

(١) في (ز): داعية واحدة.
(٢) في (ز): داعيتان.
(٣) في (ز): داعية واحدة.
(٤) في (ز): ولم.
(٥) في (ز): داعتيان.
(٦) في (ز): داعية واحدة.
(٧) في (ز): يجب.
(٨) في (ز): الوجود.
(٩) في (ز): الوجود.
(١٠) ما بين القوسين ليس في (ز).
(١١) في (ز): العادة.

ولكثرة الحفظة[1] والحُرَّاس عليهن، ولقلة[2] ذلك في جانب الصبيان، وإذا تعارض معنى بمعنى آخر سقط اعتباره، وحكم بالمماثلة والمساواة بينهما[3]، وهذا لأن الامتناع والتّأبّي وإن كان في طبع الصبيان عادة، ولكن ليس طريق الوصول بمتّحد[4]، فإنه وإن[5] لم يُتَوصّل إلى هذا الفعل باتفاق[6] الدواعي[7] من الجانبين فيتوصل[8] ببذل الرغائب، وتفدية[9] الحبائب، وإنفاق المال على ما هو المعهود في طبع المفعول به الميل إلى المال، فقام الميل إلى المال المبذول مقام وجود الميل إلى نفس الفعل في الزنا، وهذا كلام بيّن في غاية الوضوح.

وأما الوجه الثاني الذي قالوه فيدخل عليه وطء الآيسة والصغيرة، وعلى الوجه الأول وطء المحارم من البنات والأمهات.

ولسنا نشتغل بهذا وإن كان وجهُ الإلزام بَيّنًا، ولكن نُجيبُ معنىً فنقول: إن وُجد في الزنا إفساد النسب فقد وُجد في اللواط إعدام النسل، وهذا فوق ذلك بكثير، فإن إهلاك أصل الشيء أكبر من إعدام وصف فيه، وهذا لحقيقةٍ: وهي أن جناية إفساد النسب تبع، فإنه لا يُقصد بالزنا إلا قضاء الشهوة

(١) في (ز): الحفاظ.
(٢) في (ز): وقلة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): بمنسد.
(٥) في (ز): إن.
(٦) في (ز): بإيقاع.
(٧) في (ز): الداعية.
(٨) في (ز): يتوصل إليه.
(٩) في (ز): تقديم.

لصبّ[1] ماء الشهوة، وإنما يفسد النسب تبعًا، وفي اللواط قد وُجد هذا المعنى، فيعتبر ما هو المقصود ولا تقِل الجناية بفوات ما هو تبع، وعلى أن مرجع هذا الكلام إلى أن اللواط جناية على محض حق الله تعالى فيتأخر جزاؤه (إلى الآخرة)[2].

وأما كلامهم الأخير، وقولهم: إن الدبر مسلك النجاسات فكذلك القُبل، وفيه زيادة نجاسة وهي الحيض.

يبينه: أنه لو زنى بالحائض[3] أو النفساء[4] يجب عليه الحد بالاتفاق، ولم ينظر إلى ما قلتم من نفرة الطبع، وعلى القطع نعلم أن نفرة الطبع من وطء الحائض أكبر من نفرة الطبع من إتيان الدُبر.

وأما وطء البهيمة ففيه منعٌ[5] [٣٠٣/أ] وعلى التسليم وهو الأصح[6] ليس هو مثل الزنا، فإنه ليس ثَمَّ فرج مشتهى طبعًا بل كثرة الشعر وسعة المدخل ومخالفة الجنس موانع من الإقدام عليه.

وقد استدل الأصحاب بحديث عكرمة[7]، عن ابن عباس أن النبي ﷺ

---

(١) في (ز): بصب.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): بحائض.
(٤) في (ز): نفساء.
(٥) المهذب ٥/٣٨٦.
(٦) المهذب ٥/٣٨٦، المنهاج ومغني المحتاج ٤/١٤٥ بل يجب التعزير.
(٧) عكرمة بن عبد الله مولى ابن عباس أصله بربري، ثقة، ثَبْت عالم بالتفسير ولم يثبت تكذيبه عن ابن عمر ولا يثبت عنه بدعة من الثالثة مات سنة ١٠٧هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٢٤٣.

قال: (مَنْ وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به)[1][2] وهذا نص. والله أعلم.



※ (مَسْألَة):

مذهب الشافعي رضي الله عنه: أن السيد يملك إقامةَ الحد على مملوكه[3].

وعندهم: لا يملك[4].

❖ لنا:

حديث علي بن أبي طالب أن النبي عليه السلام قال: (أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم)[5].

وروى أبو هريرة أنّ النبيّ عليه السلام قال: (إذا زنت أمةُ أحدكم فليجلدها)[6].

(١) رواه أبو داود في سننه ٤/٦٠٧ مع المعالم، كتاب الحدود، باب فيمن عمل عمل قوم لوط. والترمذي في سننه ٦/٢٤٠ مع عارضة الأحوذيّ، أبواب الحدود، باب في حد اللوطي. وابن ماجه في سننه، كتاب الحدود رقم الحديث (٢٥٦٤)، باب من عمل عمل قوم لوط. والدارقطني ٣/١٢٤، الحاكم ٤/٣٥٥، ينظر: التلخيص الحبير ٤/٥٤.

(٢) في (ز): وهو.

(٣) النكت ورقة ٢٧٤/أ، الحاوي ١٣/٢٤٤، المهذب ٢/٢٧١، التهذيب ٧/٣٢٨، مغني المحتاج ٤/١٨٧، كتاب الحدود من الشامل ص٢٣٣، كتاب الحدود من التعليقة ص٤٢٨، النووي على مسلم ١١/٢١١.

(٤) الأسرار ٢/١٧٠/أ، المبسوط ٩/٨٠، رؤوس المسائل ص٤٨٥، تبيين الحقائق ٣/١٧٢، مختصر اختلاف العلماء ٣/٢٩٨.

(٥) رواه مسلم في صحيحه ١١/٢١٤ مع النووي، باب حد الزنا، والدارقطني في سننه ٣/١٥٨.

(٦) رواه مسلم في صحيحه ١١/٢١١ مع النووي، باب حد الزنا. =

وفي رواية: (فليجلدها الحد)[1] والخبر نص، وكذلك الأول.

قالوا: إنما فوض إلى السادة إقامةَ الحد، وأمرهم بالجلد على معنى رفع ذلك إلى السلطان ليقيم الحد، فيكون إضافة تسبب لا إضافة مباشرة، وحمل بعضُهم الخبر على التعزير.

قلنا: كِلَا التأويلين ضعيف.

أما الأول: فهو عدول عن الحقيقة إلى المجاز؛ لأن قوله: أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم) وقوله: (فليجلدها) حقيقة المباشرة[2] فلا يجوز صرف الحقيقة إلى المجاز إلا بدليل.

وأما حملهم على التعزير فلا يصح أيضًا؛ لأن الجلد المذكور عقيب الزنا لا يُفهم منه إلا الحد، وعلى أنا قد روينا في رواية (فليجلدها الحد).

ورُوي مثل مذهبنا عن ابن مسعود، وابن عمر، وفاطمة، وعائشة، وحفصة رضي الله عنهم أجمعين، وجماعة[3] أُخَر[4].

والذي يروونه[5] عن بعض الصحابة أنه قال: أربع إلى الأئمة، وَذَكَرَ

= والدارقطني في سننه ٣/١٦٠.
وأبو داود في سننه ٤/٦١٤ مع المعالم، كتاب الحدود، باب الأمة تزني.

(١) رواها الدارقطني في سننه ٣/١٦٢.
(٢) في (ز): في المباشرة.
(٣) النووي على مسلم ١١/٢١١، معالم السنن للخطابي ٤/٦١٥، التعليقة الكبرى، كتاب الحدود ص٤٣٠، ٤٣١.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): يروون.

الحدود[1].

فنحن نقول بذلك، فإن السلطان لو أقام الحد على العبد جاز، والسادة لو أقاموا الحدود يجوز أيضًا، وعلى أنا حملنا[2] ذلك على حد الأحرار.

والمعنى في المسألة نقول: أجمعنا على أن السلطان يملك إقامة الحد فالمولى أولى، وهذا لأن ولاية إقامة[3] الحد قدرة شرعية، فمن كان سببه أقوى شرعًا، فهو أقدر، ونحن نعلم قطعًا أن ملك المحل في السببية أقوى وأحكم من عقد البيعة، وولاية السادة على العبيد فوق ولاية السلطان على الرعية، وهذا لأن العبيد لمواليهم، والرعايا لأنفسهم، وإنما السلطان وازعٌ وناظرٌ فحسب، والسيد مالك، ولهذا المعنى يُؤخر السلطان عن الأقرباء في ولاية النكاح، ويُقدّم السادة حتى إذا كان للأمة سيد وأب في ولاية النكاح تكون للسيد دون الأب.

ويدل عليه: أن السيد يملك من التصرفات في هذا المحلّ ما لا يملكه الإمام في رعيته، فثبت بما قلنا أن المولى أولى بهذا الملك من غيره.

ونستدل بالتعزير في حقّ الله تعالى، وذلك إذا ترك الصلاة وما يشبه

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه بإسناده عن الحسن قال: أربعة إلى السلطان: الصلاة والزكاة والحدود والقضاء.
وبسند آخر عن عبد الله بن محيريز، الجمعة والحدود والزكاة والفيء إلى السلطان، وكلها آثار وليست مرفوعة.
ينظر: مصنف ابن أبي شيبة ٥٥٣/٩، كتاب الحدود رقم ٨٤٨٧، ٨٤٨٨، ٨٤٩٠، ٨٤٩٠.
وقال الزيلعي في نصب الراية: غريب ٣٢٦/٣.

(٢) في (ز): نحمل.

(٣) ليست في (ز).

ذلك من المعاصي فإن للسيد أن يعزّره بالإجماع، فكذلك الحدّ[1] جاز أن يفعله؛ لأن كلَّ واحد نظيرُ الآخر، وإن كان أحدهما مقدَّر، والآخر غير مقدَّر.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: الحد محض حق الله تعالى فلا يملك غير الإمام استيفاءه.

دليله: الحد على الأحرار، وهذا لأن النائب عن الله تعالى في استيفاء حقوقه هو الإمام بدليل سائر الحقوق لله تعالى، فإنه يستوفيها الأئمة.

ولأنا وجدنا في الشرع حقوقًا تمحضت لله تعالى، ولا بد لها من مُستوفٍ، لأنها إذا لم تُستوف ضاعت، ولا يجوز تفويضُها إلى كل واحد من آحاد المسلمين؛ لأنه يؤدّي إلى مفسدة عظيمة، إما التنازع وإما التواكل فيضيع حق الله تعالى في الواسطة[2]، فالله تعالى جعل السلطان نائبًا عن نفسه في استيفاء حقوقه، وعيَّنه لذلك، وصار غيره[3] مسلوب الولاية في ذلك فلم يجز له استيفاؤه سواء كان مولى أو أجنبيًا كما أنه صار غيره مسلوب الولاية في إقامة الحدِّ على الحر سواء كان أبًا أو غيره، وهذا لحقيقةٍ: وهي أن السيد ولي حقوق نفسه؛ لأن الملك له فيستفيد بالملك ولاية استيفاء حقوقه التي هي له ليكون المستفاد موافقًا للسبب، وأما الإمامة من حقوق الدِّين فيُملك بها استيفاء كل ما هو حق راجع إلى محض الدِّين.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن في الحد إصلاح الملك لما فيه من تحصين

---

(١) في (ز): واحد منهما.
(٢) في (ز): الوسط.
(٣) في (ز): وغيره.

العبد، وإعفافه فيملكه السيد، ويصير الحد من هذا الوجه حقًا له، وذلك لأن الحدَّ محض حق الله تعالى؛ لأنه وجب لهتك حرمات الدِّين، والدِّين خالص لله تعالى، فما يجب بالجناية على حدوده وهتك [٣٠٣/ب] حرماته يكون خالصًا لله تعالى، وأما إصلاح المحل تبع[١]، والأصل ما بيَّنّا[٢]، ولهذا المعنى لم يصح العفو عن السادة في ذلك ولو كان لحقهم جاز لهم العفو عنه، ولهذا المعنى جاز للإمام استيفاؤه من العبيد ولو كان لإصلاح المحل أو حقًّا من حقوق الملك، لم يملك[٣] سوى السادة.

وزادوا زيادة، وقالوا: القدرة لابد منها في ولاية الاستيفاء، وهي لا توجد إلا للسلطان، وذلك بالشوكة والمَنَعة، فأما غيرُ السلطان لا يُوجد له القدرة على الاستيفاء؛ لأن الضرب فعل مُؤلم مُوجع، والمضروب يمتنع منه بطبعه، ويهرب من إقامة الحدّ عليه، أو يستغيث بالناس؛ لأنه يُفعَلُ على ملأٍ منهم، فيدفعون المولى عنه فلابد من شوكةٍ ومنعةٍ لمن يقيم الحد، وليس ذلك إلا للسلطان، فدل أنه متعين (لإقامة الحدود)[٤] من هذه الوجوه.

قالوا: وأما التعزير لحق الله تعالى فلا يجوز إلا للإمام، وإن سلمنا فلأنه ضرب يسير فيملكه غير الإمام، ولا يحتاج إلى شوكة ومنعة؛ لأن الضرب فيه متعيّن؛ لأنه إذا حصل المقصود بالقول من التعيير والتبكيت، فاقتصر[٥] عليه يجوز.

---

(١) في (ز): تبعه.
(٢) في (ز): بيناه.
(٣) في (ز): يملكه.
(٤) في (ز): لإقامته.
(٥) في (ز): واقتصر.

وذكروا طريقة أخرى: وهي أن العبد في أصل وجوب الحد عليه بمنزلة الحر؛ لأنه وجب عليه من حيث إنه نفس مخاطبة، وهو في هذا بمنزلة الحر، وليس مما يمسُّه الملك بحال، وأما ملك السيد من حيث إنه مال فلا (تعلق بالحد)[1] بهذا المعنى، فصار في حق السيد أجنبيًّا عن سبب الحد، وإذا لم يلتق السببان بحال، وتقاطعا من كل وجه لم يجز أن يملك إقامة الحد عليه، وأشبه العبد حرًّا آخر فيه[2].

وحرفهم: أن السيد لو كان له ولاية الحد[3] لكان بالملك، وإذا لم يكن للملك أثر فيما يوجب الحد لم يجز أن يملك به إقامة الحد.

❁ **الجواب**[4]:

أما قولهم: إن الحدَّ محض حق الله تعالى.

قلنا: قد نازع في ذلك بعض أصحابنا[5]، وزعم أن الحد مشوب بحق السيد؛ لأن فيه إصلاح ملكه، إلا أن الأولى هو التسليم لما قالوا[6]، لكن نقول: يملك السيد إقامة الحد مع كونه حقًّا لله تعالى، وإنما كان كذلك؛ لأن الأصل أن جميع المسلمين خصماء[7] في حق الله تعالى ليستوفُوه، وهذا لأن فيه إيفاء حق الدِّين، وكل ذي دِين خصم في إيفاء حق الدِّين.

---

(١) في (ز): يُعلق الحد.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): والجواب.
(٥) المهذب ٥/٣٨٩.
(٦) المهذب ٥/٣٨٩.
(٧) في (ز): خصوم.

ألا ترى أن كل أحد يدعو إلى الله تعالى، ويأمر بالمعروف، وينهى عن المنكر، ويقوم بأنواع الحسبة غضبًا لله تعالى في دينه وتعصُّبًا له، إلا أنا لو فوَّضنا إقامة الحد إلى كل واحد من آحاد المسلمين أدّى إلى ما قالوه فلابد أن يتعين له مَنْ يقيمه، وأولى مَنْ يتعين في العبيد هم السادة لثبوت ولايتهم على المحل، فصار السيد في هذه الصورة مثل الإمام في حق الأحرار، بل أولى لما قدَّمنا[1].

يدل عليه: أن محل إقامة الحد يصير بالجناية ساقط الحرمة، وهو يدُ السارق، وظهرُ الزاني البكر، والقاذفُ، وروحُ الزاني المحصن، وإذا صار ساقط الحرمة فنزل[2] منزلة محل مباح بأصل الخلقة، فيجوز لكل أحد تناول الحق منه، مثل الصيد لمن يصطاد، والحطب والحشيش لمن يحتطب ويحتش، غير أنّا إذا جعلنا الناس فيه شرعًا سواء أدّى إلى مفسدة عظيمة وهو تضييع الحد، أما بالتنازع أو التواكل فلابد من واحد يتعين لإقامة الحد فنظرنا إلى الأولى على ما سبق.

(فإن قالوا: إذا اعتبرتم)[3] هذا الأولى وجب أن لا يبقى للإمام إقامةُ الحد، وقد بقي بالإجماع، أو ينبغي أن يجوز لكل أحد أن يقيم الحد على نفسه؛ لأنه أولى الناس بنفسه، ويتصور أن يأمر غيره بجلده أو يقطع يد نفسه.

قلنا: عندنا هو إلى السادة، ولا ينبغي للإمام أن يستبد بإقامة الحد، بل

---

(١) في (ز): لما قدمناه.
(٢) في (ز): ينزل.
(٣) في (ز): فإن قيل: فإذا نظرتم إلى.

يتركه ليقيم السيد عليه[1] إلا أنه إذا خاف أن لا يُقيمَ، يقيم هو حتى لا يتعطل، مثل الزكاة يُودِّيها مَنْ عليه، ويتركها له الإمام حتى يؤدّيها، فإن خاف أن لا يؤدّيها أخذها الإمام.

وهذا الجواب أولى مما يقال: إن الإمامَ الأعظم يملك، والحاكم يملك؛ لأن الحاكم نائب الإمام في تلك الصورة، والسيد ليس بنائب للإمام[2] في هذه الصورة، وأما إقامة الحد على نفسه لا يتصور.

وقولهم: إنه يُفوّض إلى غيره.

قلنا: إنما يملك تفويضه إلى غيره إذا مَلَكَ بنفسه، وأما التعزير فلازم جدًّا، ونُعيّن في التعزير على ترك الصلاة.

وقولهم: إن السيد لا يملك في هذه الصورة.

قلنا: هو خلاف الإجماع، وإن قلت [٣٠٤/أ]: يقيمه السيد، ويقيمه الإمام فيودّي إلى إقامة تعزيرين على جناية واحدة، وأما الأب إنما لا يملك إقامة الحد؛ لأن إقامة الحد إنما يكون بولاية كاملة، والولاية الكاملة للآباء إنما هي[3] على الصغار، ولا حَدّ على الصغار.

وأمَّا البكر البالغة فولايته عليها ناقصة، ولهذا لا يملك الولاية في مالها، ويكون اختيار الأزواج إليها، وأما ولاية السادة فنهاية في الكمال.

---

(١) في (ز): عليه الحد

(٢) في (ز): الإمام.

(٣) في (ز): تكون.

وأما الجواب من الوجه الثاني: وقولهم: إن الحد يجب من حيث إنه نفس مخاطبة، وليس الملك من هذا الوجه.

قلنا: مسلَّم، إنه ليس الملك من هذا الوجه، ولكن (النفس المخاطبة مملوكة للسيد، وثبوت ولاية إقامة الحد من هذه الجهة، فلأن)[1] العبد نفس مخاطبة وجب عليه الحد، ولأن النفس المخاطبة مملوكة للسيد، فجاز للسيد إقامة الحد عليه.

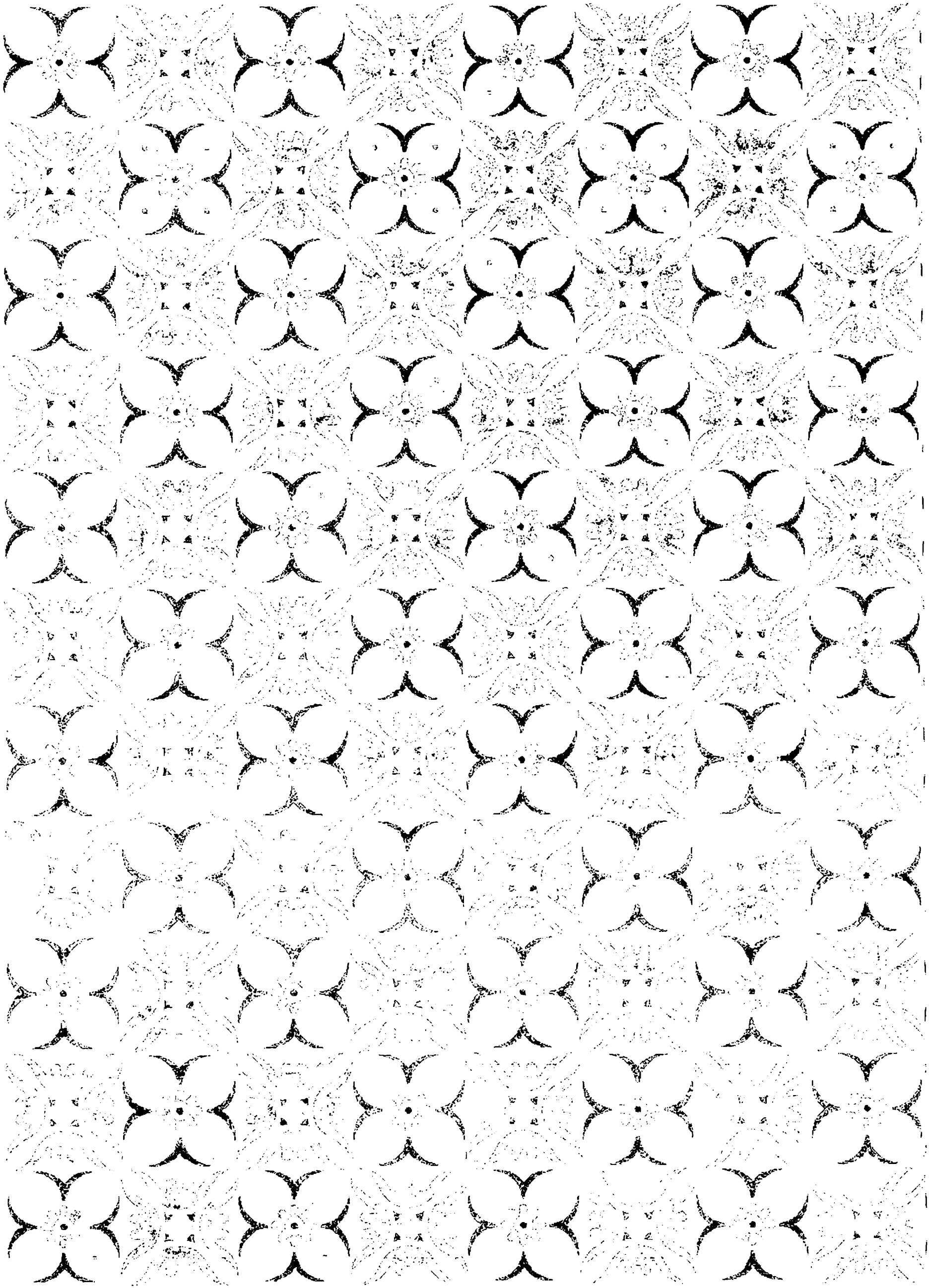
ثم نقول: يجوز أن يختلف سبب وجوب الحد وسبب إقامة الحد، ألا ترى أن الحر يجب عليه الحدّ من أجل أنه نفس مخاطبة، والإمام يملك إقامة الحد من أجل اجتماع الناس عليه وعقدهم البيعة[2]، وهذا السبب أجنبي عن ذلك السبب.

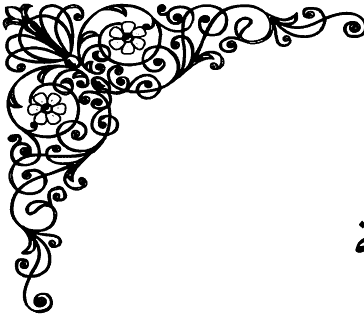
وعلى أنا قد بيّنّا أن إباحة المحلّ توجب لكل أحد أن يملك إقامة الحد إلا أنه لابد من متعيِّن (لئلا يضيع الحدّ)[3]، وقد قام الدليل على تعيّن السيد، وفي الحر لم يقم الدليل على تعيّن الحد[4] سوى الإمام.

وإذا قررنا على هذا الوجه سقط هذا الكلام؛ لأن نهاية كلامهم أن يقولوا في هذه الطريقة: إن العبد بمنزلة الحر[5]، وقد تبين الفرق بين الحر والعبد لما بيّنّا[6]. والله أعلم.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): البيعة له.
(٣) في (ز): حتى لا تضيع الحدود.
(٤) في (ز): أحد.
(٥) في (ز): حُرٍ.
(٦) في (ز): بما بيناه.






كتَابُ السَّرِقَة

※ (مَسْأَلة):

ما يوجد أصله مباحًا في دار الإسلام يجب القطع بسرقته عندنا، وكذلك الثمار الرطبة وكل ما يتسارع إليه الفساد[1].

وعندهم: لا يجب[2].

✥ لنا:

إن سبب وجوب القطع قد وُجد، وهو سرقة نصاب كامل من حرز تام، من غير شبهة.

وإن ادّعوا الشبهة، فبعيد؛ لأن الإباحة السابقة بعد زوالها لا يجوز أن يبقى معها[3] شبهة؛ لأن شبهة الشيء لا تبقى بعد زوال ذلك الشيء بالكلية.

ألا ترى أن شبهة الملك لا تبقى بعد زوال الملك، وكذلك العصير إذا

---

(١) أدب القاضي لابن القاص ص٤٩٩ ـ ٥٠٠، الحاوي ٢٧٤/١٣، المهذب ٢٧٨/٢، التهذيب ٣٦٠/٧، كتاب السرقة من الشامل ص٥٨، البيان ٤٣٨/١٢، كتاب الحدود من التعليقة ص٤٧٩.

(٢) الأسرار ١٥٨/٢/أ، الهداية مع فتح القدير ٣٦٤/٥، المبسوط ١٣٩/٩، ١٥٣، رؤوس المسائل ص٤٩٢، اللباب ٢٠٣/٣.

(٣) في (ز): منها.




صار خمرًا لا يبقى فيه شبهة، والخمر إذا[1] صارت خَلًّا لا يبقى منها[2] شبهة، وكذلك في الثمار الرطبة؛ لأن تسارُعَ الفساد إليه، وقرب الهلاك منه لا يوجب شبهة قبل وجود[3] الفساد والهلاك، وهذا كالحيوانات، فإنها تجري إلى الهلاك، ثم قربها إلى الهلاك لا يدل على وجود شبهة في الحال.

يبينه: أن بقاء الشيء في اليوم ليس لبقائه[4] في الغد، حتى يقال: إن فنائه في الغد يوجب نقصانًا في بقائه اليوم، والكلام ظاهر لا يحتاج إلى كثير إطناب.

وأمّا حجّتهم:

قالوا فيما يوجد أصله مباحًا: هذه الأشياء تافهة لخستها، فصار كالتافه لقدره، وهو ما دون النصاب.

قالوا: ونعني «بالتفاهة» استحقار الناس إياها وانعدام عزّتها في النفوس.

ألا ترى أنها توجد مُهانةً مطَّرَحةً في الطرق لا يرغب فيها أحد، وصوروا ذلك في القصب والحطب والحشيش والتبن والسرقين[5] وما أشبه ذلك، وخرج على هذا الذهب، والفضة، والجواهر النفيسة، وكذلك الساج[6] والآبنوس[7] وغيره.

---

(١) في (ز): متى.
(٢) في (ز): منه.
(٣) في (ز): دخول.
(٤) في (ز): كبقائه.
(٥) السرقين: السرجين: الزبل. المصباح المنير (سرج).
(٦) الساج: نوع من الخشب. تحرير ألفاظ التنبيه ص٢١٠.
(٧) الآبنوس: بضم الباء خشب معروف يجلب من الهند، المصباح المنير مادة (الابن).

وقالوا: في الثمار الرطبة إنها ناقصة المالية؛ لأن المال يراد لليوم والغد، فإذا صلح لليوم ولم يصلح للغد انتقص معنى المالية.

وربما يقولون: الرطوبات التي في الثمار مؤدية إلى تلفها، وإذا وُجد المعنى المتلِف في الثمار لعدم شبهة التالف، فأقل ما فيه أن يصير شبهة في سقوط القطع.

وقد احتج بعضهم في الأشياء التي توجد أصلها مباحًا بقوله ﷺ: (الناس شُركاء في ثلاثة: في الماء والكلأ، والنار)[1].

قالوا: والشركة مسقطة[2] للقطع.

وربما قالوا: معنى[3] أن للآخذ لهذا العين)[4] سرقة يشبه الأخذ في [٣٠٤/ب] الأصل إذا كان الشيء مباحًا، (فهذه الشبهة)[5] أوجبت شبهة.

وتعلقوا أيضًا في الثمار بحديث رافع بن خديج أن النبي ﷺ قال: (لا قَطَعَ في ثمر ولا كثَرَ)[6].

---

(١) رواه أبو داود في سننه ٣/ ٧٥٠ مع المعالم، كتاب البيوع، باب في منع الماء.
وأحمد في المسند ٥/ ٣٦٤، وقال ابن حجر في بلوغ المرام: ورجاله ثقات ص٩٤٤ رقم ٩٥٠.

(٢) في (ز): تسقط.

(٣) في (ز): من حيث المعنى.

(٤) في (ز): الأخذ.

(٥) في (ز): فهذا الشبه.

(٦) رواه أبو داود في سننه ٤/ ٥٥٠ مع المعالم، كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه. قال أبو داود: الكثَر: الجمار، والنسائي في سننه ٨/ ٧٩، كتاب السَّرقة، باب ما لا قطع فيه، وابن الجارود في المنتقى ص٢٨١ رقم ٨٢٦، قال ابن حجر في التلخيص «اختلف في وصله وإرساله وقال الطحاوي: هذا الحديث تلقَّت العلماء متنه بالقبول ٣/ ٦٥، وقال في بلوغ=

۞ **الجواب**[1]:

أما دعوى التفاهة فيما يوجد أصله مباحًا، وإسقاط القطع بهذا الوجه، ففي غاية البعد، فإنا نقول: هذه الأشياء أموال عزيزة نفيسة؛ لأن العبرة بالمالية التي فيها، وهي في العزَّة والنَّفاسة مثل المالية في سائر الأموال، ولهذا جاز للأب والوصي بذلُ الذهب والفضة من مال الصبي بازاء هذه الأشياء، وكذلك التجار يبذلون الأعواض النفسية في مقابلتها ويعدُون ذلك تجارة، وبذل الشيء بمثله[2]، ولهذا يجوز على أصلهم أن تكون هذه الأشياء صداقًا للنساء، وإن كان على أصولهم يختص الصداق بِمَا له خَطَرَ وَقَدَر[3] مثل النصاب في السرقة سواء.

وأما استحقار أعيانها في النفوس فذاك معنى[4] يعود إلى كثرة الوجود، وكُلَّما كَثُر وجوده لا يُصان مثل ما يُصان الذي يَقِلّ وجوده.

فأما في[5] المالية وانتفاء الشبهة فالكل واحد.

وأما الذي قالوا[6] في الثمار الرطبة ففاسد أيضًا؛ لأن المالية كاملة

= المرام» وصححه الترمذي وابن حبان ص٢٦٢ رقم ١٢٥٨، وقال الألباني في الإرواء صحيح ٧٢/٨.

(١) في (ز): والجواب.
(٢) في (ز): مثله.
(٣) في (ز): وقدر وشرف.
(٤) في (ز): المعنى.
(٥) في (ز): فيما يرجع إلى.
(٦) في (ز): قالوه.

فيها، وقد بيَّنَّا أن هلاكَها في الغد لا يوجب نقصانًا في مالية[١] اليوم.

وأما الذي قالوا[٢]: إن المال يراد لليوم والغد[٣].

قلنا: هذا فيما يبقى غدًا، فأمَّا الذي لا يبقى[٤]، فإنما يُراد لمدة بقائه مثل الحيوان إنما يراد لمدة، ولا يراد لمثل ما يُراد به الذهب والفضة الذي يجاري[٥] الدهر في بقائه، وكذلك الجواهر التي تبقى الزمان الأطول.

وعلى أنه يبطل بالمهر وأولاد الحيوانات الصغار منها فإنها تراد للغد لا لليوم ومع ذلك لم يوجب هذا نقصانًا في ماليتها.

وقولهم: إن الرطوبات القائمة توجب هلاكَها.

قلنا: بلى، ولكن في الغد أو بعد أيام، فأما في الحال هي[٦] في البقاء مثل[٧] سائر[٨] الجواهر.

وأما الحديث الذي تعلقوا به فمعنى الشركة أنه لا يختص به واحد بعينه، وهذا المعنى قد زال بالأخذ، وإحراز الإنسان إياه.

وعلى أن الشركة المرتفعة لا توجب شبهة بعد زوالها كالشركة في سائر

---

(١) في (ز): المالية.
(٢) في (ز): قالوه من.
(٣) في (ز): للغد.
(٤) في (ز): لا يبقى غدًا.
(٥) في (ز): يحاذي.
(٦) في (ز): فهي.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): كسائر.

الأشياء إذا زالت فكذلك[1] الملك المرتفع لا يوجب شبهة بعد زواله بالإجماع.

وأما قولهم: إن هذا الأخذ يشبه أخذ هذه العين حين كانت مباحًا.

قلنا: مَنْ اعتبر مثل هذا الهذيان يلزمه أن لا يوجب[2] القطع بسرقةٍ مّا؛ لأن أخذ السارق في الصورة يشبه أخذ الموهوب له والمشتري.

وأما الخبر الذي رووه فهو وارد في ثمار المدينة، وقد كانت غير محرزة، ولم يكن على ثمار المدينة حيطان، وعندنا في مثل هذه الصورة لا يجب القطع.

وقد روى عبد الله بن عمرو[3] أن النبي ﷺ قال: (ليس في شيء من الماشية قطع حتى يُؤويها المُراح وليس في شيء من الثمار قطع حتى يُؤويها الجرين)[4] الخبر، وهذا نص في إيجاب القطع بسرقة الثمار الرطبة. والله أعلم.



---

(١) في (ز): وكذا.

(٢) في (ز): يجب.

(٣) في (ز): عمر.

(٤) رواه الدارقطني في سننه ٤/٢٣٦، والبيهقي في سننه ٨/٢٢٦.
والنسائي في سننه ٨/٧٩، كتاب السرقة، باب الثمر يسرق بعد أن يأويه الجرين.
وابن الجارود في المنتقى ص٢٨١ رقم ٨٢٧.
الجرين: الموضع الذي تجفف فيه الثمار. المصباح مادة (الجرين) ص٩٧.

❋ (مَسْأَلَة):

يجب القطع على النَّباش[1] عندنا[2].

وعندهم: لا يجب[3].

وذكر ابن المنذر أن الوجوب قولُ ابن الزبير، والحسن البصري، والشعبي، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز، وقتادة، وحماد، وهو قول مالك، وأحمد[4].

❋ لنا:

إنه وجد سبب القطع فوجب أن يجب القطع.

وإنما قلنا: إنه وُجد السبب؛ لأنه[5] سرقة مال محرز بَلَغَ نصابًا، أما وجود السرقة فلأن السرقة مال مأخوذ على وجه الخِفية والاستسرار، وهو أخذ مال على جهة مسارقة الأعيُن، وقد وُجد؛ لأن المسألة فيما إذا كان القبر بين العمرانات، والمقابر المطروقة، ولابد من مسارقة الأعين في هذه الصورة.

---

(١) النباش: نبش الشيء ينبشه إذا استخرجه بعد الدفن. المصباح مادة (نبش) ص٥٩٠.

(٢) النكت ورقة ٢٧٩/أ، أدب القاضي لابن القاص ص٥٠٠، الحاوي ٣١٣/١٣، كتاب السرقة من الشامل ص١٧٩، كتاب السرقة من التعليقة ص٢٦٣، التهذيب ٣٧٦/٧، مغني المحتاج ٢٠٩/٤.

(٣) الأسرار ١٥٧/٢/ب، المبسوط ١٥٩/٩، تبيين الحقائق ٢١٨/٣، البحر الرائق ٦٠/٥، رؤوس المسائل ص٤٩٣.

(٤) المعالم مع السنن ٥٦٥/٤، المغني ٢٧٦/١٠، البيان ٤٤٨/١٢، الكافي في فقه أهل المدينة ص٥٨٠، القوانين الفقهية ص٢٣٦، الحاوي ٣١٣/١٣.

(٥) في (ز): فلأنه.

وأما قولنا: «مال»، فلأن الكفن مال قطعًا بدليل أنه يجب الضمان على آخذه مثل ما يجب في سائر الأموال، (وهذا لأنه)[1] ثوب مثل[2] سائر[3] الثياب.

وأما قولنا: «محرَز»، فلأن القبر موضع الكفن، ولا يتصور في غير هذا الموضع، والمال يكون مُحرزًا بموضعه.

والحرف المعتمد: أن الإحراز ضد التضييع، وتكفين الميت ليس بتضييع الكفن[4] بالإجماع، وإن احتجنا إلى الدليل فلأن التضييع حرام، والتكفين واجب، والحرام لا يجب بحال وإذا لم يكن تضييعًا يكون إحرازًا، فثبت بهذا الطريق أن الكفن مُحرَزٌ.

ويمكن أن يزاد على هذا، فيقال: الكفن مال، فإما أن يتصور إحرازه أو لا يتصور، فإن لم يتصور فهو محال، وإن تصور فلا يتصور إلا بالقبر؛ لأن كفن [٣٠٥/أ] الميت لا يكون إلا على الميت في القبر.

ونقول أيضًا: إن الميت له حكم الحيّ في اللّباس، (ولهذا المعنى وجب تكفينه وإلا وجود الكفن وعدمه في حقه بمنزلة، دل أنه في حكم الأحياء في اللباس)[5].

والقبر بيته بدليل قوله ـ عليه السلام ـ لأبي ذر ـ (كيف أنت بزمان إذا أصاب

(١) في (ز): وذلك أنه.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): كسائر.
(٤) في (ز): للكفن، ينظر فتح الباري ١٤١/٣.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

الناس فيه موتٌ يكون البيتُ بوصيفٍ[1]) يعني القبر، فالقبر بيته، والكفن ثوبه، وهو في هذا بمنزلة الحي كما بيَّنّا، فصار النباش بمنزلة مَنْ دخل على إنسان بيته، وهو نائم، وأخذ منه لباسه، ولو وُجد ذلك وجب القطع بالاتفاق، كذلك هاهنا.

وذكر أبو داود في كتاب السنن هذا الحديث في باب قطع النَّباش، ثم قال في آخر الباب: قال حماد بن أبي سليمان: تقطع يدُ النَّباش؛ لأنه يدخل على الميت بيته[2].

۞ **وأمّا حجّتهم:**

زعموا[3] أن سبب وجوب القطع لم يوجد.

أما[4] السرقة فلأن[5] النبش ليس بسرقةٍ (لغة وعرفًا)[6]؛ أما من حيث العرف فلأنه[7] يسمى نَبَّاشًا، ولا يُسمّى سارقًا، وأما من حيث اللغة فلأن السرقة أخذ المال على جهة مسارقة عين المالك؛ لأنه المأخوذ منه، وهذا لا يتصور[8] في النباش؛ لأنه يأخذ من الميت، وليس له عين حتى يسارقها.

---

(١) في (ز): ذا ضيق.
وفي السنن: «بالوصيف». قال الخطابي: والوصيف: العبد. ينظر: المعالم ٤/٥٦٤ مع السنن.
(٢) سنن أبي داود ٤/٥٦٤ مع المعالم، باب قطع النباش.
ورواه أيضًا البيهقي في سننه ٨/٢٦٩.
(٣) في (ز): فأنهم زعموا.
(٤) في (ز): وهو.
(٥) في (ز): لأن.
(٦) في (ز): لا لغة ولا عرفًا.
(٧) في (ز): بأنه.
(٨) في (ز): لا يتحقق.

قالوا: ألا ترى أن الله تعالى قال: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسۡتَرَقَ ٱلسَّمۡعَ﴾[1]، وكأن معنى استراق السمع هو أخذ كلام الإنسان حال غفلته عن استراقه، كذلك السرقة هو أخذ مال الإنسان حال غفلته عن سرقته.

قالوا: وأما استراق أعين الناس للنبش، فلا يوجب كون الفعل سرقة؛ لأن استراق أعينهم هو لإخفاء فعله عنهم لقبح ما يرتكبه، كما يُخفى الزنا وشرب الخمر لقبح ما يرتكبه.

قالوا: ولئن تصوّر معنى السرقة في النبش فنعلم قطعًا أنه لا يكون مثل السرقة المعهودة؛ لأن في السرقة المعهودة يوجد استراق أعين الناظرين من سائر الناس، وتوجد أيضًا استراق عين المالك المأخوذ منه ولا يوجد في النبش إلا أحدُهما فيكون دونه في معنى السرقة.

قالوا: ولقصور فعله اختص باسم آخر بخلاف الطّرار[2]، فإنه لزيادة فعله اختص باسم آخر، فإنه يحتاج في الأخذ إلى زيادة حذق لا يحتاج إليه السارق، فإنه يُسارق عين يقظان قائم بالحفظ، والسارق إنما يسارق عين غافل عن الحفظ بنومه، وأما النباش فلا يسارق أصلًا ورأسًا.

قالوا: والحرز أيضًا غير موجود؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون محرزًا بالقبر، أو بالميت، أو بهما.

ولا يجوز أن يكون محرزًا بالميت؛ لأنه لا يحرز نفسه فكيف يُحرز

---

(١) سورة الحجر، آية (١٨).

(٢) الطّرار: يقال: طرَّجيبَه: أي شَقَّه في خفية فوقع المال وأخذه. والطَّرَّار اسم للفاعل: ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص٣٢٦.

غيره؟، وهذا لأنه في حقيقته جماد لا يُحس، ولا فرق على الحقيقة بين خشبة تُلَف في ثوب أو ميت يُلف في كفنٍ.

ولا يجوز أن يكون مُحرزًا بالقبر؛ لأن القبر حفرة في الصحراء، أو في مقبرة[١]، ومثل هذا لا يجوز أن يكون حرزًا كسائر الحفائر، ولهذا لا يكون حرزًا لمال آخر سوى الكفن، ولأن الكفن تبع الميت، فإذا لم يكن الميت محرزًا كذلك كفنه.

ولا يجوز أن يكون محرزًا بهما؛ لأنه إذا لم يكن كل واحد منهما حرزًا كذلك[٢] إذا اجتمعا، وهذا لحقيقةٍ: وهي أن الحرز كل موضع بُني وأُعدّ لحفظ الأموال عادة، والقبر ليس كذلك، بل هو لمواراة سوءة الميت وعورته، وليكون مصونًا عن مخالب السباع، وتبديد الرياح كرامة له، فأما فيما وراء هذا فالقبر وسائر الحفائر[٣] سواء.

وقولكم: إن الميت في القبر بمنزلة الحي في داره.

قالوا: لو صح هذا وجب أن يقال: إن الميت الملفوف في الكفن على شفير القبر إذا أخذ منه الكفن أن يجب القطع عليه كإنسان حي في ثيابه.

والذي قلتم: إن التكفين ليس بتضييع.

قالوا: لا، بل هو تضييع إلا أنه تضييع مصروفٌ إلى حاجة معتبرة، فهو

(١) في (ز): المقبرة.
(٢) في (ز): فكذلك.
(٣) في (ز): الحُفر.

مثل الطعام يأكله الإنسان، والثوب يلبسه الإنسان، فلما[1] أنه تضييع حقيقة لم يكن محرزًا، وَلما أنه مصروف إلى حاجة معتبرة لم يُنهَ عنه، وجاز فعله لهذا[2].

وقلنا أيضًا: إن الأب والوصي إذا فعله من مال الصبي لم يجب الضمان عليهما، وهذان الفصلان معتمدهم أعني نفي السرقة ونفي الحرزية.

وقد قال بعضهم: إن في المالية قصورًا لوجود المتلِفِ، وهو وضعه ليأكله التراب، فقيامُ المتلِف أوجب شبهة.

وبعضهم قال: ليس للكفن مالك.

وإن قلتم: إن المالك هو الميت فالموت ينافي الأملاك، فقيام الموت المنافي للملك يوجب [٣٠٥/ب] شبهة، وإن بقي الكفن على حكم ملكه.

وإن قلتم: (ملك الورثة)[3] فلا يجوز؛ لأنه مشغول بحاجة الميت، والورثة إنما يملكون ما يفضل عن حاجة الميت.

وقال بعضهم في هذه المسألة: إن الكفن مال تَقِلُّ الرغبات في أخذه، فصار كالقَدْر الذي تَقِلُ الرغبات في أخذه، وهو ما دون النصاب.

وبيان قلة الرغبة معلوم بالعادات، وهذا لأن هيبة الموت ومشاهدة الموتى مانعة من الرغبة، ولا فرق في المعنى بين ما تَقِلُّ فيه الرغبة لقلته في

(١) في (ز): فكما.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فهو ملك للورثة.

نفسه وبين ما تَقِلُّ فيه الرغبة لخسته، وهذا لأن القطع يجب للزجر والردع، فلابد أن تتم فيه الرغبات فيقع الحاجة إلى الإيجاب، فإن الحدود لا تجب إلا في مواضع الحاجات على ما عُرف.

قالوا: وأما الأموال في خزائن الملوك فمرغوبة في عينها إلا أن السُّراق يحتاجون إلى تحمل تعب زائد ومخاطرة بالروح، فأما الكفن غير مرغوب في عينه فافترقا بهذا[1] الوجه.

۞ **الجواب**[2]:

أن الكلام على ما سبق[3].

وقولهم: إن السرقة لم توجد.

قلنا: قد وُجدت لما بيَّنَّا من وجود الحد في مسألتنا.

وقولهم: إنه لا يُسارق عين المالك.

قلنا: هذه زيادة أوردوها وشرطوها ليُسقطوا القطع عن النباش، وحقيقة السرقة مستغنية عن هذه الزيادة لوجودها بمسارقة أعين الناظرين.

والدليل على أن هذا القدر كافٍ: أن البيت المقفَل بين دور الناس إذا نُقب واستُخرج منه المال ولا مَالِكَ ثَمَّ، بل نصوّر في موضعٍ لا يتصور سكناه يجب القطع على فاعل ذلك، ولم يوجد إلا مسارقة أعين الناس فبطل ما

---

(١) في (ز): من هذا.

(٢) في (ز): والجواب.

(٣) ينظر: ص ٢٩٠.

قالوه أصلًا بهذا.

وقولهم: إنه يَستر لقُبح فعله.

قلنا: لا، بل ليتمكن من (فعله، فصارت حقيقة)[1] السرقة أخذ مال على وجه مسارق الأعين ليتمكن من فعل الأخذ.

والذي قالوا: إنه دونه قد بيَّنَّا أن تلك الزيادة التي ادّعوها شرطها ملغاة كما ذكرنا[2].

وأما فصل الحرز فقد سبق بيان قولنا: «إن القبر حرز الكفن».

وقولهم: «إنه لا يخلو من كذا وكذا».

قلنا: عندنا القبر هو الحرز، بشرط وجود الميت؛ لأنه إنما صار حرزًا؛ لأنه موضعه ولأنه مال لا يتصور إحرازه بما فوق هذا، وهو معنى قول الأصحاب: إنَّ حرز كل شيء على حسب ما يليق به على ما عُرف من الأمثلة، وإنما يوجد الكفن إذا كان هناك ميت، وأما إذا لم يكن ميت فلا يوجد الكفن، وعندنا: القبر حرز الكفن لا حرز غيره.

وقولهم: «إن القبر لمواراة الميت».

قلنا: هو لهذا ليكون بيتًا له، والتكفين[3] ليكون لباسًا له.

وهذا الطريق الذي قلنا[4] هو المختار وَمَنْ يقول هو محرز بالميت

(١) في (ز): من فعل الأخذ فصار كحقيقة.
(٢) في (ز): ذكرناه.
(٣) في (ز): والكفن.
(٤) في (ز): قلناه.

يدخل عليه (ما قالوه)[1] من الميت على شفير القبر، ولكن الصحيح هو الطريق الذي قلناه من كون القبر حرزًا بشرط وجود الميت، وهو كلام معتمد لا غبار عليه.

وقولهم: «إنه تضييع»، قد بيَّنّا أنه ليس بتضييع.

وقولهم: إنه موضوع للبلَى والتلف.

قلنا: هو موضوع ليكون لباسًا للميت إلا أنه يتلَف بمرّ[2] الدهور، وَكَرّ[3] الأعوام على حسب ما يتلَف سائر الأشياء.

وقولهم: «إنه مصروف إلى حاجة معتبرة، وهي في حقيقته تضييع».

قلنا: ما يكون مصروفًا إلى حاجة معتبرة لا يكون تضييعًا؛ لأن هذه الجهة جهة الانتفاع بالثوب، والتضييع في جهة الانتفاع محال.

وقد أجبنا عن قولهم: «إن في المالية قصورًا»، وعلى أنا[4] أجمعنا أن بإتلاف الكفن يجب من الضمان مثل ما يجب بإتلاف ثوب غير الكفن، ولو كان في المالية قصور لم يستويا في الضمان.

وأما قولهم: «إنه فُقِدَ المالك في الكفن».

قلنا: لا، فإنه باقٍ على حكم ملك الميت.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): بمرور.
(٣) في (ز): وكرور.
(٤) في (ز): أنا قد.

وقولهم: «إن المنافي للملك موجود».

قلنا: بلى، ولكن لا في الكفن، ثم الذي يُبطل هذا الكلام من أصولهم إذا سَرَقَ من التركة المستغرَقة بالدَّين، فإنه يجب القطع على السارق، وهي باقية على حكم ملك الميت، والموت المنافي موجود، ومع ذلك وجب[1] القطع.

وإن قلنا: هو ملك الورثة، فهو صحيح أيضًا، والأول أولى؛ لأن الأملاك للحاجات فإذا أبقى الشرع حاجته أبقى ملكه أيضًا.

وأما قولهم: «إنه مال تَقِلّ فيه الرغبات».

قلنا: لا نسلِّم، بل تكثر الرغبات فيه لكثرته، فأما ندوره لا يُعتَبر بعد أن يكون المال كثيرًا في نفسه، بدليل الأموال في خزائن الملوك، والحصون المحكمة، والقصور ذوات[2] الأحراس الشديدة إلا أن التعب هناك بالهجوم على [٣٠٦/أ] تلك المواضع الحصينة، والتعب هاهنا بتحمل هيبة الأموات، والفعل في الموضعين نادر عادة.

يبينه: أن الرغبة أمر باطن فنعدل عنها إلى السبب الظاهر، وهو بلوغ المال نصابًا على ما عرف في مسائل كثيرة. والله أعلم.



(١) في (ز): يوجب.

(٢) في (ز): ذات.

※ (مَسْأَلَة):

إذا وهب المسروق من السارق بعد ثبوت القطع بخصومة المسروق منه لا يسقط القطع من السارق عندنا[1].

وعندهم: يسقط[2].

❁ لنا:

الحديث المعروف في قصة[3] صفوان[4] بن أمية أن النبيّ - عليه السلام - لما أمر بقطع السارق لخميصته، فقال: هو له يا رسول الله، فقال عليه السلام: (هلا كان قبل أن تأتيني به)[5].

وهذا نص في أن الهبة إنما تمنع من القطع قبل المرافعة إلى القاضي،

---

(١) النكت ورقة ٢٧٨/ب، كتاب الحدود من التعليقة ص٥٣٢، المعالم للخطابي مع السنن ٥٥٤/٤، الحاوي ٣٠٢/١٣، كتاب السرقة من الشامل ص١٤٠، روضة الطالبين ١١٤/١٠.

(٢) الأسرار ١٦٢/٢/أ، بداية المبتدئ مع فتح القدير ٤٠٦/٥، المبسوط ١٨٦/٩، اللباب ٢٠٩/٣، البحر الرائق ٦٩/٥.

(٣) في (ز): خميصة.

(٤) صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي الجمحي المكي صحابي من المؤلفة مات أيام قتل عثمان، روى له البخاري تعليقًا، ومسلم. ينظر: التقريب ص١٥٣.

(٥) رواه أبو داود في سننه ٥٥٣/٤ ـ ٣٥٥ مع المعالم، كتاب الحدود، باب من سرق من حرز. والدارقطني في سننه ٢٠٤/٣، ٢٠٥. وابن ماجه في سننه ح٢٥٩٥، كتاب الحدود، باب من سرق من حرز.
والبيهقي في سننه ٢٦٦/٨، قال ابن حجر في التخليص ٦٤/٤، عند الدارقطني ضعيف لأنه فيها محمد بن عبيدالله العرزمي وهو متروك، وقال في التنقيح: حديث صفوان حديث صحيح رواه أبو دواد والنسائي وابن ماجه وأحمد في مسنده من غير وجه عنه. ا. هـ.

وإذا وُجدت بعد المرافعة لا يسقط، وعلى هذا سقط سؤالهم أنه يحتمل أنه لم يكن سلّم إليه.

يبينه: أنه لو كان[1] الهبة مع التسليم تُسقط القطع لأُمر بالتسليم؛ لأنه عليه السلام كان يتوصّل إلى سقوط القطع بما يجد له وجهًا في الشريعة.

والمعنى في المسألة: هو أن السرقة قد تمت موجبة للقطع، وهذا بالإجماع، والملك الطارئ لم يوجب شبهة في السرقة، فلم يوجب سقوط القطع.

والدليل على أنه لم يوجب شبهة: أن الملك ليس له استناد إلى السرقة السابقة، ولا شبهة الاستناد، فإن الملك لا يتقدم على سببه ولو بلحظة، نعم يجوز أن يتراخى لمانع، أما التقدم فلا سبيل إليه ولا مطمع فيه بحال.

يدل عليه: أن القطع حق الله تعالى، وتمليكه إياه المسروق إنما يعمل في حقه وهو سقوط الاسترداد[2] إن لم يكن استرداد، أما عمله في سقوط حق الله تعالى فلا وجه له كَمَنْ زنى بأمة الغير فوهبها منه لم يعمل[3] في سقوط الحد، كذلك في مسألتنا.

وأمّا حجّتهم:

قالوا: تمكنت شبهة في السرقة بملك السارق المسروق فيسقط القطع.

وإنما قلنا: تمكنت شبهة في السرقة؛ لأن عدم ملك السارق في العين

---

(١) في (ز): كانت.
(٢) في (ز): استرد.
(٣) في (ز): تعمل الهبة.

المسروقة شرط لتحقق السرقة، ولو كان للسارق شبهة ملك بل سِمة ملك لم يجب عليه القطع، وبالهبة الطارئة حصلت له شبهة ملك بسبب اتحاد العين، فإن العين التي ملكها هي العين التي كانت للمسروق منه عند السرقة.

يبينه: أن ملكه لو كان هو الملك الذي كان للمسروق منه بأن أقر له به، أو أقام البينة أنه له تبين[1] عدم وجوب القطع، فإذا كان الملك بسبب جديد حصلت منه فيه شبهة الملك بسبب اتحاد العين، فإذا كانت العين تلك العين، وكان الملك ذاك الملك من وجه فيسقط القطع.

وخرج على هذا إذا زنى بأمة ثم اشتراها؛ لأن الزنا استيفاء منفعة البضع على وجه مخصوص، وتلك المنافع قد تلاشت، وإنما الملك حصل في منافع غير تلك المنافع، وفي مسألتنا حصل الملك في تلك العين التي سرقها.

وزعم بعضهم: أن السرقة بمنزلة القائمة بدليل استيفاء القطع بها، وإذا كانت بمنزلة القائمة، فصار[2] وجود الملك في هذه الحالة بمنزلة وجود الملك في حالة السرقة من وجه.

وقد سلكوا طريقة أخرى في السعي لإسقاط القطع، وهي طريقة فوات الخصومة فيما هو من القضاء بالقطع، والخصومة شرط في القضاء بالقطع بالاتفاق، فإذا فاتت فيما هو من القضاء فلابد من أن يصير معنى مانعًا من بقاء القطع.

وبيان هذا الكلام هو: أن الخصومة لابد منها في القضاء بالقطع، وإن

---

(١) في (ز): من قبل تبيين.
(٢) في (ز): صار.

مَنَعَ مانع فهو باطل؛ لأن كون المسروق ملكًا للمسروق منه شرط لتحقق[1] السرقة، ولا تتصور السرقة إلا بهذا، وثبوت ملكه لابد فيه من خصومته ودعواه.

وأما قولنا: إن القطع من القضاء فلأنه تتميم القضاء وتكميله، فإنه يظهر به، ولولاه لم يكن للقضاء معنى، وما يتم الشيء به ويكمل فإنه منه لا محالة، وإذا كان من القضاء من هذا الوجه، وبالهبة تفوت الخصومة فأخذ القضاء شبهة فوات الخصومة لفواتها في القطع الذي هو من القضاء تتميمًا وتكميلًا.

قالوا: ولهذا المعنى لو رجع الشهود عن الشهادة بعد القضاء قبل[2] الإمضاء سقط القطع، وكذلك إذا ارتدوا، أو فسقوا، أو عَمُوا، أو خَرِسُوا.

وخرّجوا فصل حد الزنا على هذه الطريقة؛ لأن الخصومة ليست بشرط في وجوب [٣٠٦/ب] حد الزنا.

قالوا: وليس كما لو ردَّ المسروق على المسروق منه؛ لأنه ليس بمسقط للخصومة، بل هو مُنهٍ لها، والشيء يستقر بالانتهاء، كالصوم يستقر بوجود الليل، وأما الذي يُبطل الخصومة ويُسقطها فيأخذ منه[3] الخصومة شبهة العدميّة من الأصل.

واستدلوا بدعوى السارق مَلَكَ المسروق فإنه يسقط القطع.

قالوا: وقد نص عليه الشافعي، فإذا كان دعوى الملك يُسقط القطع فحقيقة الملك أولى.

---

(١) في (ز): لتحقيق.

(٢) في (ز): وقبل.

(٣) في (ز): فتأخذ به.

۞ **الجواب**[١]:

إن دعوى[٢] الشبهة دعوى باطلة، ولا سبيل إلى تحصيلها في مسألتنا بحيلةٍ مّا.

وقولهم: «إن العين متحدة»، فليس هذا مما يخيل شبهة فضلًا عن تحقيقها؛ لأن العين الواحدة يجوز أن تكون ملكًا لجماعة على التوالي والتعاقب، فإذا كانت ملكًا لواحد، ثم صارت ملكًا لآخر، فبأيّ طريق يثبت للثاني شبهة الملك قبل وجود ملكه؟ وهم محتاجون إلى إثبات شبهة الملك حال السرقة، وزمان السرقة متقدم على زمان ملكه، فأي شبهة من الشيء قبل زمان وجوده؟، ولئن جاز أن تثبت شبهة قبل زمان الملك جاز أن تبقى شبهة بعد انقضائه وتصرُّم زمانه، وقد أجمعنا على أنه لو باع شيئًا من إنسان ثم سرق منه يجب عليه القطع، ولا يبقى في ملكه السابق في هذه العين شبهة وأمثال هذا يكثر، فعُلم أنهم لا يحصّلون من اتحاد العين إلاّ على مجرد دعوى شبهة من غير حقيقة لها.

وأما قولهم: «إن السرقة قائمة»، فليس كما زعموا، بل هي منقضية مفروغ عنها، والفعل بعد الفراغ منه يستحيل بقاؤه، وأما الاستيفاء لم يكن لقيام السرقة، وإنما كان لوجود السرقة.

وأما الطريقة الثانية: فقد قال بعض أصحابنا: (إن الخصومة ليست بشرط، وليس بشيء، ونسلم)[٣] أن الخصومة لابد منها، ولكن في القضاء،

---

(١) في (ز): والجواب.

(٢) في (ز): دعوى تمكن.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

فأما في الإمضاء فلا.

وقولهم: «إن الإمضاء من القضاء».

قلنا: ليس كذلك؛ لأن القضاء إظهار الواجب، والإمضاء استيفاء الواجب، ولا يُشكل[1] أنهما مختلفان.

ثم نقول تحقيقًا: إن الخصومة إنما شُرطت لا لعين صحة القضاء حتى يقال: إن ما كان من القضاء معنى يُعتَبر فيه الخصومة، بل اعتُبرت لتحقق السرقة، فإنها لا تتحقق إلا بالخصومة على ما سبق من قبل، ثم إذا تحققت السرقة فلا معنى لاعتبار الخصومة من بعدُ؛ لأن الخصومة في الإمضاء ليس إلا الطلب، والقطعُ وجب حقًا لله تعالى، فلا يُعتبر في استيفائه طلب العباد، ولهذا لا يُعتبر طلب المسروق منه القطع، ولو لم يطلُب تُقطع يدُ السارق ولو طلب يكون طلبه لغوًا.

وعلى هذا التحقيق نقول في الملك، وذلك[2] أن[3] عدم مِلك السارق إنما اعتبر في الابتداء لتحقق السرقة ووجودها، فإذا وُجدت وتحققت فبعد ذلك اعتبار هذا المعنى، وهو عدم ملك السارق لغو، فصار وجود ملك السارق وعدمه بمنزلة، ويلزمهم إذا استرد المسروقُ منه المسروقَ فإن الخصومة في هذه الصورة قد انقطعت، ومع ذلك بقي وجوب القطع.

وقولهم: إن هناك انتهت الخصومة.

---

(١) في (ز): شك.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فإن.

قلنا: المعتبر عدم بقاء[1] الخصومة، وسواء انقطعت الخصومة، أو انتهت فقد فات بقاء الخصومة، وعلى أنه يمكن أن يقال: إن كان الخصومة قد انتهت في تلك الصورة فكذلك في مسألتنا بالهبة انتهت الخصومة؛ لأن انتهاء الشيء بحصول المقصود منه، والمقصود من الخصومة حصول المسروق له، وقد وجد إلا أن هناك ظهور حصول المسروق له بعوده إلى يده وهاهنا حَصَلَ المسروق له بنفوذ تصرفه فيه وكل واحدٍ منهما مقصود ومطلوب.

وأما المسائل (فإنهم سلَّموا)[2] الرجوع في الردة وزنا المقذوف أنه يسقط به الحد عن القاذف؛ لأن في هذه الصورة تمكنت شبهة في أصل الجناية، ولأنه إذا رجع يجوز[3] أنه صادق في الرجوع، (وأنه كَذَب)[4] في الشهادة، وكذلك في الردة وقعت منها شبهة في أصل الشهادة؛ لأن الردة نوع خذلان يلحق العبد، وذلك يكون بتوالي المعاصي، وكذلك إذا فُسّق الشهود وقعت شبهة بذلك في أصل الشهادة؛ لأن ظهور الفسق انتهاك الستر، وذلك يُبتلى به العبد عند ترادف المعاصي منه، فأما معصية واحدة فلا، فصار ظهور الفسق منه سببًا موجبًا لتمكن الشبهة في أصل الشهادة.

وأما سائر المسائل مثل عَمَى الشهود وَخَرِسِهم وغير ذلك مما لا يوجب شبهة فلا [٣٠٧/أ] نسلِّم، ونقول: لا يسقط به القطع.

وأما إذا ادّعى السارق الملك في المسروق فإنما سقط[5] القطع بشبهة

(١) في (ز): بقاء حق.
(٢) في (ز): فإنما نسلم منها.
(٣) في (ز): فيجوز.
(٤) في (ز): وكاذب.
(٥) في (ز): يسقط.




الاحتمال، فإنه[1] يجوز أن يكون الأمر على ما قال من ملكه في المسروق، وفي مسألتنا لا شبهة على ما سبق بيانه[2]. والله أعلم بالصواب.



❋ (مَسْأَلَة):

لا يسقط ضمان المسروق بقطع يد السارق عندنا[3].

وعندهم: يسقط[4].

❋ لنا:

إن الضمان قد وجب بالإجماع بدليل وجود سببه، والسبب هو أخذ مال الغير بغير إذنه، وهذا سبب وقوع الآخِذ في عهدة الضمان بقوله عليه السلام: (على اليد ما أخذت حتى تردّ)[5].

والدليل عليه من حيث الحكم: أن الغصب مُوجب ضمان المغصوب

---

(١) في (ز): وأنه.

(٢) ينظر: ص٣٠٣.

(٣) أدب القاضي لابن القاص ص٥٠٣، النكت ورقة ٢٧٨/ب، الحاوي ٣٤٢/١٣، كتاب الحدود من التعليقة ص٦٠٥، أسنى المطالب ١٥٢/٤، البيان ٤٩٨/١٢، كتاب السرقة من الشامل ص٢٥٠، التهذيب ٣٨٧/٧.

(٤) الأسرار، كتاب الديات ص١٢٩، تبيين الحقائق ٢٣١/٣، أحكام القرآن للجصاص ٤٣١/٢، مختصر الطحاوي ص٢٧٠، المبسوط ١٧٧/٩، رؤوس المسائل ص٤٩٤.

(٥) رواه أبو داود في سننه ٨٢٢/٣ رقم ٣٥٦١.

والترمذي في سننه في البيوع ٢١/٦ مع عارضة الأحوذيّ، باب العارية مؤادة وقال: حسن صحيح.

وابن ماجه في الصدمات رقم ٢٤٠٠، باب العارية.

بهذا السبب.

يبينه: أنه وُجد في السرقة ما وُجد في الغصب وزيادة، فلم يجز إخلاؤه عن الضمان.

ويدل عليه: أنه لو هلك المسروق في يد السارق قبل الإخراج من الحرز وجب عليه الضمان، فإذا وجب الضمان في هذه الصورة فكيف يتصور سقوطه بالإخراج؟ ولأنه لو سقط القطع لمعنىً وجب الضمان.

ونصوّر على أصولهم: ما لو سقطت يمين السارق بآفةٍ أو قُطعت ظلمًا أو شَلّت[1] وجب الضمان بالاتفاق، فإذا ثبت وجوب الضمان، وهو مما لا إشكال فيه لم يجز أن يسقط بالقطع؛ لأن القطع حق الله تعالى، والضمان حق الآدمي، واستيفاء حقّ الله تعالى لا يتضمن إسقاط حق الآدمي بدليل الكفارة مع الدية، والجزاء مع القيمة، وعلى أصلهم حد الخمر مع ضمان الخمر فيما لو شَرِبَ خَمرَ ذمي ولا يحتاج ما قلناه إلى مثالٍ، ولأن استيفاء حقّ الآدمي لا يتضمن سقوط حق الآدمي فاستيفاء حق الله تعالى، لأن لا يتضمن أولى[2].

وقد قالوا على أصولهم: إن مَنْ سرق ثوبًا فشقَّه بنصفين في الحرز وأخرجه يُجمع عليه بين القطع والضمان. وهذا لحقيقةٍ: وهو أن الذمة متسعة لوجوب الحقوق الكثيرة فيها، واستيفاء الجميع ممكن فلماذا يُسقط بعضُه بعضًا؟ ولئن جاز أن يُسقط بعضُه بعضًا جاز أن تتساقط كلها.

(١) شَلّت: اليد تشل شللًا إذا فسدت عروقها فبطلت حركتها. المصباح مادة (شَلّت) ص٣٢١.
(٢) في (ز): ذلك أولى.

ويمكن أن يقال: إذا لم يجتمع استيفاؤهما[1] فينبغي أن يسقط حقّ الله تعالى بحق الآدمي، لا أنه يسقط حقّ الآدمي بحقّ الله تعالى على ما هو المعلوم في الشرع.

وأمّا[2] حجّتهم:

قالوا: عصمة العين قد سقطت بإيجاب القطع لله تعالى فوجب أن يسقط الضمان، كما لو أتلف عبدًا مرتدًا، أو أتلف خمرًا على مُسْلِم لمّا سقطت العصمة في أحد المحلين بالارتداد، وفي الآخر بالخمريّة سقط الضمان، كذلك هاهنا.

والدليل على سقوط العصمة: أن القطع لا يجب إلا بسرقة مال معصوم لحق الآدمي مملوك له، وقد وجب القطع لله تعالى، والقطع لحق العصمة، فإن الهتك بالإقدام على المعصوم أخذًا في المال، وقتلًا في النفوس، فإذا كانت العصمة لحق الآدمي لم يتصور وجوب القطع لله تعالى، كما لو كانت العصمة لحق الله تعالى مثل الصيد في الحرم لم يتصور وجوب الضمان للآدمي، وكما لو كانت العصمة لحق زيدٍ لم يجب الضمان لغيره، ولما وجب القطع بالاتفاق دلّ أن العصمة انتقلت إلى الله تعالى، وإذا انتقلت إلى الله تعالى لم يبق معصومًا لحق العبد فلم يجب الضمان له.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الضمان بجنايته على حقّ الآدمي، والقطع بجنايته على حق الله تعالى؛ لأن الحق كله للآدمي.

---

(١) في (ز): استيفاؤها.

(٢) في (ز): أما.

وهذا حرف المسألة، فإنهم قالوا: الحق في المال واحد ولهذا صح من الآدمي فيه البذل والإباحة، ولهذا في الغصب لم يجب إلا الضمان، ولئن وجب التعزير فهو لحق الآدمي أيضًا، بدليل: أنه لو عفا عنه صح، فالمنع من أخذ المال لحق الآدمي خاصة لا غير، والشرع وإن نهى عنه فهو لحقه على الخلوص وإذا كان الحق[1] واحدًا، وقد صار لله تعالى فلم يبق للآدمي.

يبينه: أنه لا يمكن إيجاب القطع إلا إذا جعلنا الحق لله تعالى؛ لأن القطع عقوبة محضة، ولا يجب إلا بما هو عدوان محض، وإنما يتمحض الفعل عدوانًا إذا جعلنا الفعل في هذا المحلِّ محرَّمًا لعينه، فأما إذا كان الفعل محرمًا لغيره لم يتصور تمحض العدوانية؛ لأن الأشياء في الأصل خُلقت مباحة للعباد، وإنما حُرمت في بعض المواضع لما تعلق بها من حقوق بني آدم، فيكون المحلّ مباحًا لعينه محرمًا لغيره، فلا يتمحض عدوانًا، وأما إذا نقلنا الحرمة إلى الله تعالى صار المحل محرمًا لعينه فلا يبقى فيه شبهة الإباحة فيتمحَّض عدوانًا [٣٠٧/ب]، وهو كالخمر حرمتها لعينها إلا أن الهتك هناك[2] بالشرب، وهاهنا بالأخذ، وإذا ثبت هذا الأصل كان من الضرورة سقوط الضمان.

قالوا: فإن قلتم متى تنتقل العصمة؟

نقول: قبيل السرقة حكمًا؛ لأنه شرط وجوب القطع، والشرط للشيء لابد له من الحكم بتقدمه على المشروط، ونظير تقديمه على السرقة تقديم

---

(١) في (ز): الحد

(٢) ليست في (ز).

الملك في قول الإنسان لغيره: «اعتق عبدك عني بألف (درهم)»[١] على العتق إلا أنه في ابتداء السرقة لابد أن تُصادف السرقة حق العبد، ومتى وجب القطع حكمنا بانتقال العصمة إلى الله قُبيل السرقة حكمًا.

وبعضهم قال: قبيل[٢] القضاء بالقطع من القاضي؛ لأن به يظهر الوجوب، وكأنّ[٣] به وَجَبَ.

قالوا: ولا يجوز أن يقال في الحكم بانتقال العصمة إسقاط حق العبد، والقطع وجب لصيانة حقه فكيف يُهدر حقه؟.

قال: هذا مجرد استبعاد مع قيام الدليل على ما قلناه، والعبرة بالدليل لا باستبعاد المستبعِد، وإذا جاز أن تنتقل الحرمة إلى الله تعالى في الخمر شُربًا إذا تخمّر العصير لِمَ لا يجوز أن تنتقل العصمة إلى الله تعالى أخذًا في المال المسروق؟

ولأن إيجاب الضمان لنفع المسروق منه، والنظر له، والقطعُ أنفعُ الواجبين، والنظر فيه أتَمّ؛ لأنه يحصل به صيانة جميع أمواله وأموال الناس، والضمان فيه جبر هذا المال على الخصوص.

قالوا: وليس يدخل على ما قلنا[٤] بقاء ملك المسروق منه؛ لأنا إنما أوجبنا القطع بحق العصمة، لا بحق[٥] الملك.

(١) في (ز): فإن هناك قدم الملك.
(٢) في (ز): قبل.
(٣) في (ز): فكأنه.
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) في (ز): لحق.

ألا ترى أن الخمر مملوكة، ومالكُها لو[1] شربها وجب الحد عليه؛ لأن الحرمة لحق الله وإن كان الملك للشارب، فحرمة الشرب لحق الله هناك مثل حرمة الأخذ لحق الله تعالى هاهنا، والقطع في أخذ المال مثل الحد في الشرب، ثم وجب حد الخمر لحرمة ثابتة لحق الله تعالى، ولم يُنظر إلى الملك، كذلك وجب القطع لحرمة ثابتة لحق الله تعالى بطريق الانتقال ولم يُنظر إلى الملك.

وكان الحرفُ[2]: إن نقل العصمة لوقوع الحاجة إلى النقل حتى يستقيم إيجاب القطع، ولا حاجة إلى نقل الملك، وإذا بقي الملك ثبت حق الاسترداد، وإذا انتقلت العصمة لم يجب الضمان.

قالوا: وعلى هذا نقول: لو استهلك[3] ابتداء لم يجب الضمان لسقوط عصمة المسروق في حق السارق.

ومنهم مَنْ قال: يجب الضمان لكون الإتلاف سببًا مبتدأً فاستقام تعليق الضمان به، وهذا لأنا إنما نقلنا العصمة لإيجاب القطع، فإذا نقلنا وأوجبنا وتمَّ الإيجاب، ووقعت الغُنية عن النقل فبعد ذلك يُحكم بعود العصمة، وإذا عادت العصمة وجب الضمان بإتلاف جديد.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: وجب أن تُنقل العصمة في حق القطع خاصة، ويبقى في حق الضمان؛ لأن الضمان لو وجب لوجب بالسبب الذي يجب به

(١) في (ز): إذا.
(٢) في (ز): فيه إن.
(٣) في (ز): استهلكه.




القطع، فإذا نقلنا في حق[1] القطع لم يمكن أن لا تُنقل في حق الضمان، وهذا؛ لأن النقل إذا وقع مطلقًا لم يمكن التفريق فيما يتعلق بذلك السبب.

وقد احتج بعضهم بالآية، ووجه الدليل: أن الله تعالى جعل القطع جميع الجزاء، وإذا أوجبنا الضمان جعلناه بعض الجزاء وهذا لا يجوز.

واستدلوا أيضًا بحديث عبد الرحمن بن عوف أن النبي - ﷺ - قال: (لا غُرم على السارق بعد ما قُطعت يمينه)[2] وهذا نص.

۞ **الجواب**[3]:

إن دعوى انتقال العصمة دعوى باطلة لوجهين:

أحدهما: لعدم وقوع الحاجة إلى النقل في إيجاب القطع.

والثاني: لعدم الإمكان، وما لا يُمكن بحيلةٍ مّا سقط المصير إليه.

أما الوجه الأول فلأن غاية ما في الباب أن القطع واجب، وقد أمكن إيجابه مع بقاء العصمة لحق الآدمي؛ لأنه قد صادفت السرقة حقًّا لله تعالى بالهتك مع ترك القضاء بالنقل، وهو حق الآمر وحرمته.

وبيانه: أن الله تعالى قد نهى عن السرقة وأمر بالكف عنها، وفي السرقة هتك حرمة الآمر.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) رواه الدارقطني في سننه ١٨٢/٣، والبيهقي في سننه ٢٧٧/٨. ونقل ابن حجر في لسان الميزان عن ابن المنذر قوله «لا يثبت خبر عبد الرحمن بن عوف في هذا الباب» ا. هـ ٣٣/٣.

(٣) في (ز): والجواب.

فإن قالوا: إن النهي كان لحق الآدمي لا لحق نفسه.

قلنا: ما من نهي أو أمر من الله تعالى إلا تعلق[1] به حقه على معنى أن الأوامر كلها حدود الدِّين، والدِّين حقه، فيتعلق[2] بحدود الدِّين حقه.

وأيضًا فإن في ترك[3] موافقة الأمر ترك[4] تعظيم الآمر، كما أن في فعل العبادة تعظيم المعبود، وتعظيم المعبود حق المعبود، وكذلك تعظيم الأمر حق الآمر، فمن هذا الوجه حصلت الجناية على حق الله تعالى مع بقاء العصمة لحق الآدمي.

وكذلك نقول في الغصب إلا أن هناك خفت الجناية على حق الله تعالى فوجب التعزير، وفي السرقة تغلظت الجناية على حق الله تعالى فوجب القطع.

وبيان [٣٠٨/أ] التغليظ: أنه جنى على حفظ الله تعالى، فإن الآدمي في حال غفلته ونومه يعتمد على حفظ الله تعالى، وفي حال يقظته وتنبّهه يعتمد على حفظه، وجنايته على حفظ الله أعظم من جنايته على حفظ الآدمي؛ لأن الجرأة في الهتك هناك أكثر، وهذا هو المعنى على أصلهم أيضًا؛ لأن عندهم لابدَّ من مصادفة السرقة حق العبد ثم الانتقال لضرورة القطع، ولم يُلحقوا الغصب بالسرقة في هذا المعنى، وليس الفرق إلا ما قدمنا[5].

وأما قولهم: إن البذل والإباحة تجري.

---

(١) في (ز): وتعلق.

(٢) في (ز): فتعلق.

(٣) زيادة من (ز) يقتضيها السياق.

(٤) زيادة من (ز) يقتضيها السياق.

(٥) في (ز): ما بينا.

قلنا: قد بيَّنّا وجه تعلق حق الله تعالى بالأمر ثم البذل والإباحة بإطلاق الشرع، (وهذا لا يدل على أن جميع الحق للعبد كما أن المرأة تتزوج بإطلاق الشرع)[1]، ويصح منها الإذن في ذلك، ولا يدل على أن جميع الحق للعبد فإن حق الله تعالى متعلق[2] بالأبضاع بالإجماع.

وأما قولهم: إن العقوبة لا تجب إلا في محرَّم لعينه.

قلنا: هذا بناء على أن الأشياء على الإباحة، ولسنا نسلم ذلك على ما عُرف في أصول الفقه.

وقد قيل: إن المحرَّم لعينه ولغيره واحد، وقد وجب الحد بالزنا وهو غير محرّم لعينه؛ لأنه لو حرم لعينه لم يحل الوطء بحال، وعلى أنا بيَّنّا سبب وجوب القطع على وجه لا يتأتى هذا الكلام، هذا جواب[3].

وأما الوجه الثاني، وهو[4] بيان قولنا: «إن النقل لا يمكن»، وإنما قلنا: «إنه لا يمكن»؛ لأنه لا يخلو إما أن ينقُل قبل السرقة أو بعد السرقة.

أما النقل قبل السرقة لا يمكن؛ لأن النقل لابدَّ له من سبب، وليس السبب سوى السرقة فكيف يُقدِّم المُسبّب على السبب؟ وخرج على هذا فصل الشبكة؛ لأنا لم نقدم الملك على الْمُسبّب؛ لأن السبب نصبُ الشبكة، ولم يقدم عليه.

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): يتعلق.

(٣) في (ز): وجه.

(٤) في (ز): وهو وجه.

وأما المسألة التي ذكروها من قوله: «اعتق عبدك عني على ألف»، فهاهنا السبب للملك[1] هو التماس العتق ولم يُقدَم عليه.

فإن قالوا: قدّمنا على السرقة بالضرورة.

قلنا: تقديم النقل على السرقة بسبب السرقة لا مطمع فيه أصلًا، ولا يمكن بحيلةٍ مّا، وعلى أن مصادفة السرقة مالًا معصومًا محترمًا بحق[2] الآدمي لابد منه لوجوب القطع، فإذا قدمنا النقل على السرقة فات هذا المعنى، ولم يمكن إيجاب القطع.

وأما النقل بعد السرقة فلا يفيد سقوط الضمان، ولا وجوبَ القطع لحق الله تعالى؛ لأن الوجوب قد سبق، وإذا تحقق الوجوب مع العصمة لحق الآدمي فبعد ذلك انتقالها لا ينفع، كما أن سقوطها لا يعمل مثل ما لو سَرَقَ عصيرًا ثم تخمّر أو شاةً ثم ماتت.

وأما قولهم: إنا ننقل العصمة قبل القضاء بالقطع، فليس بشيء؛ لأن القضاء لإظهار الواجب ليس للإيجاب، وإذا وُجد الوجوب والعصمة لحق الآدمي جاز أيضًا أن يوجد القضاء من حيث إظهار الواجب، والعصمة باقية لحق الآدمي.

واعلم أن الجواب الأول على متن المذهب، والجواب الثاني جواب دفاع للطريقة، وهو في نهاية القوة، والتضييق عليهم، وأما فصل الملك (فهو لازم)[3] جدًّا.

---

(١) في (ز): للمملك.

(٢) في (ز): لحق.

(٣) في (ز): وبقاؤه فلازم.

وقولهم: إنه لا ضرورة في نقل الملك.

قلنا: إذا بقي الملك والعصمة إنما يكون لحق المالك وجب أن تبقى العصمة له، وهذا لأن المال المملوك للآدمي لابد منه لوجوب القطع، ولابدَّ منه أيضًا لوجوب الضمان، فإذا استقام تبقية الملك للآدمي والقطع لله تعالى فلِمَ لا يستقيم تبقية العصمة للآدمي والقطع لله تعالى؟ وفي الخمر لا نقول: إنها تكون مملوكة لأحد، وعلى أن الكلام في العصمة الموجبة للضمان، والخمر ليس لها عصمة أصلًا، إنما هي محرمة شرعًا فحسب، وإن ذكروا العبد المرتد فهناك سقطت عصمته أصلًا بجنايته، وفي مسألتنا العصمة باقية إلا أنهم يقولون: انتقلت، وإذا بقيت العصمة وجب أن تبقى لحق المالك.

وأما الإلزام بسقوط العصمة في حق القطع دون الضمان فصحيح، وهذا لأنه انتقلت العصمة للضرورة، ولا ضرورة إلا فيما يعود إلى القطع.

«وعلى الطريقين»[1] مجادلات وإلزامات سوى هذا ذكرناها في التعليق، وما ذكرنا فيه غُنية وكفاية وقد انهدمت الطريقة أصلًا ورأسًا.

وأما تعلقهم بالآية.

قلنا: القطع جميع الجزاء فيما يعود إلى حق الله تعالى، وعلى أنه ليس في الآية أكثر من إيجاب القطع.

وأما كونه كل الواجب أو بعض الواجب يُعرف[2] من دليل آخر.

---

(١) في (ز): وفي الطريقة.

(٢) في (ز): فعرف.

وأما تعلقهم بالخبر فرواه سعد[1] بن إبراهيم عن أخيه المسور[2] بن إبراهيم عن عبد الرحمن بن عوف، والمسور لم يلق جده، فيكون مرسلًا[3].

وفي بعض الروايات سعيد بن إبراهيم [٣٠٨/ب] عن المسور، وسعيد بن إبراهيم لا يعرف[4]. والله أعلم بالصواب.



※ (**مَسْأَلَة**):

إذا سرق عينًا فقُطعت يده فيها، ثم سرقها ثانيًا، قُطعت رجله عندنا[5].

وعندهم: لا يجب القطع بالسرقة الثانية أصلًا[6].

لنا:

إن السرقة الثانية مثل السرقة الأولى، فيجب بها القطع مثل ما يجب بالأولى.

---

(١) سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف ولي قضاء المدينة وكان ثقة فاضلًا عابدًا من الخامسة، مات سنة ١٢٥هـ، وروى له أصحاب الكتب الستة. التقريب ص١١٧.

(٢) المسور بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف مقبول من الرابعة، وروايته عن عبد الرحمن جده مرسلة، مات سنة ١٠٧هـ، روى له النسائي. التقريب ص٣٣٧.

(٣) قاله الدارقطني في سننه ١٨٣/٣.

(٤) سنن الدارقطني ١٨٣/٣، لسان الميزان ٢٢/٣.

(٥) أدب القاضي لابن القاص ص٥٠٢، النكت ورقة ٢٧٩/أ، الحاوي ٣٣٠/١٣، المهذب ٤٤٤/٥، التهذيب ٣٨٧/٧، النووي على مسلم ١٨٥/١١.

(٦) الأسرار ١٦٣/٢، المبسوط ١٤٠/٩، ١٦٦، رؤوس المسائل ص٤٩٦.

ودليل أن السرقة الثانية مثل الأولى: ظاهر لا يحتاج إلى بيان، والاستشهاد بما لو[1] زنى بامرأة فَحُدّ ثم زنى بها مرة أخرى[2]، فإنه يحدُّ ثانيًا، كذلك هاهنا.

يبينه: أنه لم يوجد في هذا الموضع إلا إقامة الحد عليه في جنس هذه الجناية مرة، وهذا لا يمنع وجوب العقوبة ثانيًا عند تجدد الجناية، **دليله:** مسألة الزنا.

۞ وأمّا حجّتهم:

ادّعوا الشبهة في السرقة الثانية، وهي شبهة سقوط العصمة.

قالوا: وبيان هذا أن وجوب القطع بسرقة هذه العين أوجب عصمتها على ما سبق بيانه في المسألة الأولى.

قالوا: والعصمة وإن عادت باسترداد العين إلا أن المحلّ هو ذلك المحلّ، فبحكم اتحاد المحلّ بقيت شبهةٌ من سقوط العصمة، فأوجبت سقوط القطع.

وربما يقولون: المسقط للعصمة قائمة[3]، وهو القطع فبقيت شبهة لقيام المسقط، وإن عادت العصمة بالاسترداد.

قالوا: وليس كما لو باع هذه العين من إنسان، ثم سرقها منه السارق

---

(١) في (ز): إذا.

(٢) في (ز): ثانية.

(٣) في (ز): قائم.

الأول؛ لأن الملك في هذه المسألة غير الملك الأول، فصار تجدد الملك كتجدد العين، وفي مسألتنا الملك هو الملك الأول والعين متحدة على ما بيَّنَّا فتمكنت شبهةٌ من اتحاد العين.

وبعضهم منع المسألة على إحدى الروايتين، قالوا: وليس كما لو سرقها إنسان آخر؛ لأن الشبهة وجدت في حق السارق الأول؛ لسقوط عصمة العين في حقه، ولم توجد في حق سارق آخر؛ لأن العصمة لم تكن سقطت في حقه، وأما إذا سرقها هذا السارق من يد السارق الأول، إنما لم يجب القطع؛ لأن العصمة في تلك الصورة ساقطة في حق السارق الأول، فوجدت شبهة في حق السارق الثاني لاتحاد العين، وبعد الاسترداد ارتفع سقوط العصمة، وإنما بقيت شبهة السقوط فلا يحصل من الشبهة شبهة في حق السارق الثاني؛ لأن شبهة الشبهة غير معتبرة؛ لأنها لو اعتبرت أدّى إلى ما لا يتناهى.

قالوا: وليس كما لو سَرَقَ غَزْلًا فردَّه إلى المسروق منه، وقُطعت يده واُتخذ[١] منه كرباسًا[٢]، ثم سُرِق منه[٣] أو سَرَقَ نُحاسًا، فقُطعت يده، ثم رُدَّ إلى المسروق منه، فاتخذ منه آنية، ثم سرقه ثانيًا؛ لأن في هاتين المسألتين وأمثالهما ليست العين تلك العين، بل صارت عينًا أُخرى بالصنعة، ونحن إنما ادّعينا الشبهة باتحاد العين، فإذا اختلف[٤] العين لم يوجد شبهة.

واستدل عامة مشايخهم بحد القذف، قالوا: لو قَذَفَ إنسانًا فَحُدَّ، ثم

(١) في (ز): فاتخذ.
(٢) الكرباس: الثوب الخشن. المصباح مادة (الكرباسَ).
(٣) في (ز): منه ثانيًا.
(٤) في (ز): اختلفت.

قذفه ثانيًا لم يُحدّ، والجامع بينهما أن كل واحدٍ منهما حد يفتقر استيفاؤه إلى الخصومة.

❁ **الجواب**[١]:

إن هذه المسألة بناء لهم على الطريقة المذكورة في المسألة، وقد بينا فسادها.

وعلى أنه إن سَلَّم لهم مُسَلِّمٌ فدعوى الشبهة باطلة؛ لأن العصمة عادت باسترداد العين وإذا عادت عادت بجملتها، فلم يبق شبهة كالخمر إذا تخلل لا تبقى فيه شبهة الخمرية حتى لو سرقه وجب الحد، وكذلك مَنْ مَلَكَ عينًا وباعها من غيره، ثم سَرَقَها منه وجب عليه القطع ولا يبقى من ملكه السابق شبهة.

وبهذه المسألة ينتقض قولهم: إن العين واحدة، فإن في هذه الصورة العين واحدة ومع ذلك لم يُحكَم بوجود الشبهة بحكم اتحاد العين.

وأما عذرهم عما لو باع من آخر ثم سَرَقَ منه السارق الأول بأن الملك تجدد بالشراء، فهذا[٢] فاسد؛ لأن الملك هو ذلك الملك، والعين تلك العين إلا أن المالك تجدد.

والدليل على أن الملك هو ذلك الملك: أنه لو حلف بعتق عبده ثم باعه لا ترتفع اليمين، ولو تجدد الملك لارتفع[٣]، والمسألة على قولهم وأحد

---

(١) في (ز): والجواب.

(٢) في (ز): فهو.

(٣) في (ز): لارتفعت.

قولي الشافعي.

وأما مسألة السرقة من سارق آخر فلازمة على ما قالوه إذا قرنت سرقة[١] ذلك السارق قبل الاسترداد، فإن القطع لم يجب عندهم قبل الاسترداد، ووجب بعد الاسترداد كذلك في حق السارق الأول إذا سرق بعد الاسترداد جاز أن يجب عليه القطع.

وقولهم: إن في تلك المسألة إنما وجدت شبهة الشبهة.

قلنا: اجعلوا شبهة الشبهة مانعة من وجوب القطع، فإن الشبهات (في الصور)[٢] التي تتعلقون بها في كثير من المسائل هو[٣] في الحقيقة دون [٣٠٩/أ] هذا[٤] الشبهة فهلا تعلقتم بهذه الشبهة في هذه الصورة.

وحرف الإلزام في هذه المسألة: أن بالاسترداد يُجعل سقوط العصمة كالعدم بدليل هذه المسألة.

وأما مسألة القذف فلست بمسلمة على الإطلاق، ولو قُذِفَ بزنا آخر يجب الحد، وإذا قُذِفَ بالزنا الأول[٥] لا يجب؛ لأن القذف الثاني هو القذف الأول، فإن القذف إخبار، والخبر وإن تكرّر فيكون الثاني هو الأول كالأقارير والشهادات، وفي مسألتنا السرقة الثانية جناية أخرى، وفي الأفعال لا يتصور

(١) في (ز): بسرقة.
(٢) في (ز): الضرورية.
(٣) في (ز): هي.
(٤) في (ز): هذه.
(٥) في (ز): الثاني.

تكرير[1] الأول بخلاف الأقوال.

وأما إذا أطلق القذف ففيه وجهان، وسقوطه في أحد الوجهين لاحتمال أن يكون القذف الثاني هو الأول. والله أعلم.



❊ (مَسْأَلَة):

تقطع اليد اليسرى من السارق في المرة الثالثة، والرجل اليمنى في المرة الرابعة[2].

وعندهم: لا تقطع[3].

❊ لنا:

قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾[4].

واسم الأيدي من شخصين يتناول كلتا[5] اليدين منهما كالرِّجْلْ، تقول: إن فلانًا وفلانة يعملان[6] بأيديهما في كذا.

---

(١) في (ز): تكرر.

(٢) أدب القاضي لابن القاص ص٥٠٢، والنكت ورقة ٢٨٠/ب، والمهذب ٥/٤٤٤، والتهذيب ٧/٣٧٩ ـ ٣٨٢، وكتاب الحدود من التعليقة ص٥٦٧، والحاوي ١٣/٣٢١، وكتاب السرقة من الشامل ص١٩٦، وشرح النووي على صحيح مسلم ١١/١٨٥.

(٣) الأسرار ٢/١٦٠/ب، والمبسوط ٩/١٦٦، ورؤوس المسائل ص٤٩٦، وأحكام القرآن للجصاص ٢/٤٢٣.

(٤) سورة المائدة، آية (٣٨).

(٥) في (ز): كلا.

(٦) في (ز): يحملان.

يبينه: أن الأيدي اسم جمع، وهو في الاثنين مجاز.

وقد قالوا: إن المراد من الأيدي يمينا[١] السارق والسارقة بدليل قراءة ابن مسعود، «فاقطعوا أيمانهما»[٢].

والجواب: أن هذا ترك الحقيقة، فلا يجوز إلا بدليل.

وأما قراءة ابن مسعود التي ادّعوها فلا يُعرف ثبوتها، ولابد من نقل في مثل هذا، إما بالتواتر أو بالآحاد[٣]، ولم يوجد واحدٌ منهما، على[٤] أنا نقول بتلك القراءة، وأنتم لا تقولون بمقتضى هذه القراءة فالحجة متوجهة[٥].

يدل عليه: أن ما ادّعيتم تقييد القراءة المعروفة، وفي زعمكم أن (تقييد المطلق)[٦] زيادة، والزيادة نسخ، ونسخ القرآن لا يجوز بمثل هذا الدليل.

وقد روى الأصحاب أخبارًا عن النبي ﷺ تدل على ما ذهبنا إليه نصًا قولًا وفعلًا برواية جابر[٧]، وأبي هريرة[٨]، ....

(١) في (ز): يمين.
(٢) أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٢٣، وجامع البيان ٦/١٤٨.
(٣) جامع البيان ٦/١٤٨، سنن البيهقي ٨/٢٧٠، وقال ابن حجر في التلخيص الحبير: «فيه انقطاع» ٤/١٣٢.
(٤) في (ز): وعلى.
(٥) في (ز): متوجهة عليكم.
(٦) في (ز): التقييد للمطلق.
(٧) رواه الدارقطني في سننه ٣/١٨١ وفيه يزيد بن سنان وابنه محمد كلاهما ضعيف. ينظر كلام الدارقطني فيهما: ١/١٧٢ من السنن.
(٨) رواه الدارقطني في سننه ٣/١٨١، قال ابن حجر: في إسناده الواقدي. التلخيص الحبير ٤/١٢٧.
=

وعن أبي بكر[١]، وعمر[٢] رضي الله عنهما: أنهما اتفقا على قطع اليد بعد قطع اليد والرجل.

وهم يدّعون النسخ في الأخبار، ويحتجون بقول علي رضي الله عنه حين أُتى بسارق سرق بعد ما قُطعت يده ورجله، فقال: إني أستحيي من الله أن أدع[٣] الآدمي كالبهيمة ليس له يد يأكل بها، ويستنجي بها[٤]، ودعوى النسخ بلا دليل باطلة، وبين الصحابة خلاف، وظاهر الآية معنا.

وأما الكلام من حيث المعنى فالأصحاب تعلقوا بالآلة، وقالوا: اليسرى آلة للسرقة[٥]، أو آلة باطشة كاليمنى.

يبينه: أن القطع واجب للزجر، والمطلوب من إيجابه نفي السرقة عن العالم، وهذا المعنى في إتلاف الآلة أظهر[٦]، فجاز أن يُجعل هذا علة إذا وُجد محلًا يقاس عليه.

وهم يقولون: إثبات محالّ العقوبات بالقياس باطل مثل أصل العقوبات، ومثل أسبابها ويدّعون أن لا مدخل للقياس في معرفة مقادير الجنايات ومقادير العقوبات عليها وإنما سبيل معرفة أمثال هذا النص لا غير،

= وقال الألباني في الإرواء ٨/٨٨: «والحديث صحيح بمجموع طرقه».

(١) رواه الدارقطني في سننه ٣/١٨٣ ـ ١٨٤.

(٢) رواه الدارقطني في سننه ٣/١٨١.

(٣) في (ز): أترك.

(٤) رواه الدارقطني في سننه ٣/١٨٠.

(٥) في (ز): السرقة.

(٦) في (ز): ظهر.

وزعموا على هذا أن إيجاب الكفارة بالأكل والشرب في صوم رمضان ليس بالقياس لكن بطريق الاستدلال.

وقالوا أيضًا: أخذُ آلة الجنايات بالعقوبات خارج عن منهاج العقوبات بالجنايات[١] بدليل اللسان في القذف، والذَّكَر في الزنا، وتقدير القطع بقطع الزند واليدُ إلى المنكب آلة.

وقد زعم الأصحاب أن استعمال القياس في كل ما يمكن صحيح.

قالوا: إنما لم يقطع اللسانُ والذَّكَرُ في القذف والزنا بدليل الإجماع، والقياس لا يُستعمل في محل الإجماع.

والأولى أن نقول: إن إيجاب قطع[٢] اليمنى في السرقة إيجاب لقطع[٣] اليسرى؛ لأنها يد ويد، وطرف وطرف، ولا فرق بينهما بوجهٍ ما، ومتى وُجد مثل هذا يكون الوجوب بدليل النص أو بالإجماع، وهذا مِثل تحريم الأذى بغير التأفيف في حق الأب؛ لأنه مثله، ومثل إيجاب الضمان بإعتاق أحد الشريكين نصيبَه من الأمة المشتركة مثل ما ورد النص به في العبد، فأُلحقت الأمة به؛ لأنها مثله، (ومثل إيجابهم الكفارة بالأكل والشرب مثل ما ورد به النص في الوطء)[٤]، كذلك هاهنا، وهذا الدليل في نهاية الوضوح.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): القطع.

(٣) في (ز): القطع.

(٤) ما بين القوسين زيادة من (ز).

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: اليد اليسرى لو كانت محل القطع لكانت تُقطع في الكرَّة الثانية؛ لأنها تكون أولى بالقطع من الرجل اعتبارًا باليد اليمنى، وتمسكًا بظاهر القرآن، وحين لم تُقطع عرفنا أنها ليست محل القطع [٣٠٩/ب] أصلًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنما عُدِلَ(١) حتى لا يؤدّي إلى تفويت منفعة الجنس؛ لأن محل القطع لا يترك بمثل هذا الدليل، فإنكم قلتم لو سرق إنسان، ويده اليسرى مقطوعة تُقطع يمينُه(٢)، ولا يُعدل إلى الرجل اليمنى، وإن كان قطع اليمنَى في هذه الصورة يؤدّي إلى تفويت منفعة الجنس.

وقالوا: في الجلاّد(٣) إذا أخطأ، فقطع اليسرى لا يقع القطع موقعه؛ لأنه لم يصادف الحد محلَّه، وزعموا أنّ الضمان لا يسقط بهذا القطع عن السارق إذا أُتلِفَ المسروق في يده، وإنما لم يجب الضمان على الجلاّد؛ لأنه أخلفه خيرًا منه(٤)، وهو اليمين(٥) فانجبر التالِف بالخالِف، وقالوا: هذا مثل مذهبنا في ثمن(٦) نقصان الجارية المغصوبة بالولادة بالولد، وزعموا أنه لو تعمّد الجلاّد قطعَ اليسرى، أو قطعها أجنبي ابتداءً لم يجب الضمان أيضًا.

---

(١) في (ز): عدل عنها إلى الرجل.

(٢) في (ز): يده اليمنى.

(٣) الجلَّاد: اسم فاعل من الجلد وهو ضرب الجلد في الحدود. ينظر القاموس المحيط مادة (جلد) ١/٢٩٠.

(٤) في (ز): منها.

(٥) في (ز): اليمنى.

(٦) في (ز): جبر.

وأما الطريقة الفقهية لهم في المسألة قالوا: قطع اليدين إتلاف حكمًا، والحد الواجب في السرقة أُستحق زاجرًا لا متلِفًا، فلا يجب على وجه يحصل به الإتلاف بوجهٍ مّا.

والدليل على أنه إتلاف حكمًا، فالأحسن أن يقولوا[(١)]: هو إتلاف من وجه بدليل وجوب كل الدية، ولا يتصور إيجاب جميع بدل النفس إلا بجناية هو[(٢)] إتلاف النفس من وجه؛ لأن واجب الإتلاف لا يجب بغير الإتلاف، ولأنا إذا نظرنا إلى جنس هذه المنفعة وفواتها فنعلم أن النفس قد تلفت من[(٣)] هذه الجهة.

قالوا: وإنما قلنا: إن هذا[(٤)] الحد وجب زاجرًا لا متلِفًا؛ لأنه لا يجب به القتل بحال.

ويدل عليه: أنه وجب القطع من خِلَاف في المرة الثانية، حتى لا يؤدّي إلى (الإتلاف بتفويت)[(٥)] جنس المنفعة، ولهذا وجب الاحتراز من القطع في البرد الشديد والحر الشديد حتى لا يؤدي إلى الإتلاف.

وحرفهم: أن في هذا القطع شبهة الإتلاف، والإتلاف لا يجب في هذا الحد، فسقط الحد بالشبهة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الإتلاف يحصل بالقطعين لا بالقطع الثاني.

(١) في (ز): أو نقولون.
(٢) في (ز): هي.
(٣) في (ز): في.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): تفويت.




قالوا: بلى، ولكن يحصل عند القطع الثاني، فيُحال عليه كالسفينة المُوقَرَة[١] إذا (ألقى إنسان فيها متاعًا فتلف)[٢] يجب الضمان على المُلقِي؛ لأنها تلفت عنده فأُحيلَ عليه.

وربما يقولون المعنى الثابت بالشيئين يُحال على آخرهما وجودًا على ما عُرف من مذهبهم في مسألة شراء القريب، والكلام الأول أمثل؛ لأن ما يوجد عند الشيء فالأصل أن الوجود كان به.

قالوا: وأما القصاص وصورة الإلزام إذا قطع يدين من رَجُلَين تقطع يداه، وإن كان قطع يديه يتضمن الإتلاف، والأول لم يتضمن الإتلاف.

قالوا: في هذه الصورة القطع قد تضمن الإتلاف أيضًا إلا أن المنع منه لكونه إتلافًا من وجه حقّ[٣] الآدمي، والقطع الواجب في يديه حق الآدمي أيضًا فلا يقدّم حق الآدمي على حقّ الآدمي، ولم يسقط هذا الحق بذلك الحق، فصرنا إلى الترجيح من وجه آخر: وهو أن مَنْ عليه القصاص جانٍ ظالم، وَمَنْ له القصاص مظلوم مجنى عليه، فقدّم حق المظلوم المجنى عليه على حقّ الظالم الجاني، ولم يُبال بالإتلاف الذي يحصل به.

فأما في مسألتنا فالمنع من الإتلاف لحقّ الآدمي والقطع في السرقة واجب لحق الله تعالى، وإذا اجتمع حقّ الآدمي وحقّ الله تعالى قُدّم حقّ الآدمي على حقّ الله تعالى فمنع من القطع المؤدِّي إلى الإتلاف من وجهٍ

(١) المُوقَرَة: يقال: أوقرت النخلة كثر حملها فهي موقَرَة. ينظر: القاموس مادة (الوقر) ٢/١٦١.
(٢) في (ز): ألقى فيها متاع فغرقت فإنه.
(٣) في (ز): لحق.

تقديمًا لحقّ الآدمي على حقّ الله تعالى، وهذا أحسن أعذارهم عن القصاص، ولهم وراء هذا ما[1] لا يُبالي به أصلًا.

❁ **الجواب**[2]:

أما الفصل الأول ودعواهم أن اليد اليسرى ليست محل[3] القطع.

قلنا: في هذا وقع النزاع، وقد دللنا أنها محل القطع.

وأما قولهم: إنها لا تُقطع في المرة الثانية.

قلنا: هذا لا يدل على عدم المحلية كالرجل اليسرى لا تقطع في المرة الأولى، فلا[4] يدل على أنها ليست محل القطع.

وقد أجاب الأصحاب بأنا إنما لم نقطع اليد اليسرى في المرة الثانية لئلا يؤدّي إلى تفويت منفعة الجنس، وليس في هذا الاحتراز تعطيل الحد.

وأما في المرة الثالثة تقطع، ولا يبالي بتفويت منفعة الجنس؛ لأنه يودّي إلى تعطيل الحد مع وجود المحل، وبهذا الجواب لا تنزاح الشبهة.

فالأولى أن نقول: إنا إنما قطعنا الرجل اليسرى في المرة الثانية بالنص أو الإجماع.

---

(١) في (ز): أعذار.

(٢) في (ز): والجواب.

(٣) في (ز): بمحل.

(٤) في (ز): ولا.

[٣١٠/أ] ويمكن أن يقال بدليل النص، وهو قوله تعالى في حد قطع[(١)] الطريق ﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلَٰفٍ﴾[(٢)] فلما ضَمَّ قطعًا إلى قطعٍ جُعِلَ في محل المخالفة بين اليد والرجل، فجعلنا هذا دليلًا في كل موضع وجب فيه ضُمَّ قطعٍ إلى قطعٍ، وموضع الاستدلال إنما هو في المرة الأولى والثانية، فأما في المرة الثالثة والرابعة فلا يمكن أو[(٣)] هو قطع على المخالفة إذا نزّلنا المرة الثالثة والرابعة منزلة الأولى والثانية.

وأما الجواب عن الطريقة الثانية، قلنا: لسنا[(٤)] نسلِّم أن القطع الثاني إتلاف، وكذلك في القطعين لا نقول فيه: إتلاف من وجهٍ ما.

والدليل عليه: أن الصحيح[(٥)] اليدين لو قَتَلَ المقطوع[(٦)] اليدين (يجب عليه القَوَد)[(٧)]، ولو كان فيه شبهة إتلاف بوجهٍ مّا لسقط القصاص في هذا المحل؛ لأن القصاص إذا تضمن زيادة إتلاف لم يُمكّن منه وسقط، ومسألة وجوب كمال الدية إنما كان بالنص غير معقول المعنى.

وقولهم: إن فيه تفويت منفعة الجنس فيكون إتلافًا من هذا الوجه.

ليس بشيء؛ لأنه ما كان قيامه ووجوده بهذه المنفعة الواحدة حتى يُجعل

---

(١) في (ز): قاطع.
(٢) سورة المائدة، آية (٣٣).
(٣) في (ز): إذ.
(٤) في (ز): فلسنا.
(٥) في (ز): صحيح.
(٦) في (ز): مقطوع.
(٧) في (ز): يقتل به.

تفويتها إتلافًا، ولا يتصور وجود ذات لمنفعةٍ واحدةٍ، وإنما وجود الذات بمجموع منافع معلومة لا يحصل الإتلاف إلا بتفويتها كلها.

وأيضًا فإن التفويت وإن حصل إنما يحصل بالقطعين[1] لا بالقطع الثاني، فإذا جاز الأول وحظه في الإتلاف مثل حظ الثاني جاز الثاني.

والذي قالوا: إنه يحصل عنده فيحال عليه أو[2] الشيء الحاصل عقيب[3] سببين يُحال على آخرهما وجودًا، هذا ترك المحسوسات ومكابرة الحقائق، وكلام لا طائل تحته، ولا يدل عليه لا مشروع ولا معقول، ومسألة السفينة على أصولهم، وعندنا: يجب الضمان على الملقِي الأخير بقدره.

جواب آخر عن[4] أصل الطريقة: أنا إن سلمنا وجود الإتلاف من وجه بقطع اليدين، لكن من أين قلتم أنه يُمنع من القطع الثاني، وقد قام الدليل على وجوبه؟

فإن قالوا: لأنه إتلاف.

قلنا: ومن أين قلتم أنه يمنع منه[5]؟

فإن قالوا: كما يُمنَع من الإتلاف الحقيقي.

قلنا: ومن أين أنه إذا مُنع من الإتلاف الحقيقي يُمنع من الإتلاف

---

(١) في (ز): بالقطع الأول.
(٢) في (ز): إذ.
(٣) في (ز): عقب.
(٤) في (ز): على.
(٥) ليست في (ز).

الحكمي؟ والعبرة بقيام الدليل لا بمجرد الاستبعاد، وهذا لأن الإتلاف الحكمي ليس في معنى الإتلاف الحقيقي حتى إذا مُنع من أحدهما يجب أن يُمنَع من الآخر.

والدليل عليه: فصل القصاص؛ لأن[1] في تلك الصورة لا يتصور وجوب الإتلاف الحقيقي، ولا جوازه، ومع ذلك جاز قطع اليدين وإن تضمن الإتلاف الحكمي أو الإتلاف من وجه ولم يُبال به ونُظر إلى قيام الدليل، كذلك هذا.

وعذرهم عن القصاص في نهاية الضعف.

وحرف الإلزام: أن القطع وإن كان حق الآدمي إلا أنه واجب على وجه القصاص، فإذا كان الثاني إتلافًا، ولم يكن الأول إتلافًا لم يكن قصاصًا، وما ليس بقصاصٍ لا يستوفى قصاصًا.

يبينه: أنه وإن كان حق القطع حق الآدمي، وهو مظلوم إلا أنه يسقط حقه إلى الأرش وحق الآخر يسقط لا إلى عوضٍ، فوجب أن يكون الترجيح لهذا الجانب. والله تعالى أعلم بالصواب وهو ولي الطول والإحسان.



(١) في (ز): فإن.

⁕ مَسْألة[1] تحريم السُكر:

ثَبَتَ[2] الإخبار عن النبي عليه السلام في (تحريم المُسكر)[3]:

روى سُفيان[4] عن الزهري[5] عن أبي سلمة[6] عن عائشة أن النبي ﷺ قال: (كل شراب أسكر فهو حرام)[7].

وفي رواية مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة عن عائشة قالت: سُئل رسول الله ﷺ عن البِتع، فقال: (كل شراب أسكر فهو حرام)[8].

وروى أبو بُردة[9] عن أبي موسى[10] أنه قال للنبي ﷺ إن لنا شرابًا

---

(١) في (ز): مسألة في.

(٢) في (ز): ثبتت.

(٣) في (ز): ذلك.

(٤) سفيان بن عيينة الهلالي، أبو محمد الكوفي ثم المكي ثقة حافظ فقيه إمام حجة إلا أنه تغير حفظه بآخره، مات سنة ١٩٨هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص١٢٨.

(٥) محمد بن مسلم بن شهاب الزهري القرشي كنيته: أبو بكر الفقيه الحافظ متفق على جلالته، مات سنة ١٢٥هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣١٨.

(٦) أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف الزهري المدني، قيل اسمه: عبد الله، ثقة مكثر من الثالثة، مات سنة ٩٤هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٤٠٩.

(٧) رواه الإمام أحمد في مسنده ٦/٣٦.

(٨) رواه البخاري ١٠/٤١ مع الفتح، كتاب الأشربة، باب الخمر من العسل وهو البتع، ومسلم في صحيحه ١٣/١٦٩ مع النووي، كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر.
وأبو داود في سننه ٤/٨٨ مع المعالم، كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر.

(٩) أبو بردة بن أبي موسى الأشعري قيل اسمه: عامر، وقيل: الحارث، ثقة، من الثالثة، مات سنة ١٠٤هـ، وقد جاوز الثمانين، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣٩٤.

(١٠) أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس صحابي مشهور أمَّره عمر ثم عثمان، مات سنة ٥٠هـ،=

يُصنَع بأرضنا من العسل يقال له: البِتع، وشرابًا يُصنع من الشعير، يقال له: المزر، فقال النبي ﷺ: (كل مُسكِر حرام)(١).

(وفي رواية: (أعلِمهم أنَّ كلَّ مسكر حرام))(٢)(٣).

وروى أبو(٤) الزبير عن جابر أن النبي ﷺ قال: (كل مسكر حرام وإن الله تعالى عهد(٥) لمن شرب مسكرًا أن يسقيه من [٣١٠/ب] طينة الخبال، قالوا: ما طينة الخبال يا رسول الله؟ قال عصارة أهل النار)(٦).

وروى أيوب(٧) عن نافع(٨) عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: (كل مسكر خمر وكل مسكر(٩) حرام، ومن شرب الخمر في الدنيا فمات(١٠) وهو يُدْمنها لم يتُب لم يشربها في الآخرة)(١١).

= روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص١٨٥.

(١) رواه مسلم في صحيحه ١٣/١٧٠ مع النووي، كتاب الأشربة.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) روى هذه الرواية أبو داود في سننه ٤/٨٩ مع المعالم بلفظ «أخبر قومك».

(٤) في الأصل: ابن، والتصويب من (ز) وصحيح مسلم.

(٥) في (ز): وإن لله عهداً.

(٦) رواه مسلم في صحيحه ١٣/١٧١ مع النووي، كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر. وأبو داود في سننه ٤/٨٦ مع المعالم، كتاب الأشربة.

(٧) أيوب بن أبي تميمة كيسان السختياني أبو بكر البصري ثقة، ثبت حجة من كبار الفقهاء العباد، مات سنة ١٣١هـ، وروى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٤١.

(٨) نافع أبو عبد الله المدني مولى ابن عمر، ثقة، ثبت، فقيه مشهور، مات سنة ١١٧هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٣٥٥.

(٩) في (ز): خمر.

(١٠) في (ز): ومات.

(١١) رواه البخاري في صحيحه ١٠/٣٢ مع الفتح، كتاب الأشربة. =

وروى عبيد الله(١) بن عمر العمري عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: (كُلُّ مسكر حرام)(٢).

وهذه الأخبار في صحيح البخاري ومسلم(٣) رحمهما الله.

وأخرج أبو داود من حديث عمرو(٤) بن سلم الأنصاري عن القاسم(٥) عن عائشة قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (كل مسكر حرام وكل ما أسكر منه الفرق(٦) فملء الكف منه حرام)(٧).

= ومسلم في صحيحه ١٧٢/١٣ مع النووي، كتاب الأشربة.
وأبو داود في سننه ٨٥/٤ ـ ٨٦ مع المعالم، كتاب الأشربة.

(١) عبيد الله بن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب العمري المدني أبو عثمان، ثقة ثبت قدمه أحمد بن صالح على مالك في نافع، وقدمه ابن معين في القاسم عن عائشة على الزهري عن عروة عنها، من الخامسة، مات سنة بضع وأربعين، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ٢٢٦.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١٧٢/١٣ مع النووي، كتاب الأشربة.

(٣) صحيح البخاري ٣٢/١٠ ـ ٤١ مع الفتح، كتاب الأشربة.
ومسلم ١٦٩/١٣ ـ ١٧٢ مع النووي، كتاب الأشربة.

(٤) عمرو بن سلم الأنصاري أبو عثمان المدني ثم الخرساني قاضي مرو، قيل اسمه: عمرو بن سالم، وقيل ابن سلم، وقيل ابن سليم معروف بكنيته، مقبول، رأى ابن عباس وابن عمر، روى له الترمذي وأبو داود. ينظر: تهذيب التهذيب ٦٢/١٢، التقريب ص٤١٦.
في (ز): عمر بن سالم الأنصاري.

(٥) القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق التيمي ثقة أحد الفقهاء بالمدينة، مات سنة ١٠٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٢٧٩.

(٦) الفَرَق: مكيال يقال: إنه يسع ستة عشر رطلًا. المصباح مادة (فرق) ص٤٧١.

(٧) سنن أبي داود ٩١/٤ مع المعالم، كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر.
سنن الترمذي ٥٩/٨ مع عارضة الأحوذيّ، الأشربة، باب ما أسكر كثيره فقليله حرام. وقال: حديث حسن.

ويدل على أن المسكر المتخذ من التمر والزبيب خمر: حديث أنس، لقد أنزل الله تعالى الآية التي فيها تحريم الخمر، وما بالمدينة شراب يُشرب إلا من تمر، أخرجه[1] مسلم[2].

وروى ثابت[3] عن أنس قال: (حُرمت علينا الخمرُ حين حرمت وما نجد خمر الأعناب إلا قليلًا وعامة خمرنا من البُسر[4] والتمر) أخرجه البخاري[5].

وروى الشعبي[6] عن ابن عمر، (عن عمر)[7] (أنه قام خطيبًا على منبر رسول الله ﷺ فحمد الله تعالى وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد: فإن الخمر نزل تحريمها يوم نزل وهي من خمسة: من العنب والتمر والعسل والبر والشعير، والخمر ما خامر العقل) أخرجه[8] البخاري ومسلم[9].

---

(١) في (ز): خرجه.

(٢) صحيح مسلم ١٥١/١٣ مع النووي، كتاب الأشربة، تعريف الخمر.

(٣) ثابت بن أسلم البُناني أبو محمد البصري، ثقة، عابد من الرابعة، مات سنة ١٢٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٥٠.

(٤) البسر: من تمر النخل معروف. المصباح مادة (بسر).

(٥) ينظر: صحيح البخاري ٣٥/١٠ مع الفتح، كتاب الأشربة، باب الخمر من العنب وغيره.

(٦) الشعبي: عامر بن شراحيل الشعبي، أبو عمرو ثقة، مشهور، فقيه فاضل من الثالثة قال مكحول: ما رأيت أفقه منه، مات بعد المائة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص١٦١.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): خرجه.

(٩) صحيح البخاري ٤٥/١٠ مع الفتح، كتاب الأشربة، باب ما جاء في أن الخمر ما خامر العقل من الشراب.
=

وروى أبو كثير[(١)] الغُبري[(٢)] عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (الخمر من هاتين الشجرتين النخل والعنب)[(٣)].

وروى عوف[(٤)] بن مالك الأشجعي أن النبي ﷺ قال: (ليشربَنَّ ناسٌ من أمتي الخمر يُسمونها بغير اسمها) أخرجه[(٥)] البخاري[(٦)].

ومما ذُكر في الصحيح أيضًا من تحريم المسكر حديث أبي الجويرية[(٧)] قال: (سألت ابن عباس عن الباذِق[(٨)]، قال: سَبَقَ محمدٌ صلوات الله عليه الباذق وكل ما أسكر فهو حرام) أخرجه البخاري[(٩)].

= ومسلم ١٨/١٦٥ مع النووي، كتاب التفسير.
وأبو داود في سننه ٤/٧٨ مع المعالم، كتاب الأشربة، باب في تحريم الخمر.

(١) أبو كثير السحيمي الغُبري اليمامي الأعمي قيل: هو يزيد بن عبد الرحمن، ثقة، من الثالثة روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم في صحيحه. ينظر: التقريب ص٤٢٣.

(٢) ليست في (ز).

(٣) رواه مسلم في صحيحه ١٣/١٥٣ مع النووي، كتاب الأشربة، باب بيان أن جميع ما ينبذ مما يتخذ من النخل من العنب يسمى خمرًا.
وأبو داود في سننه ٤/٨٤ مع المعالم، كتاب الأشربة، باب الخمر ما هي؟

(٤) عوف بن مالك الأشجعي أبو حماد، صحابي مشهور من مسلمة الفتح سكن دمشق مات سنة ٧٣هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٢٦٧.

(٥) في (ز): خرجه.

(٦) صحيح البخاري ١٠/٥١ مع الفتح، كتاب الأشربة، باب ما جاء فيمن يستحل الخمر ويسميه بغير اسمه.

(٧) أبو الجويرية: حِطان بن خُفاف مشهور بكنيته، ثقة من الثانية، روى له البخاري وأبو داود والنسائي، ينظر: التقريب ص٧٧.

(٨) الباذِق: المطبوخ من عصير العنب إذا سكر. فتح الباري ١٠/٦٣.

(٩) صحيح البخاري ١٠/٦٢ مع الفتح، كتاب الأشربة، باب الباذِق.

وروى محارب[1] بن دثار، عن ابن[2] بُريدة[3]، عن أبيه[4] قال: قال رسول الله ﷺ: (كنتُ نهيتُكم عن الأشربة فاشربوا ولا تشربوا مُسكرًا)[5].

(والأخبار في الباب كثيرة، ذكرنا بعضها ولا مَسَاغَ وَلَا رُخْصَةَ لأحدٍ في العدول عن هذه الأخبار، والقول بخلافها، وهي حجج قواطع ولابد لكل مسلم من القول بها.

واعلم أن الكوفيين قد زلّوا في هذا الباب زلة عظيمة، ورووا أخبارًا معلولة، ولا يجوز أن تُعارض هذه الأخبار بحال، وَمَنْ ظنَّ أن رسول الله ﷺ شَرِبَ مسكرًا في وقتٍ ما فقد دَخَلَ في إثم عظيم وَبَاءَ بحوبٍ كبير، والاشتغال ببيان العلل في أخبارهم التي يروونها والآثار التي يعتمدون عليها أمر يطول.

واعلم أن النبيذ الذي شربه رسول الله ﷺ كان حُلوًا، ولم يكن مسكرًا)[6].

---

(١) محارب بن دثار السدوسي الكوفي القاضي، ثقة إمام، زاهد من الرابعة، مات سنة ١١٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣٢٩.

(٢) في الأصل أبي بريدة، وفي (ز) أبي بردة، والتصويب من صحيح مسلم.

(٣) عبد الله بن بريدة بن الحصيب الأسلمي المروزي قاضيها، ثقة من الثالثة، مات سنة ١٠٥هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص١٦٨.

(٤) بريدة من الحصيب الأسلمي أبو سهل صحابي أسلم قبل بدر، مات سنة ٦٣هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٤٣.

(٥) صحيح مسلم ١٦٧/١٣ مع النووي، كتاب الأشربة.
وأبو داود في سننه ٩٨/٤ مع المعالم، كتاب الأشربة، باب في الأوعية.

(٦) ما بين القوسين نقله ابن حجر عن أبي المظفر السمعاني في الفتح ٤٣/١٠.

والدليل عليه: (حديث ثمامة[1] بن حزن القشيري (أنه سأل عائشة رضي الله عنها عن النبيذ فدعت جارية حبشية فقالت: سل هذه[2]! فإنها كانت تنبذُ لرسول الله ﷺ، فقالت الحبشية: كنت أنبذُ له في سقاءٍ من الليل وأُوكيه[3] وأعلقه، فإذا أصبح شرب منه) أخرجه مسلم[4].

وروى يونس[5] عن الحسن[6]، عن أمه[7]، عن عائشة قالت: (كنا ننبذ للنبي ﷺ في سقاءٍ نُوكي أعلاه، وله عزلاء[8] ننبذه بالغداة ويشربه بالعشي وننبذه بالعشي ويشربه بالغداة)[9].

وقد ذكرنا في كتاب البرهان بيان العلل في أخبارهم، واقتصرنا في هذا

---

(١) ثمامة بن حزن القشيري البصري والد أبي الورد، ثقة، من الثانية مخضرم، وفد على عمر ابن الخطاب وله خمس وثلاثون سنة، روى له مسلم والترمذي والنسائي والبخاري في الأدب المفرد. ينظر: التقريب ص٥١.

(٢) ليست في (ز).

(٣) أوكيه: أَشُدُّ بالوكاء وهو الخيط الذي يشد به رأس القربة، النووي على مسلم ١٧٦/١٣.

(٤) صحيح مسلم ١٧٥/١٣ ـ ١٧٦ مع النووي، كتاب الأشربة، باب إباحة النبيذ الذي لم يشتد.

(٥) يونس بن عبيد بن دينار العبدي أبو عبيد البصري، ثقة، ثبت فاضل ورع من الخامسة، مات سنة ١٣٩هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٣٩٠.

(٦) الحسن بن أبي الحسن البصري الأنصاري مولاهم، ثقة، فقيه، فاضل مشهور كان يرسل كثيرًا ويدلس وهو رأس الطبقة الثالثة، مات سنة ١٢٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص٦٩.

(٧) أمه: اسمها: خيرة وكانت مولاة لأم سلمة زوج النبي ﷺ روى عنها ابناها الحسن وسعيد، مقبولة من الثانية روى لها مسلم وأصحاب السنن. ينظر: التقريب ص٤٦٨.

(٨) عَزْلاء: هو الثقب الذي يكون في أسفل المزادة والقربة، النووي على مسلم ١٧٦/١٣.

(٩) رواه مسلم في صحيحه ١٧٦/١٣ مع النووي، كتاب الأشربة.
وأبو داود في سننه ١٠٤/٤ مع المعالم، كتاب الأشربة، باب في الأوعية.




الكتاب على هذا القدر، فإنه كافٍ لمن أيده الله باليقين، وأعطاه بصيرة في الدِّين.

ولسنا نحتاج إلى الكلام من حيث القياس، فإن النصوص مُغنية، وَمَنْ تكلم فيه فقياس النبيذ على الخمر بعلة الإسكار والإطراب من أجلى الأقيسة وأوضحها، والمفاسد التي توجد(١) في الخمر توجد في النبيذ؛ لأن تلك المفاسد ليست إلا بعلة الإسكار، وإن قليله يدعو إلى كثيره، وهذا المعنى موجود في النبيذ)(٢).

وقد زعم بعضهم أن النبيذ المطبوخ لا يساوي الخمر لكثرة الرغبات في الخمر، وميل الطباع إليها لرقتها وصفائها، وقلة الرغبات في النبيذ المطبوخ ونفرة الطباع عنها لغلظها وكدورتها، فلم يكن القليل في النبيذ داعيًا إلى الكثير بخلاف الخمر، فإن القليل منها يدعو إلى كثيرها، وفي النبيذ مصالح أخر من استمراء الطعام، واجتلاب القوة، وتحليل الغم، وفي الخمر أيضًا توجد هذه المنافع إلا أن قليلها لما دعا إلى كثيرها [٣١١/أ] وفي مواقعة الكثير سُكرٌ وجنايةٌ على العقل غُلّبت جهة المفسدة، وأما النبيذ لما لم يكن شرب قليله داعيًا إلى كثيره على الوجه الذي بيَّنّا غُلّبت جهة المصلحة فحصل وجه الفرق بين(٣) الصورتين من هذا الوجه.

وهذا الذي قالوه ليس بشيء، وكما أن قليل الخمر يدعو إلى كثيرها

---

(١) في (ز): موجودة.

(٢) ما بين القوسين ذكره ابن حجر نقلًا عن السمعاني في الفتح ٤٣/١٠.

(٣) في (ز): في.

فكذلك قليل النبيذ يدعو إلى كثيره، (وهذا[1] لأن السكر مطلوب (القوم)[2]، والنبيذ عند عدم الخمر لهم مثل الخمر سواء، ولأن طلب الكثير بحصول الفرح والطرب بشربه[3]، وهذا في النبيذ موجود مثل وجوده في الخمر، فيكون قليله في الدعاء إلى كثيره مثل الخمر، ولئن كان في النبيذ قليل غلظ فالطبع يحتمل ذلك لطلب السكر، كما يحتمل المرارة في الخمر لطلب السكر.

وعلى الجملة النصوص مغنية عن الكل[4])[5]. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الدابة الصّائلة[6] إذا صالت[7] قَتَلَها المصول عليه لم[8] يجب عليه شيء عندنا[9][10].

وعندهم: يجب عليه الضمان[11].

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): على العموم.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): المعنى.
(٥) ما بين القوسين نقله صديق حسن في عون الباري لحل أدلة صحيح البخاري ٦/ ٣٠ عن السمعاني.
(٦) الصائلة: يقال: صال الفحل يصول، صولًا وَثَبَ. ينظر: القاموس مادة (صال) ٤/ ٤.
(٧) ليست في (ز).
(٨) في (ز): لا.
(٩) ليست في (ز).
(١٠) النكت ورقة ٢٦٩/أ، الحاوي ٤٥١/١٣، البيان ٧٨/١٢، كتاب أصول الفحل من التعليقة ص٧٨٧.
(١١) مختصر الطحاوي ص٢٥٨، مختصر اختلاف العلماء ٥/ ٢١٠، رؤوس المسائل ص٥٠٦،=

❖ **لنا:**

إن دفع شره أدّى إلى هلاكه فلا يجب على الدافع شيء.

دليله: إذا كان الصّائل صيد الحرم أو كان آدميًا، (ويمكن أن يقال)[1]: «قتيل شَرِّه» فصار كما بيَّنّا.

ويتأيّد هذا المعنى بإهدار النبي ﷺ الفواسق الخمس عند قتلهن في الحلّ والحرم.

وفقه العبارة: أن الموجود دفع الشر، ودفع الشر مشروع، وفعل المشروع لا يوجب في الشرع تبعة.

والدليل على أن دفع الشر مشروع: أن الإنسان مأمور بحفظ نفسه، ولا يمكنه حفظ نفسه إلا بدفع الشر عن نفسه، وهذا لأن الإنسان مأمور بأن يكُفَّ أذاه عن غيره (إلا أنه لا يجب عليه أن)[2] يتحمل الأذى (من غيره)[3]، وإذا لم يجب عليه تحمل الأذى من غيره صار دفع الأذى مشروعًا، فقد حصل الهلاك بفعل مشروع، فلا يجب به الضمان؛ لأن فعل المشروعات خالٍ عن التبعات والضمانات، وإنما التبعة والضمان من لواحق عدم المشروعية، إمّا حقيقةً أو[4] اعتبارًا.

= تبيين الحقائق ٦/١١٠.

(١) في (ز): وإن شئت قلت:

(٢) في (ز): غير مأمور بأن.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في الأصل: أم.




وأما قولنا: «قتيل شَرِّه»، فيمكن أن يقال في الحقيقة[1]: إنه لما كان قتيل شَرِّه كان قتيل نفسه؛ لأن شره أدّى إلى هلاكه، ومن كان قتيل نفسه لم يجب على أحد شيء سواء كان آدميًّا أو غير آدمي، وهذا مثل المكرَه يقتل المكرِه لم يجب عليه شيء، وكذلك في صيال الآدمي وصيد الحرم.

ويدخل فصل المخمصة على قولنا، «إنه فعل مشروع»، والأولى أن نقول: إن الضمان لو وجب وجب[2] لحقّ المالك، وحقّ المالك أن لا يُتَعرّض لملكه، ويكف يده عن (إتلافه، و)[3] حقّه في المحل إما (المنع من الاتواء أو إزالة اليد)[4]، وفي مسألتنا هو غير متعرض لملكه (لا بالاتواء ولا بإزالة اليد)[5]، إنما يدفع تعرضًا وجد منه ودفع التعرض لا يكون تعرضًا، (وكذلك دفع الشر لا يكون شَرًّا)[6]، وكان[7] قائمًا بحق ملكه، وَمَنْ قام بحق الغير لا يلزمه[8] الضمان (كما لو لم يتعرّض له أصلًا، وأصله)[9]: صيد الحرم.

(وخرج عليه فصل المخمصة، وإنما تعرض لما له على ما سنذكر فلم

---

(١) في (ز): تحقيقه.

(٢) في (ز): لوجب.

(٣) في (ز): اتلاف.

(٤) في (ز): بالاتواء أو بإزالة اليد.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٧) في (ز): فكان.

(٨) في (ز): لا يجب.

(٩) في (ز): كذلك الغير وأصل هذا...

يكن ذلك الفعل مشروعًا على الإطلاق، وكانت إباحته إباحة رخصة، وهاهنا إذا لم يكن متعرضًا لملكه كان فعله مشروعًا على الإطلاق فلم يكن سببًا للضمان لما بيَّنّا)[١].

❁ وأمّا حجّتهم:

قالوا: الجمل[٢] معصوم[٣] لحقّ المالك، وحقّ المالك لا يسقط بفعل[٤] من غيره.

وربما قالوا: إن المعصوم لحق الغير لا تسقط عصمته[٥] بجناية الغير.

والدليل على أنه معصوم لحق المالك: سقوط عصمته بإباحة المالك، وكذلك سقوط عصمته بسقوط عصمة المالك حتى إنه إذا ارتد أو كان كافرًا حربيًا سقطت عصمة[٦] أمْلاكه.

فإن قال قائل: (إن للحيوان)[٧] حرمة في نفسه[٨]، فالمراد من العصمة من قولنا: هي[٩] عصمة الماليّة، ولا شك أن عصمة الماليّة لحق المالك لا لحقه في نفسه.

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): الدابة.
(٣) في (ز): معصومة.
(٤) في (ز): بفعل صدر.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): حُرمة.
(٧) في (ز): للحيوانات.
(٨) في (ز): أنفسها.
(٩) في (ز): هو.

يدل عليه: أن الخلاف في (الجمل الصائل)[1] وفي متاعٍ يَهَوِي من موضعٍ، ويُخاف الهلاك من سقوطه عليه فأهلكه خلافٌ واحدٌ في أن عندكم: لا يجب الضمان، وفي هذه الصورة لا يوجد حق لغير المالك، وإذا ثبت أنه معصوم لحق المالك، وحق المالك قائم فعصمته قائمة، وإذا بقيت العصمة للمال فإتلاف المال المعصوم موجب للضمان، كما لو قَتَلَه بسبب المخمصة.

قالوا: وأما قولكم: قَتَلَه لدفع شره.

قالوا: هذا الشر وإن وُجد منه، ولكن لم تكن العصمة لحقه حتى ترتفع بشره، وإنما العصمة لحق المالك وَلَا شَر منه.

والحرف: أن حق الغير لا يسقط بشر الغير، وربما يقولون [٣١١/ب]: لم تكن عصمته لعدم شره حتى يرتفع وجود[2] شره فصار وجود شره وعدمه بمنزلة[3] فيما وجب الضمان لأجله، وعلى هذا خرج الآدمي الصائل؛ لأن عصمته لحقه، فيبطل حقه بجنايته، وهذا في الحر ظاهر، و(كذلك)[4] في العبد؛ لأن عصمة دمه لحقه، لا لحق أحد[5]، وإنما حق المالك في الماليّة، فأما في الدم فلا، ولهذا يهدر دمه بردّته (كما يهدر دم الحر بردّته)[6].

وقد بينّا من قبلُ أن العبد من حيث (إنه آدمي حي مخاطب محترم)[7]

(١) في (ز): الدابة الصائلة.
(٢) في (ز): بوجود.
(٣) في (ز): بمنزلة واحدة.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): الغير.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٧) في (ز): كونه آدميًا مخاطبًا محترمًا.

بمنزلة الحر، والماليّة التي للمالك زيادة وراء هذا المعنى، فحق المالك في المالية لا يمس حق العبد في نفسه، وإذا كان كذلك فبِصَيَاله سقط حقه في نفسه لمكان جنايته، ثم المالية التي للمالك هلكت تبعًا، ونظيره إذا ارتد العبد سَقَطَ حقه (في نفسه بردّته)[1]، ثم المالية سقطت تبعًا.

قالوا: وأما صيدُ الحرم إنما لم يجب[2] الضمان في هذه الصورة؛ لأن عصمته كانت لحق الحرم، وحق الحرم لم يثبت للصيد الصائل، وهذا لأن الصيود أصلُها على الإباحة، وإنما أُثبت[3] أمانٌ[4] لصيد الحرم لشرف البقعة.

ومعنى الأمان: أن لا يُتعرض له، فإذا كان الصيد هو المتعرّض والقاتلُ دافعٌ لتعرضه لم يثبت أمان الصيد في هذا المعنى، فظهر محل[5] كونه على الإباحة في الأصل فلم يجب الضمان.

وأما في مسألتنا (فإن هذه)[6] الحيوانات المملوكة ليست على الإباحة في الأصل بل خُلقت معصومة لحقّ مُلاّكها، فمادام حق مُلاّكها قائمًا كانت العصمة قائمة بخلاف الصيود، فإنها خُلقت مباحة في الأصل ثم عَرَضَت العصمة لحق الحرم، وهذا الحق في الصيد الذي لا يوجد منه أذى، فأما في المؤذي فلا.

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): لم يجب فيه.
(٣) في (ز): أثبتنا.
(٤) في (ز): أمانًا.
(٥) في (ز): عمل.
(٦) في (ز): فهذه.

ألا ترى أن النبي ﷺ نص على قتل المؤذيات في الحِلّ والحرم، وأخبر بسقوط حُرمتها وعصمتها، وإذا سَقَطَ حق الحرم لم يجب الضمان للإباحة الأصلية على ما بيَّنّا.

وذكروا على[(١)] دفع الشر فصلًا آخر، وهو أن فعل البهمية هدر غير معتبر، وسبب ذلك عدمُ دخولها تحت الخطاب والتكليف، ولهذا لا تتبع في أفعالها بشيء، وإذا كان فعلها هدرًا غير معتبر صار وجود فعله[(٢)] وعدمه بمنزلة في أمر العصمة.

يبينه: أنه إذا لم يكن[(٣)] خطاب وتكليف، كيف[(٤)] يوصف فعله[(٥)] بالشر أو[(٦)] الجناية؟ وهذا الوصف من رديفات التكليف.

قالوا: وأما إباحة قتله[(٧)] فما كان لفعل الدابة، وإنما كان لخوف[(٨)] الهلاك على نفسه مثل المضطر يخاف الهلاك على نفسه، فإنه يُرخَص له إتلاف بهمية الغير، وأكلُها مع بقاء العصمة، ووجوب الضمان، كذلك هاهنا.

قالوا: وفصل المخمصة داخل على ما قلتم، فإنه قَتَلَها لإحياء نفسه، وكما أن دفع الشر مشروع فإحياؤه نفسه مشروع، ومع هذا أوجب الضمان

---

(١) في (ز): على فصل.
(٢) في (ز): فعلها.
(٣) في (ز): لم يكن فعلها.
(٤) في (ز): فكيف.
(٥) في (ز): فعلها.
(٦) في (ز): و.
(٧) في (ز): قتلها.
(٨) في (ز): لخوفه.

لبقاء حق المالك، كذلك هاهنا.

يبينه: أن دفع الشر قد حصل بإطلاقنا له قَتْلَه[1] لخوفه على نفسه، فأما إسقاط الضمان أصلًا فمن أين وحق المالك قائم على ما سبق ذكره؟

والحرف الوجيز لهم أنهم قالوا: أهدرنا[2] صورته لدفع شره أو لإحياء نفسه، وعصمنا معناه لحق مالكه مثل المخمصة سواء.

قالوا: وأما قولكم: إنه قتيل[3] نفسه، فليس كذلك، وهو دفع الحس والعيان، فإنه قتيل يد المصول عليه عيانًا، نعم قُتِل لشرِّه، ولكن شره لا يوجب سقوط ضمانه على ما سبق.

قالوا: وليس فيما أنه خاف الهلاك منه ما يدل على أنه يسلب منه الفعل؛ لأنه لا يمكن تقرير الفعل عليه مع خوفه الهلاك منه، وهذا كَمَنْ يحارب كافرًا، أو يحارب سَبُعًا، وهو يخاف الهلاك منه، وَقَتَلَه على ذلك لا يكون الكافر قتيل يد نفسه، ولا السَّبُع قتيل جارحته بل الفعل مقرِّر على الفاعل وإن كان قَتَلَه لخوف الهلاك.

قالوا: وأما في المكرَه إنما جعلناه آلة للمكرِه بحكم الاستعمال، والاستعمال بمكان[4] الأمر بالفعل والتهديد عليه مثل مَنْ يأمر عبده بشيء، فإنه يكون هو الفاعل؛ لأنه استعمل عبده بأمره إياه إلا أن هناك حصل أمره

(١) في (ز): قتلها.
(٢) في (ز): مكرر.
(٣) في (ز): قتيل شره و.
(٤) في (ز): لمكان.

في ملكه، فلم يحتج إلى التخويف والتهديد في صحة الاستعمال، وفي مسألتنا حصل الأمر في ملك الغير فيكون باطلًا، وإنما يصير مستعملًا إياه عند التهديد والتخويف.

قالوا[١]: ولأن الخلاف فيما لو قتله المصول عليه أو غيره خلاف واحد، وفي حق غيره لم يوجد حملُه على قتله بقصد قتله حتى يُجعل[٢] كأنّ الدابة قتلت نفسها دلّ أنه ليس المعنى هذا.

❁ **الجواب**[٣] [٣١٢/أ]:

أما قولهم: إن الدابة معصومة لحق المالك.

قلنا: قد قال أصحابنا: لا عصمة للدابة في حال الصيال أصلًا.

وقولهم: إنّ حقّ[٤] المالك قائم[٥].

قلنا: العصمة لحق المالك مشروط ثبوتها لعدم[٦] الشر عن الدابة، فإذا وجد منها الشر فات الشرط، وإذا فات شرط العصمة فاتت العصمة، وهو نظير العصمة بالحرم مشروطة في حق الصيد لعدم[٧] الشر منه.

فإن قالوا: لِمَ جعلتم العصمة مشروطة بهذا؟

---

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): والجواب.
(٤) في (ز): عصمة.
(٥) في (ز): قائمة.
(٦) في (ز): بعدم.
(٧) في (ز): بعدم.

قلنا: لأن عصمة المحل لتوفر منافع المحل على المالك، وعلى هذا لابد أن يكون المحل مُنتفعًا به ليكون معصومًا، وإنما يكون منتفعًا به إذا غلب نفعه على ضَرَه وخيرُه على شَرِّه، فأما إذا كان على العكس وغلب ضرَّه على نفعه التحق بمحل غير منتفع به وسقطت عصمته، ونظيره الخمر لما غلب إثمها على نفعها صارت كمحل غير منتفع به، وهم يقولون على هذا كون المحل منتفعًا به؛ لكونه على تركيب مخصوص وبُنية مخصوصة يمكن الانتفاع بها باعتبار تلك البنية، وبالصيال لا يزول هذا المعنى، فبقي المحل منتفعًا به على ما كان، وهذا كما أن الإنسان بالصيال لا يخرج عن كونه آدميًّا كذلك الجمل لا يخرج بالصّيال عن كونه جملًا، وإذا لم يخرج فمنافعه باقية فيه، وإنما بصياله عجز عن الانتفاع به إلى أن يزول صياله كما يعجز بإباق العبد عن الانتفاع به إلى أن يقدر عليه.

واستدلوا أيضًا ببقاء كونه محلًا منتفعًا به ببقاء ملك المالك، وجواز بيعه في هذه الحالة، وحل أكله إن ذُبِحَ، وجواز إعتاقه إن كان عبدًا.

قالوا: والمحل الذي لا ينتفع به كما لا يكون معصومًا لا يكون مملوكًا.

ونقول في الجواب عن هذا: إن الكلام في حال الصّيال، وفي[1] حال الصّيال التحق بغير منتفع به.

وقولهم: إن محلية الانتفاع لكونه على تركيب مخصوص.

قلنا: هذا التركيب صار ملغىً، والتحق بالعدم من حيث إنه صار حيوانًا

---

(١) ليست في (ز).

شرِّيرًا، والتحق طبعه بطبع السَّباع.

وقولهم: إنه لم يوجد إلاّ عجز المالك عن الانتفاع به.

قلنا: وراء العجز معنىً آخر، وهو فوات منافع المحل لمعنى قائم في المحل، وهو طبع السَّبُع والشر، ومثل هذا لا يوجد في الآبق؛ لأنه إنما وُجد عجز ببعده عن يده ومكان مُكنته، وهاهنا وُجد فوات المنافع أصلًا.

وقولهم: إن الملك قائم[1].

قلنا: لا ننكر بقاء الملك إنما ندّعي فوات الحرمة، والعصمة، مثل الخمر على أصولهم، ومثل العبد المرتد على أصل الكل[2]، فعلى هذا جاز العتق والبيع.

فإن قالوا: إذا كانت المنفعة متوهمة عند زوال عارض الصّيال لا يُلحق بما لا منفعة له كالحيوانات الصِّغار مما لا يؤكل.

قلنا: هاهنا فاتت منافعها لغلبة شرها، فالتحقت بالسِّباع والمؤذيات، بخلاف صغار الحيوانات، وخرج فصل المخمصة على هذا.

وقولهم: إن فعل البهيمة غير معتبر.

قلنا: نحن ندّعي كون المحل غير منتفع به لوجود الشر والأذى منه حسًّا، فكيف يرد على هذا قولهم: إن فعله غير معتبر؟ فإن معنى قول الفقهاء «إن فعل البهمية غير معتبر» أي لا تُجازي عليه ولا تؤاخذ به، وهذا ليس بطريق المجازاة

(١) في (ز): قائم به.
(٢) ليس في (ز).




والمؤاخذة، إنما فيما قلناه بيان هو: أن محل العصمة الشرعية لم يوجد أو فات بالصّيال، هذا الذي قلناه تمشية طريق الأصحاب بأبلغ مقال.

جواب آخر معتمد: أنا نسلم وجود العصمة لحق المالك، ونسلم بقاء المنفعة في المحل إلا أن الضمان لا يجب لعدم سبب الضمان.

وبيان هذا: أن الضمان لو وجب لوجب بالعصمة، ومعنى العصمة في المحل: كفُّ الناس، ومنعهم عن التعرض المُتوِي لهذا المحل ابتداءً.

ألا ترى أن النبي ﷺ قال: (أُمرت أن أقاتل الناس)[1] الخبر.

وقوله ﷺ: (فإذا قالوها عصموا مني دماءَهم وأموالهم)[2] أي وجب على المسلمين الكَفَّ عنها بقبولهم[3] هذه الكلمة.

ويدل عليه أن النبي ﷺ قال في خطبة الوداع: (إن الله تعالى حرّم دماءكم وأموالكم عليكم)[4][5] الخبر.

والمعنى مَنَعَ بعضَكم عن التعرض لدماء البعض وأموالهم، وألزمكم الكفّ عنها، والحقيقة تدل على هذا؛ لأن التكليف وَرَدَ (في هذا المعنى)[6] لطلب المكافّة، والقاعدة الكلية في الأوامر والنواهي الواردة في هذا الباب:

---

(١) سبق تخريجه ١/٣٤٢.
(٢) سبق تخريجه ١/٣٤٢.
(٣) في (ز): بقولهم.
(٤) ليست في (ز).
(٥) رواه البخاري في صحيحه ١٢/٨٥ مع الفتح، كتاب الحدود، باب ظهر المؤمن حمى...، ومسلم في صحيحه ٨/١٨٢ مع النووي، حجة النبي ﷺ.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).

إثبات المكافّة للناس، وهو كَفّ بعضهم عن بعض، وهذا الرجل المصول عليه كَافٌّ عن مال هذا الإنسان، بل هو في طلب المكافّة إنما[1] الدابة لا [٣١٢/ب] تكف عنه، وهو قَتَلَها لتكف عنه، فصار الحرف: أن المصول عليه قائم بحق العصمة حيث لا يتعرض للدابة ابتداء، وإنما جاء سقوط الضمان بتعرض الدابة له، وقتلُها لطلب الكف لا يُخِل بالعصمة الثابتة لمنع التعرض ابتداء، فصار الضمان لو وجب وجب بالعصمة لحق المالك، والعصمة ما تناولت هذا السبب الذي وُجد في هذه الصورة.

ونظيره: صيدُ الحرم فإن العصمة لمنع[2] التعرض ابتداءً لحق الحرم، والمصول عليه قائم بهذا الحق، فالجزاء[3] لو وجب في صورة الصيال لوجب بمعنىً لا يُخِل بالعصمة، فصارت[4] جملة الكلام: أن الفعل مُخِيل في منع وجوب الضمان به على ما سبق، والعصمة التي يُحيلون عليها في إيجاب الضمان قائمة برُمّتها مع سقوط الضمان بهذا السبب (ونظيره)[5] صيد الحرم.

وأما فصل المخمصة على هذه[6] الطريقة هو متعرض لها ابتداءً بالإتلاف، وليس قَتَلَها[7] على جهة دفع التعرض وطلب المكافّة إنما غاية ما في الباب أن الضرورة حاجة متناهية، وإتلافه الدابة لحاجة متناهية ليس بمنافٍ

(١) في (ز): وإنما.
(٢) في (ز): بمنع.
(٣) في (ز): والجزاء.
(٤) في (ز): فصار.
(٥) في (ز): كما في.
(٦) في (ز): فهو.
(٧) في (ز): متلفًا

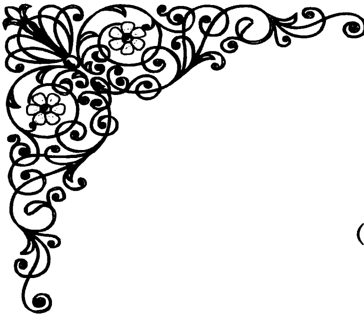
للتعرض ابتداءً، وإذا كان متعرضًا لها ابتداءً فالعصمة[1] لحق المالك جاز أن تكون موجبة للضمان بهذا السبب.

وأما الذي قالوه أنا[2] نُهدر العين بإباحة إتلافها، ولا نُهدر المالية، فليس لهذا أصل إلاّ المخمصة، وفي فصل المخمصة إنما وُجدت رخصة مع بقاء السبب الحاظر، وهو العصمة لحق المالك، وأما في مسألتنا الإتلاف[3] دفعًا[4] مطلَق مشروع من كل وجهٍ، فلا حاظر أصلًا؛ لأن العصمة لحق المالك، وحق المالك لا يؤثر في هذا الإتلاف بوجهٍ ما على ما سبق.

وعندي أن الاعتماد على هذه الطريقة أولى، وهو إلى التحقيق أقرب. والله تعالى أعلم بالصواب.



(١) في (ز): والعصمة.
(٢) في (ز): من أنّا.
(٣) في (ز): فالاتلاف.
(٤) في (ز): دفع.

كتَابُ السِّيَرِ[1]

※ (مَسْأَلَة):

يجوز قسمة الغنائم في دار الحرب عندنا[2].

وعندهم: لا يجوز[3].

ومدار[4] المسألة على أن الإحراز بالدار عندنا[5] ليس بشرط في تمام الاستيلاء، والملك واقع للغانمين قبل الإحراز.

وعندهم: هو شرط، ولا يحصل تمام الاستيلاء إلاّ به، ولا يُملك[6] بدونه.

ومما يتفرّع عن[7] هذا الأصل مشاركة المدد الغانمين في الغنيمة إذا

---

(١) السِّيَرَ: جمع سيرة وهي السنة والطريقة، والمقصود هو ذكر أحكام الجهاد وما يتعلق بغزوات النبي ﷺ. مغني المحتاج ٤/٢٠٨، أسنى المطالب ٤/١٧٤.

(٢) النكت ورقة ٢٩٠/ب، كتاب السير من التعليقة ص ٩٠٢، الحاوي ١٤/١٦٥، التهذيب ٥/١٧٣، البيان ١٢/٢٠٨، أسنى المطالب ٣/٩٥.

(٣) مختصر القدوري ٢/٣٣٧، تنوير الأبصار مع رد المحتار ٦/٢٣٠، تبيين الحقائق ٣/٢٥٠، البداية مع فتح القدير ٥/٤٨١، رؤوس المسائل ص ٣٦٧، اللباب ٢/٨٠٣.

(٤) زيادة من (ز) يقضيها المقام.

(٥) زيادة من (ز) يقضيها المقام.

(٦) في (ز): ملك.

(٧) في (ز): على.

لحقوا بعد انقضاء الوقعة قبل الإحراز، عندنا: لا مشاركة[1].

وعندهم: المشاركة ثابتة[2].

❖ **لنا:**

أَن الاستيلاء سبب الملك في مال الكفار[3] شرعًا، وقد وُجد بتمامه فيُحكم بحصول الملك، وجازت القسمة بناءً عليه، كما لو كانت الوقعة في دار الإسلام.

والدليل على تمام الاستيلاء: وجود صورة الاستيلاء، ومعناه المؤثر في إفادة الملك.

أمّا صورة الاستيلاء فمعلومة[4] مشاهدة.

وأمّا المعنى المؤثر في إفادة الملك فهو استيلاؤه عليه باعتقاد التملك مع إطلاق الشرع له ذلك، فهذا هو المؤثر في إفادة التملك[5].

ألا ترى[6] في المباحات مثل الصيود وغيرها من الحطب والحشيش إذا أخذها الإنسان يملكُها، وكان المعنى هو[7] الأخذ على اعتقاد التملك

---

(١) الحاوي ١٤/١٥٩، كتاب السير من التعليقة ص ٨٩٧، التهذيب ٥/١٧٣، النكت ورقة ٢٩٠/أ.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٣/٥٦، مختصر اختلاف العلماء ٣/٤٦٠، اللباب ٢/٨٠٣، مختصر القدوري ٢/٣٣٧.

(٣) في (ز): الكافر.

(٤) في (الأصل): معلومة.

(٥) في (ز): الملك.

(٦) في (ز): أن في.

(٧) في (ز): فيه هو.

مقرونًا بإطلاق الشرع له ذلك، (كذلك في مسألتنا يدل عليه: أن استيلاء الكافر تام على الأموال، والمسلم إذا أخذها من يده فقد استولى عليها)[1] مثل استيلاء الكافر عليها، وإن صُورّ في صيود اصطادها الكفار ثم أن المسلمين أخذوها منهم، واستولوا عليها لم يتصور إشكال في وجود المساواة بين الاستيلائين.

ويدل عليه: من حيث الحكم[2] في أن الاستيلاء قد تَمَّ بزوال ملك الكفار[3] عن الأموال وهو مسلم على أصولهم، وإنما زال ملكهم[4] بوجود تمام الاستيلاء من المسلمين عليها، فكذلك يثبت ملك المسلمين بهذه العلة.

يبينه: أن يدهم إن زالت بالكلية والتمام فوجب أن تثبت يد المسلمين عليها بالكلية والتمام، ولا يمكن التفريق بين هذين وإن لم تُزل يدهم بالتمام وزال ملكهم لوجود أصل الزوال، فقولوا على هذا وُجِدَ ملك المسلمين وإن لم تثبت يدهم بالتمام لوجود أصل اليد، وهذا حرف مشكل عليهم في الإلزام [٣١١/ب]، ولستُ أعرف لهم كلامًا على هذا، ولا منعًا لأصل الإلزام.

❁ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى أن الاستيلاء لم يتم قبل الإحراز فلم يُحكم بوقوع الملك فيه، كما قبل انقضاء الوقعة، وكما نقول[5] في حال فور الهزيمة.

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): الكافر.
(٤) في (ز): ملكه.
(٥) ليست في (ز).

ودليل عدم تمام الاستيلاء: أن يد المسلمين ثابتة على هذه الأموال من وجه دون وجه، ولا يتم الاستيلاء إلا بثبوت اليد من كل وجه.

والدليل على عدم (ثبوت اليد)[1] من وجه: أن الأموال باقية في دار الحرب، ودار الحرب[2] في أيديهم وهي مكان المال، وثبوت اليد على مكان المال ثبوت على المال[3]؛ لأن الشيء لمكانه، ولأن الشيء يجري من مكانه مجرى التبع من المتبوع لقيامه، (فبثبوت)[4] اليد على المتبوع يتضمن ثبوت اليد على التبع.

والدليل على أن دار الحرب في أيديهم: إضافتها إليهم على الإطلاق مثل ما تضاف دار الإسلام إلى المسلمين[5] على الإطلاق، ولأن معنى كون الدار في أيديهم قيامهم بتدبيرها ومصالحها، وانتصابهم للذّب والدفع عنها، وبهذا المعنى صارت دار الإسلام في يد المسلمين.

قالوا: ولا تقول: إن يدَهم حُكْمِيّة حتى يقال: إن الحُكْمِيّة لا تعارض الحسيّة، بل يدُهم أيضًا حسيّة على الوجه الذي قلنا، فثبت بما قلنا أن يد المسلمين ثابتة من وجه دون وجه.

قالوا: ولا يلزم على هذا إذا باع شيئًا من إنسان في داره، وسلّم إليه

(١) في (ز): الثبوت.
(٢) في (ز): باقية في.
(٣) في (ز): بمكانه.
(٤) في (ز): به فثبوت.
(٥) في (ز): المسلم.

حيث يدخل في ضمانه، أو وَهَبَ منه وسلّم إليه مَلَكَه، وإن كان بعدُ[١] في دار الواهب، وكذلك إذا أخذ شيئًا من إنسان غصبًا دخل في ضمانه، وإن كان الغصب في دار المغصوب منه، (ولم يُحرز إلى دار نفسه)[٢].

قالوا في هذه المسائل: لا نقول: إن هذه[٣] الأيدي ثابتة (على التمام)[٤]، بل تثبت هذه الأيدي من وجه دون وجه، ولكن ثبوت اليد من وجه كافٍ لثبوت الملك في الهبة، وانتقال الضمان في البيع ووجوب الضمان في الغصب.

أما في الهبة والبيع فثبوت اليد حقيقة ليست بشرط، بدليل أن بالتخلية يثبت فكيف يُعتبر تمامُها؟ وإنما المعتبر في الهبة وجود نهاية الرضا أو تَأكّد العقد باليد وإن كان من وجهٍ.

وفي البيع يعتبر في انتقال الضمان وجود التسليم الذي عليه، وقد أتى البائع بما عليه فانتقل الضمان[٥].

وأما[٦] في الغصب فنقول: تثبت يد الغاصب من وجهٍ دون وجهٍ ما دام في دار المغصوب منه، ولكن وجب الضمان مع هذا؛ لأنه ضمان جبرٍ، فإذا فاتت اليد من وجه فلابد من ضمان الجبر.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): من كل وجهٍ.
(٥) في (ز) زيادة: في حقه.
(٦) في (ز): فأما.

يبينه: أن إزالة اليد عن العين أُلحقت[1] بإتلاف العين في إيجاب الضمان الجابر، فكذلك يُلحق إزالة اليد من وجه بإزالته من كل وجه في إيجاب هذا[2] الضمان.

واستدل بعضهم: بثبوت اليد بالدار بما لو تنازع رجلان في شيء، وهو في دار أحدهما يكون صاحب الدار أولى، وبفصل السرقة وهو أن إخراج المسروق من دار المسروق منه شرط لوجوب القطع، فإذا كان هذا شرطًا في تمام السرقة جاز أن يكون الإحراز بالدار هاهنا شرطًا لتمام الاستيلاء.

وذكروا من وجه آخر، وهو: أن قهر المالك وُجد من وجه دون وجه؛ لأن القهر الكامل إنما يوجد بقهره، وقهر كل[3] مَنْ يتقوّى وينتصر به، ولم يوجد ذلك؛ لأن الكفار كلهم يد واحدة في النُّصرة والمنعة والقوة؛ فإنهم يذبون عن دينٍ واحدٍ، ويتناصرون على منعةٍ واحدةٍ، فصاروا جميعًا كشخصٍ واحدٍ في هذا المعنى، وهم مثل المسلمين في هذا المعنى.

وإذا ثبت هذا فقهر المالك وإن وُجد هاهنا فقهر سائر الكفار لم يوجد، وهم يد واحدة فصار القهر موجودًا من وجهٍ دون وجهٍ، وأما إذا أحرزوا بدار الإسلام فقد تَمَّ القهر؛ لأن مكان نصرتهم هو دار الحرب، وفي هذه الصورة المال قد أخرج عن مكان نصرتهم جميعًا، فقد تعدّي القهر إلى الكل، وهذا المعنى لا يوجد قبل الإحراز.

---

(١) في (ز): أُلحق.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ليست في (ز).

وقال بعضهم: لما كانت يد[1] الكفار يدًا واحدةً على المسلمين، فلابد من إيصال القهر بجميع الكفار حتى يتم القهر على هؤلاء الكفار.

ووجه الاتصال: أن يُحرز بدار الإسلام؛ لأنه إذا أُحرز بدار الإسلام، وأهل الإسلام يد واحدة في نصرة الدار، فلا يتصور من الكفار قهر جميع (أهل دار الإسلام)[2].

وأما[3] قبل الإحراز فلا[4] يتصل القهر بكل الكفار، من حيث إنهم لما كانوا يدًا واحدةً، (ويتصور)[5] أن يقهروا هؤلاء الذين في دار الحرب، وهم[6] لا يتصور أن يقاوموهم، فكان قهرهم مقصورًا على بعض الكفار، وقد بيَّنّا أنه لا يتم حتى يصل بجميعهم.

وقد استدل كثير من [٣١٢/أ] مشايخهم المتقدمين بجواز أخذ الطعام والعلف من غير ضرورة ولا ضمان، ولو كان الملك وقع للغانمين لم يجز كما بعد القسمة، وفرقوا بهذا بين ما قبل الإحراز (وعن ما بعد الإحراز)[7].

واستدل بعضهم: بما لو أعرض بعضُ الغانمين عن الغنيمة سقط حقهم، ولو مَلَكُوا بالاستيلاء لم يتصوّر سقوط حقهم بالإعراض.

---

(١) زيادة من (ز) يقضيها المقام.
(٢) في (ز): المسلمين.
(٣) في (ز): أما.
(٤) في (ز): فلم.
(٥) في (ز): على المسلمين يتصور.
(٦) في (ز): و.
(٧) في (ز): وما بعده.

۞ **الجواب:**

إنّا[1] بيَّنَّا تمام الاستيلاء بأبلغ دليل.

أما قولهم: إن يد الغانمين تثبت على هذه الأموال من وجه دون وجه.

قلنا: بل تثبت من كل وجه.

وقولهم: إن الأموال باقية في دار الحرب، ودار الحرب في أيديهم.

قلنا: قول القائل: إن دار الحرب في أيدي أهل الحرب مجاز من الكلام.

ومعناه: أنهم القائمون بمصالحها، والمنتصبون للذّب والدفع عنها، وهذا لا يدل على أنها في أيديهم؛ لأن هذا المعنى شيء آخر، واليد شيء آخر.

ألا ترى أن الصبي الحر يقوم الأب بمصالحه، وينتصب للذّب عنه، ولا يدل على أنه في يده؛ لأن الحر لا تثبت عليه اليد أصلًا.

ويقال لهم: ما معنى اليد التي تدّعون ثبوتها حتى ينظر هل وجد[2] هاهنا؟ لأن[3] ما لا يعرف محسوسًا لابد من طلب معناه، ليعرف وجوده من عدمه.

فإن قالوا: معنى اليد هو: التمكن من الشيء حفظًا وتصرفًا، والشيء إذا كان في دار إنسان يكون صاحب الدار متمكِّنًا منه حفظًا وتصرفًا.

قلنا: هذا كلام[4] حسن، ولكن أين هذا في مسألتنا؟ فإنه لم يوجد

---

(١) في (ز): أناقد.

(٢) في (ز): وجدت.

(٣) في (ز): فإن.

(٤) في (ز): الكلام.

تمكّن أهل دار الحرب من هذه الأموال لا حفظًا ولا تصرفًا، وقد كان لمُلَاكها هذا، ولكنه فات وانعدم، فتبين بهذا أن دعوى اليد المحسوسة لا يمكن، لم يبق إلا أن يُدّعى اليد الحكمية، وهو دعوى بلا دليل، على أن للغانمين يدًا حسيّة، ولأهل الحرب يدًا حُكْمِيَّة، واليد الحُكْمِيَّة لا تعارض الحسيّة.

والدليل عليه المسائل التي ذكرناها من يد البيع، ويد الهبة ويد الغصب، فإنه[1] يثبت للمشتري، والموهوب له، والغاصب أيدي حسيّة، ولم تعارضها (اليد الحُكْمِيَّة)[2]، وهو يد صاحب الدار.

وقولهم: إن الأيدي لهؤلاء ما ثبتت على التمام.

قلنا: لو لم تثبت على التمام لم تثبت هذه الأحكام، وإن جاز أن تثبت هذه الأحكام ولم تثبت اليد على التمام جاز أن يثبت (ملك الغانمين)[3] في مسألتنا وإن لم تثبت يدهم على التمام.

والاعتماد على الأول، وقد قال أبو حنيفة: إن الحربيّ إذا دخل دار الإسلام يصير فيئًا لجميع المسلمين[4]، وإنما تثبت لهم يد حُكْمِيّة بحكم الدار وللحربي على نفسه يد حسية، فإذا[5] لم تعارض الحسيّة الحُكْمِيَّة في منع الملك فكيف تعارض الحُكْمِيّة الحسيّة في هذا المنع؟.

(١) في (ز): وأنه.
(٢) في (ز): ألاّ يد حكمية.
(٣) في (ز): مال للغانمين.
(٤) بدائع الصنائع ٩/٤٣١٨.
(٥) في (ز): وإذا.

وأما قولهم: إن التملك[1] بقهر المالك ولم يوجد قهر المالك من كل وجه.

قلنا: بل وجد من كل وجه؛ لأنهم مقتولون، أو مأسورون، أو منهزمون، ولا قهر فوق هذا، وأما قهر سائر الكفار فليس بشرط في هذا الملك؛ لأن التملك على المُلَاك فلا يُعتبر قهر غيرهم.

أما[2] قولهم: إنما يتم إذا قهره، وقهر مَنْ يتقوّى به وينتصر به[3].

قلنا: نقول إذا قهره، ولم يتمكن ناصرُه من نصرته، فقد قَهَرَه وَقَهَرَ مَنْ ينصره، وعلى أن قهر جميع الكفار ليس بشرط؛ لأن قهر جميع الكفار إنما يُشترط إن لو كان التملك على جميع الكفار، ولأن ذلك لا يمكن اعتباره، وما لا يمكن اعتباره سقط[4] اعتباره.

وقولهم: إنه إذا أحرز بدار الإسلام فقد أخرج المال عن مكان نصرة الكفار.

قلنا: النصرة فائتة في الموضعين، وقهرهم بفوات نصرتهم في موضع نصرتهم أظهرُ وأبينُ من قهرهم بفوات نصرتهم[5]، لا في موضع نصرتهم، ويدخل على كل[6] كلامهم زوال ملك الكفار وهو في نهاية الإلزام.

---

(١) في (ز): الملك.

(٢) في (ز): وأما.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): يسقط.

(٥) ليست في (ز).

(٦) ليست في (ز).

وقولهم: إن الرجلين إذا تنازعا في شيء، وهو في دار أحدهما يكون أولى به.

قلنا: إذا كان في يد أحدهما لا يكون صاحب الدار أولى، وإن كان في دار[1] أحدهما وليس في يد الآخر أصلًا فيكون صاحب الدار أولى؛ لأنه في حفظ هذا وتصرفه، وليس للآخر شيء أصلًا، وأما في مسألتنا فللغانم[2] يد حسيّة، وليس للحربي يد أصلًا، (فكيف تكون)[3] هذه المسألة مثل تلك المسألة؟

وأما قولهم: إنه لا بد من اتصال القهر بجميع الكفار حتى يتم القهر.

قلنا: المعتبر قهر مَنْ وقع التملك بيده[4].

قالوا: ليس المقصود من الجهاد هو المال حتى يعتبر قهر طائفة منهم، إنما الجهاد لإعزاز كلمة [٣١٢/ب] الله ولإعلاء دينه، فإذا كانوا أهل دينٍ واحدٍ ومنعةٍ واحدةٍ، فلابد من إيصال القهر بجميعهم.

قلنا: لما كانوا أهلَ منعة واحدة ويدًا واحدة على المسلمين، فإذا قُهِرَ هؤلاء ولم ينصرهم أولئك، أو عجزوا عن المدافعة عنهم، فقد اتصل القهر بجميعهم.

يبقى أنهم قالوا: يجوز أن يرجعوا ويُدركوا، أو يقهروا هؤلاء المسلمين.

---

(١) في (ز): يد.

(٢) في (ز): للغانمين.

(٣) في (ز): فتكون.

(٤) في (ز): عليهم.

قلنا: فإذًا هذا يكون مقابلةً أو[١] انتقامًا من قهر حصل عليهم، فلا يدل على نقصان القهر الأول، لكن القهر من المسلمين قائم، فإن اتفق هذا فهو نوع مقابلة وانتقام، فلا يمنع من تمام القهر الأول.

وأما مسألة السرقة فهناك الأخذ قد تَمّ إلا أن السرقة لم تتم؛ لأنه إنما يتم جنايته من حيث السرقة بالإخراج من الحرز.

والدليل على أنه ليس المعنى ما قالوا[٢]: أن الدار إذا كانت لها مقاصير[٣]، وهي لمالكٍ واحدٍ وأُخرج[٤] من مقصورة إلى صحن الدار وجب القطع وإن كان لم يخرجه من داره.

وأما القسمة في حال[٥] فور الهزيمة فعندنا يعتبر استقرار الهزيمة، ولا فرق بين أن يكون على الفور أو لا يكون[٦] على الفور.

وأما فصل الطعام والعلف فالتعلق به ضعيف؛ لأنه مُفارق لسائر الأموال في جواز الأخذ منه والانتفاع به، فكيف يُستدل به في حكمها؟ وهذا لأن الطعام والعلف استُثنى من سائر الغنائم لحاجة الغانمين إليه على العموم، ويعسر حملُه إلى دار الحرب مدة الذهاب، والمكث، والمجيء، وعدم الباعة

---

(١) في (ز): قهر بقهر.
(٢) في (ز): قالوه.
(٣) مقاصير: جمع مقصورة، هي الدار الواسعة المحصنة، أو هي أصغر من الدار. القاموس مادة (قصر) ٣/١٢٢.
(٤) في (ز): فأخرج.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).

في دار الحرب على أغلب العادات، فلو لم يُستثن حكمه عن سائر الأموال وقعت الغزاة في حرج[١] عظيم، وربما يؤدّي ذلك إلى تنفيرهم وقعودهم عن الجهاد، فاستثني وبقي على أصل الإباحة لهذا.

ولهذا المعنى قالوا: يجوز التنفيل في غير الطعام والعلف، ولا يجوز في الطعام والعلف، وإذا بقي على أصل الإباحة لم يفتقر جواز الأخذ إلى ضرورة، ولا كان موجبًا ضمانًا.

وأما فصل الإعراض قلنا: إنما كان كذلك؛ لأنه تبين بإعراضه أنه لم يرد المال بجهاده، وإنما أرد الدار الآخرة فحسب، والجهاد من الإنسان متردد بين هذين، بين أن يريد وجه الله تعالى وبين أن يريد عرض الدنيا، فأيّهما اختاره حُكم له بموجبه.

وبهذا الطريق سقط حق المعرض على أصلهم، وإن كان الحق أيضًا لا يسقط بالإعراض، اللهم إلا أن يكون ثبوته مبنيًا على الطلب مثل الشفعة، وبالإعراض يكون تاركًا للطلب، وفي الحق الذي للغانمين على أصولهم لا يوجد هذا، ومع ذلك سقط بالإعراض دل أن المعنى ما بيَّنا[٢].

وقد استدل أصحابنا عليهم بصحة القسمة، وهم يقولون: يصح بأحد معنيين إمّا لأجل الحاجة إلى الحمل إذا اضطر الإمام إلى ذلك ولم يمكنه الحمل قبل القسمة.

وقد قال بعضهم: يَقْسِمُ حَمَلًا ثم إذا دخل دار الإسلام يسترد منهم،

---

(١) في (ز): تعب وحرج.
(٢) في (ز): ما بينا.

ويقسم ثانيًا تمليكًا[١] والمعنى الآخر هو إذا اجتهد الإمام وأدّى اجتهاده إلى الجواز، فيصح بهذا الطريق كما إذا اجتهد عندنا يجوز بيع المدبَّر، أو اجتهد عندكم يُحكم[٢] بالملك في البيع الفاسد، فقد[٣] نفذ قضاؤه في الموضعين وإن لم يُشرع جواز العقد في الابتداء عندنا وعندكم، ولا حاجة بنا إلى إيراد هذه المسألة، وإنما الاعتماد على ما سبق[٤]. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الكفار إذا استولوا على أموال المسلمين لا يملكون بالاستيلاء عندنا[٥].

وعندهم: يملكون[٦].

❊ **لنا:**

إن المال محل معصوم بالإسلام فلا يُملك بالنهب كالرقبة، وهذا لأن في التملك بالنهب هتك عصمة الإسلام، ويستحيل وجود العصمة الشرعية

(١) مختصر القدوري ٢/٣٤٠، وتسمى قسمة إيداع، وليست قسمة تمليك.
(٢) في (ز): وَحَكم.
(٣) ليست في (ز).
(٤) ينظر: ص٣٦٢.
(٥) الحاوي ١٤/٢١٦، كتاب السير من الشامل ص ١٤٩، كتاب السير من التعليقة ص٩٩٩، النكت ورقة ٢٨٥/ب، البيان ١٢/١٩٠، التهذيب ٥/١٥١.
(٦) مختصر القدوري ٢/٣٣٩، تنوير الأبصار مع رد المحتار ٦/٢٦٩، اللباب ص٧٩٨، فتح القدير ٦/٤، مجمع الأنهر ١/٦٥٢، رؤوس المسائل ص ٣٦٠.

بالإسلام، ثم ورود الشرع بهتكها.

يدل عليه: أن المعصوم هو المعصوم عن النهب؛ لأن العصمة هي الحفظ.

ومعنى الحفظ: أنه محفوظ عن ما يُملك به المباح، والمباح يُملك باليد، والمعصوم معصوم[١] عن التملك باليد.

ويمكن أن يقال: إن المعصوم محفوظ على مالكه شرعًا، وَمِنْ حفظِه على مالكه: أن لا يُملك عليه بالغلبة، بل[٢] يُملك بتمليكه ورضاه، وهذا كلام وجيز مختصر في غاية الإخالة.

وأما الدليل على أن العصمة بالإسلام سنذكر في المسألة التي تلي هذه المسألة، ولا حاجة بنا في هذه المسألة إلى إثباته؛ لأنهم[٣] يُسلّمون عصمة مال المسلمين إلا أنهم يقولون: هي بالدار، وأيُّهما كان حصل المقصود وهو ثبوت العصمة.

وأما الدليل على ثبوت العصمة لهذه الأموال [٣١٣/أ] في حق الكفار، فإنهم يمنعون ذلك.

فوجه هذا الدليل هو: أن الدليل قد قام على أن الكفار مخاطبون بالشرعيات[٤] خصوصًا في المناهي والمحرمات، والعصمة بخطاب الشرع،

---

(١) في (ز): يعصم.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): فإنهم.
(٤) في (ز): في الشرائع.

فكل مَنْ تناوله الخطاب تثبت العصمة في حقه.

والدليل الملخّص في ثبوت الخطاب في حق الكفار هو: أن الرسول ﷺ بُعث إلى الناس كافّة: أحمرهم، وأسودهم على ما وَرَدَ به النص في القرآن[(١)] والأخبار[(٢)]، فكل مُكلّف في العالم مُكلف بقبول جميع ما جاء به الرسول، مخاطب بالتزام جميع شرائعه، وهذا لأن الشرعيات[(٣)] مشروعة على الشمول والعموم، ليس فيها تمييز وتفريق، فجماعة أهل التكليف في جميع الشرعيات[(٤)] على السواء إلا مواضع استثناها الشرع.

ويدل عليه: أن الكافر إذا زنى، أو سرق، أو قذف يُحد بشرع الإسلام، ولولا أن الخطاب بالنهي عن هذه الأشياء تناوله، وإلا لم يتصور وجوب الحد عليه.

والدليلان معتمدان، وطريقة الاعتماد على العصمة بالتقرير الذي قدمنا طريقة الأصحاب، وهي في غاية الحسن والقوة.

ويمكن أن يسلك طريقة أخرى هي ألطف وأقرب إلى قطع الشغب، وأرفعُ للمشكل على فصل العصمة، وهو فصل الضمان، فإنه في نهاية الإشكال على طريقة الأصحاب.

والطريقة التي نختار سلوكها في هذه المسألة هي: أن الاستيلاء ليس

---

(١) يشير إلى قوله تعالى: ﴿وَمَآ أَرْسَلْنَٰكَ إِلَّا كَآفَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا﴾ سبأ (٢٨).

(٢) يشير إلى قوله ﷺ «بعثت إلى الأحمر والأسود...» رواه أحمد في مسنده ٥/٤١١.

(٣) في (ز): الشرائع.

(٤) في (ز): الشرائع.

بسبب في الأصل لملك الناس، إنما هو سبب لملك المباحات التي لا مَالِكَ لها.

والدليل عليه: المشروع والمعقول:

أما المشروع فقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾[1]، وقد[2] منع الأكل في أموال الناس على الإطلاق واستثنى جهةً مخصوصةً، فما وراءها في أموال الناس باطل.

ولأن الاستيلاء أخذ بصفةٍ، والشرع وضع هذا الأخذ سببًا لملك المباح الذي لا مالك له لمعنىً لا يوجد فيما له مالكٌ، وذلك المعنى هو: أن الله خلق جميع ما في الأرض لعباده، فإذا لم يكن للشيء مالكٌ متعينٌ، ولم يرد حظر شرعي كان كل واحد بسبيل من جعله لنفسه، ويملكه لينتفع به، ويصل إلى ما جعل الله له، وهذا المعنى لا يوجد في أملاك الناس؛ لأنه قد ظهر لها مُلاّك، وتعين لها أصحاب، فهم أولى بها وبمنافعها.

ألا ترى أن النبي ﷺ قال: (الناس شركاء في ثلاثة[3])[4]، ومعنى الشركة فيها[5]: كونُهم فيها على السواء من غير اختصاص ولا تعيّن[6] لواحدٍ دون واحد وهذا لا يوجد في الأملاك.

---

(١) سورة النساء، آية (٢٩).

(٢) في (ز): فقد.

(٣) في (ز): ثلاث.

(٤) سبق تخريجه ص٢٨٥.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): ولا تعيين.

وأما المعقول فلأن ملك الإنسان حقه، وعلامة حق الإنسان: أن لا يُغلب عليه، فأما إذا غُلب وصار ملكًا لمن يغلبه عليه كان هذا الحق وما ليس بحقٍ سواء، وصارت أملاك الناس والمباحات التي لا مالك لها شيئًا واحدًا، ولم يبق لحقه وملكه معنىً، وإنما السبب في أملاك الناس هو التملك بالمراضاة لئلا يصير الحق كَلَا حق والملك كَلَا ملك.

وإذا ثبت هذا فنقول: أملاك الكفار صحيحة شرعًا وهذا بالإجماع، ولهذا المعنى جُعلت عقودهم بالمراضاة مثل عقود المسلمين مثل البياعات والمناكحات وغيرها وسواء في ذلك وُجدت مع الكفار أو مع المسلمين.

يبينه: أنه إذا اعتبرت مراضاتهم في إثبات الحقوق والأملاك اعتُبر أيضًا سخطُهم في دفع الاستيلاء والتملكات؛ لأن مَنْ اعتبر الشرع رضاه في الإثبات اعتبر رضاه في المنع.

وإذا ثبت الأصل الذي قدمناه، وعُرف أن أملاكهم وحقوقهم صحيحة شرعًا لم يكن سبب الملك فيها إلا ما هو السبب في سائر الأملاك، على اعتبار أصل قانون الشرع إلا أنهم لما كفروا وجحدوا معبودهم ولم يعرفوا حق إنعامه عليهم، وعَانَدُوا، وَكَابَرُوا عاقبهم الشرع في نفوسهم وأملاكهم بيد أهل الإسلام، فجعل أموالهم بمنزلة المباحات التي لا مالك لها وسلب منها حق الأملاك[1] وحرمتَها[2]، وبسط أيدي المسلمين عليها، كما بسط على سائر المباحات، وجعل رقابهم بمنزلة رقاب الوحوش، والصيود في

(١) في (ز): الملاك.

(٢) في (ز): وحرمتهم.

البراري، والصحاري، وسلبهم كرامة الآدميين، وسلط عليهم أيدي المسلمين ليقهروهم ويتملكوهم، ويستولوا عليهم، وهذا كله من باب المعاقبات، والمجازاة على [٣١٣/ب] الجنايات على جهة الإعراض عن أصل القاعدة الكلية بعارض جناياتهم وكفرهم.

وهذا المعنى إنما يوجد في حق الكفار أما في حق المسلمين فلا، فبقي الأمر في حقهم على ما هو الأصل، وهو نظير الرقاب سواء، بلا فرقان ولا تمييز.

والحرف: أنه لم يوجد سبب الملك فلا يثبت الملك كما لو كان الاستيلاء على رقبة المسلم، وقد قال بعضهم: إن إحداث الرق والمملوكيّة يجوز أن يعطى له صفة العقوبة؛ لأن المملوكيّة في نهاية الذل والهوان، فأما التملك لا يتصور عقوبة.

ألا ترى أنه مشروع بسببه في حق المسلمين بخلاف الاسترقاق، وهذا ليس بشيء؛ لأن العقوبة في إلحاق أموالهم بالمباحات التي لا مَالَكَ لها، وجَعل أملاكهم كَلَا أملاك، وحقوقهم كَلَا حقوق، وهذا المعنى صالح للمعاقبة قطعًا، ولا يخفى على ذي فهمٍ ولبٍ.

۞ **وأمّا حجّتهم في المسألة:**

احتجوا بحديث رواه تميم[١] بن طرفة مرسلًا أن النبي ﷺ قال في بعير كان المشركون أخذوه واشتراه رجل من المسلمين، ثم جاء المالكُ الأول،

---

(١) تميم بن طرفة الطائي المُسّلي الكوفي، ثقة من الثالثة، مات سنة ٩٥هـ، روى له مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه. ينظر: التقريب ص ٤٩، التهذيب ١/٥١٣.

فقال له: إن شئت أخذتَه بالثمن[١].

وربما رووا هذا في عبد أخذه المشركون، ثم وُجد في المغنم، وجاء المالكُ الأول، فقال: إن وجدتَه قبل القسمة أخذته بغير شيء، وإن وجدتَه بعد القسمة أخذته بقيمته.

وأما المعنى قالوا: سبب يملك به المسلم به الكافر، فيملك بمال الكافر مال المسلم، **دليله**: البيع.

ونعني بالسبب هو: الاستيلاء على اعتقاد التملك، والإحراز بدار مخالفه، وهذا لأن الله تعالى سَوَّى بين المسلمين والكفار في أسباب الدنيا، بل جعل نُصُب الكفار أوفر وأكثر، وإنما فرق بينهما[٢] في الآخرة؛ لأن الدنيا دار الابتلاء والآخرة دار الجزاء.

ألا ترى أنه كما يوجد في الدنيا كافر مُقْتَر عليه، ومسلم منعَم عليه، يوجد كافر منعَم عليه ومسلم مُقْتَر عليه، وكان السبب في ذلك أن الدنيا دار الابتلاء، والابتلاء في حق الكل واحد، وأما في الآخرة فلا يوجد مسلم إلا في الجنة كما لا يوجد كافر إلا في النار، ولأنها دار الجزاء، وجزاء الطاعة الجنة، وجزاء الكفر النار.

وإذا ثبت أن الله تعالى سَوَّى بين الفريقين في السبب، فكل ما كان سببًا

---

(١) رواه أبو داود في مراسيله. ينظر: نصب الراية ٤٣٤/٣، ورواه الدارقطني في سننه ١١٤/٤ ـ ١١٥ بطريق آخر، وقال: فيه الحسن بن عمارة متروك.
والبيهقي في سننه ١١١/٩، وفي إسناده الحسن بن عمارة أيضًا.
وينظر: نصب الراية ٤٣٤/٣.

(٢) زيادة من (ز) يقضيها السياق.

في حق أحدهما يكون سببًا في حق الآخر.

ويدل عليه: فصل الضمان حيث سُوِّيَ فيه بين الفريقين سقوطًا حتى إنه كما لا يضمن المسلمون أموال الكفار بإتلافها لا يضمن الكفار أموال المسلمين إذا أتلفوها.

وهذا الفصل مشكل عظيم على فصل العصمة، ووجه الإشكال: أن إسقاط الضمان إهدار، والإهدار ضد العصمة، فلم يتصور وجود العصمة وسقوط الضمان، فلما سقط الضمان دلّ أن سقوط الضمان جاء من جهة أن العصمة غير ثابتة في حق الكفار.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن المسلمين إنما يملكون أموال الكفار بالاستيلاء من حيث إنه جهاد وطاعة، وهذا لا يوجد في استيلاء الكفار على أموال المسلمين؛ لأن الملك لم يكن من حيث إنه طاعة، فإن الطاعة لا يجوز أن تكون سببًا للتملك، فإنها سبب[1] السعادة الأبدية، والوصول إلى رضا الرب عَزّ اسمه، وإنما صار سببًا للملك من حيث إنه استيلاء فحسب.

قالوا: والدليل على هذا أن الكفار يملكون أموال الكفار بالاستيلاء، ولا يتصور وجود الطاعة.

واعترضوا بهذا الفصل على الطريقة الثانية، فإن الاستيلاء في هذا الموضع جُعل سببًا للملك، وهو حاصل في أموال الناس.

ولا يجوز أن يكون في هذه الصورة بطريق المعاقبة؛ لأنه لم يُجعل

(١) في (ز): لسبب.

معاقبة الكفار إلى الكفار.

قالوا: وأما الرقاب فهناك السبب لم يُصادف محله؛ لأن الكفار[1] خُلقوا أحرارًا في الأصل، وليكونوا مالكين لا ليكونوا مملوكين، والحر المالك لا يكون محلًا للتملك[2] إلا أن في حق الكفار عرض عارض جنايتهم من الكفر وجحود المعبود، فأُلحقوا بالبهائم، (وجُعلت رقابُهم)[3] محل الملك.

وربما يقولون: سُلبوا الحرية وجُعلوا أرقاء في حق المسلمين، وهذا؛ لأنهم لما أنفوا من عبادة خالقهم جعلهم عبيد عبيده، ومثل هذا لا يوجد في الأموال، بل هي محل الملك، والاستيلاء قد صادف محله فأفاد موجبه.

وبعضهم قال: إن الحر في يد نفسه فلا يتم الاستيلاء عليه، وأما في[4] الحر الكافر وإن كان في يد نفسه إلا أن هذه[5] [٣١٤/أ] غير محترمة، ولا[6] تعارض يدَ المستولي، وأما يد المسلم على رقبته محترمة فعارضت يد المستولي فمنعت تمام الاستيلاء.

قالوا: وأما العصمة فقد قلنا: إنها غير ثابتة في حق الكفار، وعلى أن العصمة قد كانت بالإحراز، وقد زالت حين استولى الكفار على المال، وأحرزوه بالدار[7] فوُجد الاستيلاء بعد الإحراز في مال مباح غير معصوم،

(١) في (ز): الآدميين.
(٢) في (ز): الملك.
(٣) في (ز): وجعلوا.
(٤) في (ز): في حق.
(٥) في (ز): يده.
(٦) في (ز): فلا.
(٧) في (ز): بدارهم.

وهذا لحقيقةٍ: وهي أن الاستيلاء فعل حسيٌ يتجدد كل ساعة، وقد كان قبل الإحراز موجودًا في غير محله إلا أنه بعد الإحراز وُجد في محله، وصار استيلاؤهم بعد الإحراز نظير استيلاء المسلمين على أموالهم في الابتداء.

قالوا: وأما ثبوت حق المسلم المُستولَى عليه في الاسترداد إذا وُجد في المغنم، أو حصل في يد مسلم إنما ثبت بالنص الوارد عن النبي ﷺ في ذلك على ما بيَّنّا، ولم يكن ثبوته بالقياس حتى يُلحق استيلاء المسلمين على الكفار باستيلاء الكفار عليهم في هذا المعنى.

وقالوا: أيضًا ثبوت إعادة ملكه القديم لا يدل على انتفاء الملك لمن وُجد له السبب بدليل فصل الهبة، وهذا لحقيقةٍ: وهو أن الملك وإن وقع للكفار عندنا، ولكنه وقع بسبب حرام عند المسلمين.

فأنا نقول: إن الاستيلاء على أموال المسلمين حرام وعدوان، إلا أن هذا غير ثابت في حق الكفار لفقد(١) الالتزام(٢)، وعدم ولاية الإلزام والملك الواقع بسبب حرام يجب نقضه ورده، فإذا كان هذا السبب حرامًا في حق المسلمين، ووقع الشيء في يد مسلم وجب رد هذا الملك وإعادته إلى صاحبه القديم، غير أنا أعدنا(٣) بعد القسمة بعوض.

وكذلك إذا وقع في يد مشترٍ منهم لصاحبه القديم حق (استرداده ثمنه)(٤)

---

(١) في (ز): لعدم.

(٢) في (ز): وفقد.

(٣) في (ز): اعتبرناه.

(٤) في (ز): الاسترداد بثمنه.

دفعًا للضرر عن المشتري، ولمن وقع هذا الشيء في نصيبه بالقسمة مثل الشفيع يأخذ الشقص[1] بعوض دفعًا للضرر عن المشتري، كذلك هذا[2].

وأما المستولى إذا أسلم، فكان (ينبغي أن)[3] يجب عليه أن يرد الشيء إلى مالكه القديم غير أنه لم يجب بنص الرسول لقوله ﷺ: (مَنْ أسلم على شيء فهو له)[4].

وتكلموا على قولنا: إن السبب عدوان محض، وقالوا: لا نسلم العدوانية؛ لأن هذا بناء على ثبوت العصمة في حق الكفار، ولسنا نسلّم ذلك، وعلى أن هذا السبب وإن كان عدوانًا ولكن[5] بعارض الإسلام.

وأما أصل الاستيلاء فهو سبب للملك[6] إذا صادف محله، وكان[7] هذا السبب مشروعًا بأصله غير مشروع بوصفه مثل البيع الفاسد على أصولنا، فلم يمنع وقوع الملك على ما عرف.

۞ **الجواب**[8]:

أما الخبر فهو مرسَل وتميم بن طرفة، لم يلق النبي ﷺ، ولا هو ممن

(١) في (ز): الشفعة.
(٢) في (ز): هاهنا.
(٣) ليست في (.).
(٤) رواه البيهقي في سننه ٩/١١٣، وقال الألباني في الإرواء ٦/١٥٧: «والحديث حسن بمجموع طرقه»، وينظر تخريجه في التلخيص الحبير ٤/١٢٠.
(٥) في (ز): ولكنه.
(٦) في (ز): التملك.
(٧) في (ز): فكان.
(٨) في (ز): والجواب.

تثبت الحجة بروايته[١]، ولا ينبغي أن يُقبل هذا الخبر أصلًا.

وقد استدل أصحابنا بحديث عمران بن حصين في المرأة الأنصارية، وأخذها العضباء ناقة رسول الله ﷺ وردها إلى المدينة[٢] على ما هو المشهور والرجوع إلى مثل هذا الخبر المشهور أولى من الرجوع إلى الخبر الشاذ النادر الذي رووه.

وأما المعنى فلا يرد شيء من كلامهم على الطريقة الثانية التي (اعتمدنا عليها)[٣]، ولسنا نسلّم وجود السبب أصلًا.

والذي تكلموا عليه في أثناء الكلام[٤] من قولهم: إن الكفار إذا استولوا على أموال الكفار ملكوها.

قلنا: قد[٥] التحقت أموالهم (بالأموال المباحة)[٦] التي لا مالك لها، ورقابهم بالبهائم المرسلة عقوبة لهم على كفرهم، وإذا كان كذلك فسواء وُجد الاستيلاء والأخذ من مسلمٍ أو كافرٍ يقع الملك للمستولى.

ألا ترى أن في الرقبة كان الحكم كذلك وإن كنا[٧] أجمعنا على أن

---

(١) ذكره البيهقي في سننه عن الشافعي ١١٢/٩. ونقل ابن حجر في التهذيب قول الشافعي: «تميم بن طرفة مجهول».

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١٠٠/١١ مع النووي، كتاب النذر، والبيهقي في سننه ١٠٩/٩.

(٣) في (ز): اعتمدناها.

(٤) في (ز): كلام.

(٥) في (ز): لأنه قد.

(٦) في (ز): بالمباحات.

(٧) في (ز): قد أجمعنا.

الاستيلاء ليس بسبب للملك في الرقاب.

وفصل الضمان لا يرد على هذه الطريقة؛ (لأنا لا ندّعي ثبوت العصمة في حق الكفار على هذه الطريقة)[1]، ولا نتعرض لهذا الكلام، وإنما ادّعينا أن سبب الملك لم يوجد، ولا يتصور وجود الملك من غير وجود سببه.

وحرفنا: أن الاستيلاء لم يصادف محله، وهو مثل الرقبة، فإن الكفار إذا أتلفوا الرقاب لم يجب الضمان عليهم أيضًا، ومع ذلك استيلاؤهم لم يكن سببًا للملك لعدم وجوده في محله، كذلك هاهنا.

وهذه الطريقة التي سلكناها في نهاية القوة وليس يمسّها شيء من كلامهم وعليها الاعتماد، وأما طريقة الأصحاب في اعتبار العصمة، وكونها مانعة من ثبوت الملك بالاستيلاء فقد بيَّنا وجهها وتقريرها [٣١٤/ب] بغاية الإمكان.

وقولهم: إن السبب إذا كان سببًا للملك في أموال الكفار يكون سببًا للملك في أموال المسلمين.

قلنا: نعم، إذا صادف محله، والمحل مباح في جانب المسلمين؛ لأن أموال أهل الحرب مباحة، والمحل معصوم في حق[2] الكفار؛ لأن أموال المسلمين معصومة.

وأيضًا فإن الاستيلاء إنما صار سببًا للملك في أموال الكفار من حيث إن الاستيلاء جهاد، لا من حيث صورة الاستيلاء؛ لأنه مال وكرامة وتشريف،

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): جانب.

ولهذا يتعلق به الخُمس، ولهذا خُصَّ به هذه الأمة على ما وَرَدَ عن النبي ﷺ نصًّا[١]، ومثل هذا السبب لا يتصور من الكفار.

وأما اعتراضهم على هذا بقولهم: إن الطاعة لا تصلح سببًا للأملاك فهَوَسٌ، وليس بشيء؛ لأنه لما كان مال كرامة وتشريف فالطاعة تصلح سببًا لها.

وأما استيلاء الكفار على الكفار فنحن لا نجعل ذلك سببًا مشروعًا للملك وإنما نقول إذا فعلوا ذلك لم[٢] نتعرّض له (ولم نُقابل)[٣] بردٍّ ونقص مثل (ما نفعل)[٤] في سائر ما يفعلونه من العقود الفاسدة الماضية في حال الكفر، والإشكال على طريقة العصمة فصل الضمان.

قالوا: وليس يدخل عليه الرقاب[٥]؛ لأن الرقاب غير معصومة في حق الكفار، فلم يجب عليهم ضمانُها.

وأما[٦] عدم وقوع الملك كان؛ لأن السبب وُجد في غير محله.

وأما عندكم الرقاب[٧] والأموال معصومة في حق الكفار، فكان ينبغي

(١) يشير إلى قوله ﷺ: «وأحلت لي الغنائم»، رواه البخاري في صحيحة ٤٣٦/١ مع الفتح رقم ٣٣٥.

(٢) في (ز): فلا.

(٣) في (ز): ولا نقابله.

(٤) في (ز): كما نفعله.

(٥) في (ز): فصل الرقاب.

(٦) في (ز): فأما.

(٧) في (ز): فالرقاب.

أن يجب الضمان، وحين لم يجب دل أن العصمة مفقودة.

قالوا: وأما سقوط الضمان عن أهل البغي إذا أتلفوا أموال أهل العدل وكذلك في أهل العدل إذا أتلفوا أموال أهل البغي كان لما بيَّنّا[١] من قبل في غير[٢] هذه المسألة.

وأما[٣] عدم التملك إنما[٤] كان؛ لأن العصمة بالدار، والكل من أهل دارٍ واحدةٍ فلم يوجد الإحراز بدار مخالفة حتى يقال: إن العصمة فاتت فوجب أن يُمْلَكَ.

وقد[٥] قال بعض أصحابنا: إن سقوط الضمان كان حتى لا يُودّي إلى التنفير عن الإسلام إلا أنهم يقولون: يوجد هذا المعنى في استرداد الأموال إذا كانوا تملكوها واقتنوها واعتقدوها أموالًا لهم.

وقال بعض أصحابنا: إن سقوط الضمان منع الوجوب، والتملك إثبات حكم مبتدأ، واعتقاد الكفار لفقد[٦] العصمة وإباحة الإتلاف يجوز أن يكون مانعًا من وجوب الضمان في ذممهم[٧]؛ لأن الأصل براءة ذمتهم إلى أن يوجد عقد التزام[٨] ولم يوجد، فأما في مسألتنا لما كان هذا ابتداء تملك لمال

---

(١) في (ز): بيّناه.
(٢) زيادة من (ز) يقتضيها السياق.
(٣) في (ز): قالوا وأما.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): والجواب عن فصل الضمان.
(٦) في (ز): فقد.
(٧) في (ز): ذمتهم.
(٨) في (ز): الالتزام.

المسلمين لا يجوز أن تكون عقائدهم حجة في هذا التملك ولا يصير سببًا لإبطال حقوق المسلمين.

وهذا[١] غاية ما قاله الأصحاب، وليس بخروج عن الإشكال؛ لأن العصمة الشرعية إذا كانت ثابتة في حقهم وجب أن يظهر عملُها في إيجاب الضمان عليهم، ويجب عليهم بإلزام الشرع من غير التزام منهم.

وقال بعض أصحابنا: وجب الضمان، ثم سَقَطَ بالإسلام؛ لقوله ﷺ: (الإسلام يَجِبُّ ما قبله)[٢]، وهم يقولون على هذا الضمان إذا وجب لا يسقط إلا بمسقط، والإسلام ليس بمسقط للحقوق[٣]، بل هو إلى عصمة الحقوق أقرب منه إلى الإسقاط.

وأما الخبر فلنفي الإثم وإثبات المغفرة للذنوب السابقة[٤]، وهو مبني على قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾[٥].

ويمكن أن يجاب على[٦] هذه الطريقة، فيقال: الإتلاف فعل مضى وفرغ منه في حال الشرك، فالأصل[٧] أن الجنايات الماضية في حال الشرك لا يُتّبع

(١) في (ز): فهذا.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ٢/١٣٨ مع النووي، كتاب الإيمان، باب الإسلام يهدم ما قبله، وكذا الحج والهجرة.، ولفظه عند مسلم: (أما علمت أن الإسلام يهدم ما كان قبله...).

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): السالفة.

(٥) سورة الأنفال، آية (٣٨).

(٦) في (ز): عنه على.

(٧) في (ز): والأصل.

لمواجبها بعد الإسلام؛ لأن الإسلام سبب يَطُمّ على كل الجنايات، ويمحو آثارها وتوابعَها بدليل الآية والخبر، وبدليل إجماع الأمة؛ لأنه لا يُؤاخذ بما صدر منه في حال[١] الشرك[٢].

وأما في مسألتنا فإن الرد وجب لمعنىً قائم بعد الإسلام وهو وجود عين مال مسلم في يده، فيجب عليه ردها إليه، والكافر بعد الإسلام يجوز أن يؤاخذ بسبب منه بعد الإسلام، أما لا يؤخذ بجناية مضت في حال[٣] الشرك، وندّعى هذا في مواجب[٤] الجنايات، ونقول بعد الإسلام: لو تلِفت العين القائمة في يده (قبل الرد إلى المسلم المأخوذ منه)[٥] لا يجب الضمان، وأما إذا أتَلف يجب[٦] الضمان لوجود سبب مبتدأ منه، وهذا الجواب لا بأس به ويمكن تمشيته.

وأما[٧] الذي قالوا: إن الاستيلاء وجد بعد [٣١٥/أ] زوال العصمة بالإحراز.

قلنا: الاستيلاء بعد الإحراز هو ذلك الاستيلاء الأول فكيف يكون سببًا للملك (أو يُجعل بمنزلة)[٨] سبب جديد؟

(١) في (ز): حالة.
(٢) ينظر: الجامع لأحكام القرآن ٤٠٢/٧.
(٣) في (ز): حالة.
(٤) في (ز): موجبات.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) في (ز): فيجب عليه.
(٧) في (ز): فأما.
(٨) في (ز): ينزل منزلة.

ألا ترى أن الإنسان إذا أخذ صيدًا في الحرم وأخرجه منه لم يملك[١]، ولا يُجعل له حكم استيلاء جديد (فبطل بهذا)[٢].

وأما ثبوت حق الاسترداد ففي غاية الإلزام، ويَرِد على[٣] فصل التسوية، وأيضًا إذا[٤] كان هذا لا يقطع الحق فكيف يقطع الملك؟

والخبر الذي عوّلوا عليه غير ثابت، وباقي الكلام ضعيف عند التأمل ويسهل إبطاله، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

العصمة عندنا بالإسلام، لا بالدار[٥].

وعندهم: بها لا به[٦][٧].

ويظهَر الخلاف في الحربي إذا أسلم في دار الحرب ولم يُهاجر إلينا، فدمه وماله معصوم[٨] مضمون[٩].

---

(١) في (ز): لم يملكه.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): أيضًا على.
(٤) في (ز): فإذا.
(٥) النكت ورقة ٢٨٣/أ.
(٦) في (ز): بالدار لا بالإسلام.
(٧) بدائع الصنائع ٤٢١٦/٩.
(٨) ليست في (ز).
(٩) الأسرار، كتاب النكاح ص٣٢٩، بتحقيقنا، مجمع الأنهر ٦٠٧/١.

وعندهم: ليس بمعصوم عصمة الضمان، غير أنهم قالوه: يوجب الكفارة لوجود الحظرية[1][2].

لنا:

الخبر، وهو قوله[3] ﷺ: (أمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دمائهم وأموالهم إلا بحقها)[4].

وقوله عليه السلام: (فإذا قالوها عصموا)[5] دل[6] أن العصمة به، وهذا كقوله عليه السلام: (مَنْ قال لا إله إلا الله دخل الجنة)[7] فيه دليل أن دخول الجنة به.

ولأن العصمة كرامة، والإسلام سبب لنيل الكرامات بدليل سائر كرامات الدنيا والآخرة.

يدل عليه: أن الكفر مبيح بدليل ما بيّنّا من قبل، وإذا كان الكفر مبيحًا للدم موجبًا للقتل عقوبة، فيكون الإسلام عاصمًا للدم مانعًا من إراقته كرامة.

ويدل عليه: من حيث الحكم وجوب الكفارة، ولم يُوجد إلا الإسلام، فإذا صار الإسلام سببًا لضمان الدم في حق الله تعالى فيكون سببًا لضمان

---

(١) في (ز): الحرية.
(٢) بدائع الصنائع ٩/٤٢١٦، الأسرار ص٣٢٩، كتاب النكاح، مجمع الأنهر ١/٦٠٧.
(٣) في (ز): ما روي أنه عليه السلام قال:...
(٤) رواه البخاري في صحيحه ١/٧٥ مع الفتح، كتاب الإيمان، باب (فإن تابوا وأقاموا الصلاة...)، ومسلم في صحيحه ١/٢١٠، مع النووي، كتاب الإيمان.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): يدل.
(٧) رواه الطبراني ٧/٥٥، وذكر ابن حجر في الفتح ١١/٢٦٧، والحاكم في المستدرك ٤/٢٥١.

الدم في حق الآدمي.

ويدل عليه: أن المسلم المستأمن في دار الحرب دمه مضمون بالإجماع، ولم يوجد في حقه إلا الإسلام.

ونصوّر فيما لو استوطن دار الحرب ونقل إليها أمواله وأهله وعياله فإنه زَايَلَ[١] دار الإسلام من كل وجه، ومع ذلك بقي[٢] عصمة دمه، وعلى عكسه المرتد فإن دمه مباح لوجود الكفر منه، وأهليَّة دار الإسلام باقية في حقه، ومع ذلك أبيح دمه لفقد الإسلام منه.

❁ وأمّا حجّتهم:

تعلقوا (في عين المسألة)[٣] بقوله ﷻ: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوۡمٍ عَدُوٍّ لَّكُمۡ وَهُوَ مُؤۡمِنٞ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾[٤].

فالله تعالى أوجب في هذه الصورة الكفارة، ولم يوجب الدية، فمن أوجب الدية فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف.

ولأن الله تعالى ذكر ثلاث صور في القتل الخطأ، ونص على حكم كل صورة، وإذا جرينا على ما قلتم تكون صورتان؛ لأن الثانية تكون هي الأولى بعينها، فيبطل تقسيم الرّب عَزّ اسمه، و[٥]هذه الأقسام الثلاثة أو تصنيفه هذه

(١) زايل: فارق. المصباح مادة (زال) ص٢٦١.

(٢) في (ز): بقيت.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) سورة النساء، آية (٩٢).

(٥) ليست في (ز) وهو الأولى.

الأصناف الثلاثة ويصير الموجود قسمين[١] أو صنفين[٢].

وأما المعنى قالوا: العصمة نعمة دنياوية، فلا يصح الإسلام سببًا لها كسائر النعم الدنياوية، وهذا لأن أوضاع الشرع لا تغيّر[٣] ولا تبدّل[٤]، ووضع الشرع أن الطاعات سبب السعادة والكرامة في الآخرة لا في الدنيا.

ألا ترى أنا نرى مسلمًا مطيعًا لله تعالى من أتقى الناس وأبرّهم، وعليه من المحن والبلايا في الدنيا ما لا يُعد ولا يُحصَى، (ونرى كافرًا من أفجر الناس، وأخبثهم، وله من النعم وكرامات الدنيا ما لا يُعدّ ولا يحصى)[٥].

ولأن الإسلام لو كان سببًا للعصمة في الدنيا كان آلةً لها؛ لأن الأسباب للأشياء بمنزلة الآلات لها، ويستحيل أن يكون الإسلام آلة الدنيا.

قالوا[٦]: وأما الدار فالمراد بالدار منعة الدار، والمنعة الحسيّة سبب للعصمة الحسيّة.

ألا ترى أن الإنسان إذا لَاذَ بمنعة قومٍ كان محفوظًا مصونًا فيما بينهم، فإذا صارت المنعة الحسيّة والاجتماع الموجود من أهل الدار سببًا لنيل الحفظ والصيانة محسوسًا جاز أن تتبعه المشروعية، ويصير سببًا لها أيضًا شرعًا.

---

(١) في (ز): قسمان.

(٢) في (ز): صنفان.

(٣) في (ز): تتغير.

(٤) في (ز): تتبدل.

(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٦) ليست في (ز).

يدل عليها[١]: أن العصمة التي اختلفنا فيها هي التقوّم، والتقوّم في الأشياء بعزّة الأشياء، كما أن عدم التقوّم بالهوان، والعِزّة[٢] بالإحراز والصيانة، فإن الشيء إذا أُحرز عَزّ، وإذا عَزّ تقوّم.

ألا ترى أن الأشياء الملقاة على ظهر الطريق إذا أحرزت تقوّمت، والمباحات في البراري والصحاري إذا أحرزت تقومت [٣١٦/ب]، والماء إذا أحرز تقوّم، فصارت الدار مخيلة في العصمة بخلاف الإسلام على ما سبق.

قالوا: وأما الكفارة إنما أوجبناها بالنص، ولولا النص لم نوجب، وعلى أن المنعة لا تتصور في حق الله تعالى، والكفارة ضمان حق الله تعالى، وأما القصاص والدية ضمان حق الآدمي، والمنعة متصورة في حق الآدمي، فصار الإسلام هو السبب في حق الله تعالى، والدار هي السبب في حق الآدمي.

قالوا: وأما الخبر ففيه بيان أن إباحة القتل تنتهي بالإسلام، وتظهر به العصمة، وعندنا إباحة القتل والقتال انتهت بالإسلام، وظهرت العصمة الأصلية عندنا، وهي العصمة الثابتة بأصل الخلقة، وليس في الخبر دليل على أن الإسلام علة[٣].

يبينه: أن «إذا» كلمة الشرط، وكلمة الشرط لا تكون علة، وزعموا أن حظريّة القتل والاسترقاق في صورة الخلاف كان بهذا الطريق لا بالإسلام، ومنعوا الحظريّة في المال[٤].

(١) في (ز): عليه.
(٢) في (ز): والعز.
(٣) في (ز): علته.
(٤) في (ز): الأموال.

وقالوا: يُباح للمسلمين استيلاؤهم عليها وتملكُها.

قالوا: وأما المستأمن من المسلمين فيما بينهم فهو من أهل دار الإسلام، وليس من أهل دار الحرب إنما هو عارية فيما بينهم، فإنه دخل بنيةّ العود، ومنعوا إذا استوطن، وقالوا: هو مثل مسألتنا سواء.

واستدل بعضهم، وقال: مِن أهل دار الحرب، فصار كسائرهم.

وبيان أنه من أهل دار الحرب: أنه من[1] (أهل دار الحرب)[2] ذاتًا وبدنًا ومالًا، وإنما فارقهم اعتقادًا، والمفارقة اعتقادًا لا تمنع كونه من أهل دار الحرب كأهل الذمة هم من أهل دار الإسلام وإن فارقوهم اعتقاداً؛ لأنهم من أهل دار الإسلام ذاتًا وبدنًا ومالًا.

ويدل عليه: أن الله تعالى قال: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوۡمٍ عَدُوٍّ لَّكُمۡ﴾[3] فقد جعله من أهل الحرب نصًّا.

۞ **الجواب**[4]:

أما تعلقهم بالآية.

قلنا: نحن نقول بظاهر الآية، وليس يدل إلاّ على وجوب الكفارة، وليس فيها تعرض للدية، ونوجب[5] الدية بدليل الآية الأولى، فإنها متناولة

---

(١) في (ز): منهم.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) سورة النساء آية (٩٢).

(٤) في (ز): والجواب.

(٥) في (ز): وأوجبنا.

لجميع المؤمنين على العموم والشمول[١].

والجملة[٢] أن النص تناول بعض الواجب وهو الكفارة، (وباقي الواجب)[٣] موكول إلى دليل آخر، وأوجب[٤] الكفارة بالنص، وأوجب[٥] الدية بدليل إيجاب الكفارة، فإن إيجاب الكفارة دليل على إيجاب الدية.

وأما المعنى: قوله[٦]: «إن الإسلام لا يصلح سببًا للعصمة»، قد بيَّنّا أنها كرامة، والإسلام لنيل[٧] الكرامات في الدنيا والآخرة.

ويمكن أن يقال: إن العصمة نوع حرمة، والإسلام مخيل في الاحترام لطاعة[٨] معبوده وانقياده لأوامره، والكفر مخيل في الإهانة لمخالفة[٩] معبوده وترك أوامره.

وقوله[١٠]: إن هذا يكون في الآخرة لا في الدنيا.

قلنا: لا، بل في الدنيا والآخرة.

والذي قالوا: إنه يوجد كذا وكذا.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): وبالجملة.
(٣) في (ز): والباقي.
(٤) في (ز): فأوجبت.
(٥) في (ز): وأوجبت.
(٦) في (ز): وقولهم.
(٧) في (ز): سبب لنيل.
(٨) في (ز): لطاعته.
(٩) في (ز): لمخالفته.
(١٠) في (ز): قولهم.

قلنا[1]: ذاك ابتلاء، وليس بإهانة، والمسلمُ يُبتلى في الدنيا كما ابتُلي[2] بالأمر والنهي.

وأما الكرامات جارية لهم[3] بالإسلام، والإهانات مندفعة عنهم[4].

والذي قالوا[5] في الدار: إن منعة الدار (سبب للعصمة)[6] حسيًّا.

قلنا: الكلام في العصمة الشرعية، فيحال على السبب الشرعي، ثم هو باطل بمنعة الكفر فإنها سبب للعصمة[7] الحسيّة، ومع ذلك لا يكون للعصمة[8] شرعًا.

فإن قالوا: تلك منعة محرّمة، فجُعلت كالعدم.

قلنا: قد[9] رجعتم إلى الشرع، (وَبَانَ منه صحة ما قدمنا)[10].

وأما الذي تكلموا به على الكفارة، وقولهم: «كان بالنص».

قلنا: بلى، ولكن بالمعنى الذي بيَّنّا.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): يُبتلى.
(٣) في (ز): له.
(٤) في (ز): عنه.
(٥) في (ز): قالوه.
(٦) في (ز): بسبب العصمة.
(٧) في (ز): العصمة.
(٨) في (ز): سببًا للعصمة.
(٩) في (ز): فقد.
(١٠) في (ز): وهو الحق، ويأتي منه ما قلناه.

وأما قولهم: إن المنعة لا تتصور في حق الله تعالى.

قلنا: الوجوب على الآدمي، ولابد من عصمة في حقه، وعندكم هي بالدار محسوسًا فكيف يفترق حق الله وحق الآدمي؟

وأما فصل المستأمن من المسلمين فيما بينهم ففي غاية اللزوم.

وقولهم: هو(١) من أهل دار الإسلام.

قلنا: وكذلك المسلم فيما بينهم.

يبينه: أنه ليس لفعل(٢) المستأمن من أهل دار الإسلام سوى الاعتقاد، وهذا في مسألتنا موجود.

فإن(٣) قالوا: بقاء العلة ليس بشرط لبقاء الحكم.

وبيان هذا: أن الدار علة للعصمة(٤)، وقد كانت موجودة إلا أنها انقطعت بدخول المسلم دارهم، فبقي الحكم مع انقطاع العلة ما لم يوجد قاطع للحكم، وأما(٥) في مسألتنا فالعلة لم توجد أصلًا فلا يثبت الحكم.

والجواب: أن العلة إذا فاتت فات الحكم إلا في موضع قام الدليل عليه، وعلى أن العصمة عندكم بالمنعة الحسيّة فكيف تبقى مع فوات المنعة؟ [٣١٧/أ] وما ثبت بالسبب المحسوس يدور معه وجودًا وعدمًا.

---

(١) في (ز): إنه.

(٢) في (ز): يجعل.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): العصمة.

(٥) في (ز): فأما.

وأما الذي تكلموا به على الخبر فقد بيَّنّا على وجه يندفع معه السؤال، والأصل أن الأحكام المذكور عقيب أسباب في الشرع: أن تلك الأسباب تكون علة في تلك الأحكام وأمثال هذا[1] يكثر.

و[2]نقول لهم: ما قولكم في الأموال التي في يده، هل يملكها المسلمون بالاستيلاء؟

فإن قالوا: لا.

قلنا: (قد ناقضتهم، حيث أثبتم) العصمة[3] مع فقد الإحراز بالدار.

فإن قالوا: لا يملكها المسلمون بحرمة[4] يده.

قلنا: المناقضة لازمة[5]، وليس هذا يدفع، ولا تمشية الكلام الأول.

ثم (يقال لهم)[6]: في عقاراته، ودوره، والمنقولات التي ليست في يده محسوسًا.

فإن[7] قالوا: يملكها المسلمون[8].

قلنا: ولِم؟ وهي أموال هذا المسلم، وفي يده مثل الأول.

(١) في (ز): ذلك.
(٢) في (ز): ثم.
(٣) في (ز): فقد ناقضوا حيث أثبتوا.
(٤) في (ز): لحرمة.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز) نقول ما قولكم.
(٧) ليست في (ز).
(٨) زيادة من (ز).

قالوا: لأنها ليست في يده حسًّا.

قلنا: لا، بل في يده بوجود[1] التمكن حفظًا وتصرفًا، وهذا هو اليد التي يعرفها الناس معقولًا ومحسوسًا، ثم[2] وإن لم يكن في يده حسًّا، فهي في يده حكمًا، واليد الحكمية في بناء الأحكام عليها مثل اليد الحسيّة، فلِمَ لم تجعلوها سببًا في منع التملك (مثل ما)[3] جعلتم اليد الحسيّة سببًا في منع التملك؟ هذا مضيق عليهم عظيم، ولا كَلَامَ لهم عليه أصلًا، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الجزية لا تسقط بالإسلام، ولا بالموت عندنا[4].

وعندهم: تسقط[5][6].

❖ لنا:

إن عقد الذمة عقد التزام مال، ووجوب المال على الإنسان إذا استند إلى التزامه الصحيح شرعًا، لم تبرأ ذمته منه إلا بأداء مَنْ عليه، أو إبراءٍ صحيح ممن وَجَبَ له، وإذا لم يوجد واحد من هذين بقي واجبًا عليه.

---

(١) في (ز): لوجود.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): كما.
(٤) المهذب ٣٢٢/٢.
(٥) بدائع الصنائع ٤٣٣/٩، أحكام القرآن للجصاص ١٠٠/٣، اللباب ص٨٠٤، رؤوس المسائل ص٥٠٧.
(٦) في (ز): زيادة: بهما.

يبينه: أن الإسلام ليس بمسقط للديون اللازمة، ولا الموت، بل لو قيل: إن الإسلام يؤكد وجوب (الخراج عليه)[1] كان صحيحًا، وأما الموت فغاية ما فيه أن ينتقل الحق[2] إلى التركة على معنى ثبوت المطالبة منها، فأما السقوط فبعيد جدًّا، وإذا فات المسقط بقي الوجوب.

وتحقيق المسألة: أن الكافر مباح الدم والمال لكفره، وعقد[3] الذمة أوجب له عصمةً في الدم والمال، وأوجب عليه مالًا وهو الجزية، فصار ما وَجَبَ عليه في مقابلة ما حَصَلَ له؛ لأن هذا[4] قضايا العقود، وعقد الذمة إذا أوجب للإنسان سببًا وعليه شيئًا، فيكون على وفق قضايا العقود.

وإذا ثبت هذا، فنقول: إذا مضت السَّنة فقد حصل للذمي ما جُعل له بالعقد، فوجب عليه ما التزم في مقابلته، واستقر الواجب[5] في هذا الجانب كما استقر الحصول في الجانب الآخر، وإذا كان كذلك لم يتصور السقوط إلا بما بيَّنّا من أحد المعنيين.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الجزية عقوبة على الكفر، فتسقط بالإسلام بمنزلة القتل.

ودليل أنها عقوبة: أن الله تعالى سماها صَغَارًا في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ

(١) في (ز): الخروج عنه.
(٢) في (ز): الدين.
(٣) في (ز): فعقد.
(٤) في (ز): هذه.
(٥) في (ز): الوجوب.

﴿يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾(١) وَصَغَار الكفر عقوبة؛ لأن حقيقة الصَّغَار هو مباشرة إهانة واحتقار واستذلال، والكفر مخيل في هذا المعنى، والإسلام مباين(٢) له، بدليل إلزام الغِيار(٣)، وكسوة القلانس، والإلجاء إلى أضيق الطرق، والمنع من إعلاء الأبنية وما أشبه ذلك.

يبينه: أن المفسرين فسروا الصَّغَار بمثل هذا(٤)، فإنهم قالوا: هو أن يأخذ بتلابيبه، ويدفع في قفاه، أو يأخذَ منه، والسوط على رأسه.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الصَّغَار في القبول لا في الإعطاء؛ لأن الله تعالى نصّ على الإعطاء على وصف الصَّغَار، فلا يجوز تركُ الحقيقة، وحملُ الكلام على المجاز، فأمّا مدّ إباحة القتل إلى الإعطاء، فهذا هو مقتضى النص إلا أنه حرّم القتل عند قبول الجزية بدليل آخر.

واستدلوا في(٥) أنها عقوبة أيضًا باسم الجزية، والمراد منها: أنها جزاء الكفر، وجزاء الكفر عقوبة.

قالوا: ولهذا أَنِفُوا(٦) منها بنو تغلب، والتزموا الصدقة المضاعفة

---

(١) سورة التوبة، آية (٢٩).

(٢) في (ز): مناف.

(٣) الغيار: لون معروف. المصباح مادة (غير) ص ٤٥٨.

(٤) ينظر: تفسير القرآن العظيم ٢/٣٤٧ ـ ٣٤٨

(٥) في (ز): على.

(٦) في (ز): أنف.

أنف: من الشيء تنزه عنه، قال أبو زيد: «أنفتُ من قوله أشد الأَنَف إذا كرهتُ ما قال» المصباح مادة (أنف).

استنكافًا[1] منها، وكذلك غيرهم فأنا نعلم قطعًا أن في القلوب أنفةً، وفي النفوس نفرة من اسم الجزية، ولو كان موضعها موضع الأموال الملتزمة في الذمم لم يكن منها أنفة، كما لا أنفة من سائر الديون.

يدل عليه: أن وجوب الجزية اختص بمن يُعاقب على كفره من الرجال البالغين، دل أنها عقوبة مثل القتل.

وبعضهم [٣١٦/ب] قال: الجزية خلف القتل، فتسقط بالإسلام، كنفس القتل.

وبيان الخلفية: وجوبها على مَنْ سقط عنه القتل بالسبب الذي وجب به القتل للمعنى الذي شُرع له القتل، مثل التيمم مع الوضوء، والصوم مع العتق.

والمعنى الذي شرع له القتل هو: دفع شر الكفار، والسبب وجود شرهم، والذّمي شره متوقع لوجود اعتقاد الكفر، فأوجبت الجزية لدفع شرهم بأحد طريقين:

إمَّا بطريق الاحتقار والإهانة؛ لأن الاحتقار والإهانة سبب لدفع شر مَنْ يُستعمل معه ذلك، أو تصير الجزية سببًا للحث على الإسلام هربًا من الهوان والذل الذي شملهم.

هذا كلام بعضهم، واختار هذه العبارة لئلا تكون الطريقة مخالفًا لأصلهم المعروف وهو أن الكفر لا يوجب العقوبة.

---

(١) الاستنكاف: الاستكبار، المصباح مادة (أنف، نكف)، يقال: استنكفتُ إذا امتنعتُ أنفةً واستكبارًا. ص ٦٢٦، ٦٢٥.

قالوا: وأما قولكم: هو عوض الحَقْن لا يجوز ذلك ؛ لأن القتل وجب حقًّا لله تعالى ، فلا يجوز إسقاطه بالمال ، ولأن الحقن بكونه[١] آدميًّا إلا أنه عرض عارض القتال فأباح دمه وبعقد الذمة ارتفعت العلة ، وكان[٢] الحقن بظهور العصمة الأصلية فلم يجز أن يكون الحقن بعوض.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه يُسْتَوفَى من الذمي قبل الإسلام على وجه الصَّغَار ، فأما بعد الإسلام يُستوفى ، لا على وجه الصَّغَار ، ولكن كما تُستوفى الديون ؛ لأن كل حق وجب على وجه ، لا يجوز أن يُستوفَى على غير ذلك الوجه ، لأنه حينئذ لا يكون ذلك الحق بل يكون غيره ، وهذا لأن الصَّغَار صفة لازمة للجزية ، لا يجوز أن تزايلَها كالعبادة صفة لازمة للزكاة ، لا يجوز أن تزايلَها ، فلم يجز أن تُستوفى إلاّ على وجه الصَّغَار كما لا تُستوفَى الزكاة إلاّ على وجه العبادة.

وبفصل الزكاة اعترضوا على قولنا: إن النيابة تجري في الجزية ، وقالوا: جريان النيابة في الجزية مثل جريانها في الزكاة ، وهذا لأن العقوبة في تنقيص المال ، وكذلك العبادة (في تنقيص)[٣] المال وذلك يحصل بالنائب.

قالوا: وأما إذا أعطى الجزيةَ عنه غيره ابتداءً لا يجوز ، كما في الزكاة ، وإنما الجواز إذا كان الأداء بأمره.

قالوا: وأما الاختلاف باليسار والإعسار فلأن العقوبة لما كانت من

(١) في (ز): لكونه.
(٢) في (ز): فكان.
(٣) في (ز): تنقيص.

حيث المال فالموسر[1] أقوى في تحمل هذه العقوبة من المعسر فاختلفا[2] لهذا المعنى وهذه الطريقة معتمدهم.

وأما أبو زيد فَسَلَكَ في هذه المسألة طريقة أخرى، وزعم أن الجزية وجبت نصرة للدار مالًا خلفًا عن النصرة بالبدن، وإذا أسلم فقد قدر على النصرة بالبدن، فسقط الخلف كما سقط سائر الأبدال في كل موضع عند القدرة على الأصول.

وزعم أن قولنا: إن نصرة الدار بالمال، هذا من الذمي في حق المسلمين، فأما في حقه فهو عقوبة.

ومجموع هذه الطريقة من حيث الدليل: أن الذمي من أهل دار الإسلام، بدليل أنه لا يُمكّن من العود إلى دار الحرب بحال، ونصرة الدار واجبة مشروعًا ومعقولًا: إما مشروعًا فمعلوم[3]، وإما معقولًا:

فلكون هذه الدار لها دار مقاومة[4] ومنازعة، فالعقل يوجب نصرة الدار صيانةً لها عن عدوها، كما يجب نصرة النفس صيانة لها عن عدوها، والذمي عاجز عن النصرة بالبدن بحكم الحجر الشرعي، وإنما حَجر الشرع عليه ولم يُمكنّه من النصرة مع قدرته عليها محسوسًا؛ لأنه مُتهمٌ في هذه النصرة من حيث إنه وإن كان من أهل دار الإسلام لكنه مخالف للمسلمين في الاعتقاد، فلا يؤمن من غائلته ومكره، وإذا حَجَر عليه الشرع بهذا الطريق وَأَصلُ نصرة

(١) في (ز): الموسر.
(٢) في (ز): اختلفا.
(٣) في الأصل معلوم.
(٤) في (م): معاونة.

الدار واجبةٌ، انتقلت إلى النصرة بالمال إلا أن هذا في حق المسلمين.

فأما في حق الكفار فهو عقوبة، فإنها وجبت لتوهم الأذى والضرر منهم، ووجود اعتقادهم الخبيث الذي هو باعث على فعل الغوائل(١) مع المسلمين، مثل ما يقاتل الكفار من أهل الحرب ابتداء لوجود الكفر الباعث على القتال، وقيام ذلك مقام حقيقة القتال، كذلك الكفر الباعث على الشر والاغتيال قام مقام حقيقة الشر والاغتيال، وصارت(٢) الجزية عقوبة في حقهم لهذا، هذا غاية ما يمكن شرحه من هذه الطريقة وغايتها.

الجواب(٣):

أما الطريقة الأولى.

(قلنا: قد)(٤) قال الأصحاب: إن الجزية ليست بعقوبة، بل هي غرامة، وإنما سُميت جزية؛ لأنها جزاء ترك القتل على معنى أنها تقابل عوضًا له [٣١٨/أ]، وحقنًا عنه على ما قال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا(٥).

ويجوز أن يُختص مال باسم لا يشاركه غيره فيه، وإن كان من حيث المعنى هو وسائر الأموال واحدًا مثل الدية، سُمِّيت دية لأنها تُؤدّى، ثم

(١) الغوائل: الدواهي، القاموس مادة (غاله) ٢٧/٤.

(٢) في (ز): فصارت.

(٣) في (ز): والجواب.

(٤) في (ز): فقد.

(٥) قال الزيلعي في نصب الراية ٣٨١/٣ غريب، وقال في ٥٥/٤ لم أعرف هذا الحديث وليس في حديث معاذ في الزكاة ولا حديث بريدة في السير.

اختص هذا الاسم بواجب القتل دون غيره.

وأما وصف[1] الصَّغَار المذكور في الآية فهو خبر عن وصف أهل الذمة، والصَّغَار وصف أهل الذمة بحكم التزامهم أحكام الإسلام مع اعتقادهم مخالفتها[2].

ويمكن أن يقال: إن الإعطاء كناية عن القبول، ونحن نقول: إن قبولَ عقد الذمة مقرون بوصف الصَّغَار، وإنما الخلاف في نقد مالٍ، وإعطائه على ما تُعطى سائر الأموال.

واستدل مَنْ قال هذا: بأن الله تعالى مَدّ تحريم القتل إلى الإعطاء، وإنما يمتد إلى القبول دل أنه عبارة عنه، هذا مذكور الأصحاب.

واعلم أن وصف الصَّغَار للجزية مشكل على هذه الطريقة على ما قرروا، والأولى أن نقول: إن الجزية وجبت وجوب الأعواض في الأصل، وقُرن بها وصف الصَّغَار تبعًا.

وبيان قولنا: «وجبت وجوب الأعواض في الأصل»؛ لأنها[3] وجبت عن عقدٍ يُعقَد بالتراضي، ويوجب شيئًا بشيء على ما سبق شرحه وبيانه.

والعوضية والغرامة في مثل هذا السبب صفة أصلية.

وأما صفة الصَّغَار ضُمّت إليها شرعًا على طريق التبع، كأنه وَرَدَ بإلزام

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): خلافها.
(٣) في (ز): أنها.

صَغارٍ عند أخذ الجزية ليتميز أخذُ العوض الواجب عن ترك قتل وجب بالكفر عن سائر الأعواض الواجبة بالشرع.

ومعنى هذا الصَّغَار هو: أن يُستوفَى هذا المال على جهة الإهانة، لا على جهة الكرامة غير أن هذه الصفة تبع، والعوضية (الأصلية يجوز)[1] أن تنفصل عن هذا التبع.

ألا ترى أنها إذا استوفى الجزية منه على جهة التوقير والكرامة وترك الاستصغار[2]، والإهانة صح الاستيفاء، ووقعت الجزية موقعَها من الجواز.

وأما الصَّغَار لو فعل بالذمي من غير مباشرة استيفاء المال لم يقع موقعه[3] من شيء، وإذا ثبت هذا فبالإسلام تفوت صفة الصَّغَار عن الجزية، وينفصل عنها؛ لأنها مفعولة لمعنىً يعود إلى ملازمته الكفر غير أن انفصال هذا الوصف لا يوجب سقوط أصل المال؛ لأنه وجب في الأصل عوضًا، ويقوم ويستقل بدون هذا الوصف، وهو نظير الخزي والنكال في الحد يفوت بالتوبة ممن عليه الحد، ويبقى أصلُ الحد بوصف الابتلاء الشامل بجميع الأوامر، وجاز سقوط وصف الخزي والنكال مع بقاء أصل الحد؛ لأنه وصف هو تبع من أصل.

وبيان التبعية: أن الحد لو استُوفي، لا على طريق الخزي والنكال بأن تُرك تشهيره[4] وإظهاره للناس، واستُوفي في بيت على طريق الستر والخفية

---

(١) في (ز): هي الأصلية ويجوز.
(٢) في (ز): الصغار.
(٣) في (ز): موقعًا.
(٤) في (ز): إشهاره.

وقع الحد موقعه، فجاز أن يبقى أصل الحد مع فوات صفة الخزي والنكال، كذلك في مسألتنا، وهذا جواب حسن في نهاية القوة، وهو سر المسألة، وموضع الوقوف على حقيقتها، والذي اعترضوا به على قولنا: إن الجزية عوض الحقن بقولهم: إن القتل وجب لله تعالى فكيف يسقط بالمال؟

قلنا: والمال يجب[1] لله تعالى أيضًا، ويُقام به حق الله، فإنه يُصرف إلى المقاتِلة ليقوموا بحقه، والكلام الثاني قد عُرف الجواب عنه.

فإن قالوا[2]: إذا كان عوضًا عن الحقن لِمَ لا يجوز في حق النساء، وبهن حاجة إلى عصمة مقوّمة؟

قلنا: هو عوض عن حقن مطلق، ولا يثبت هذا في حق النساء بعقد الذمة؛ لأن قتلهن في الأصل ممنوع منه.

وأما طريقة أبي زيد ففي غاية الضعف. ونصرة الدار كيف تكون جزية؟، ولأن نصرة الدار عبادة؛ لأنها جهاد، والذمي ليس من أهل العبادة.

وقولهم[3]: إنها نصرة عليهم في حق المسلمين.

قلنا: إذا لم تكن نصرة ممن عليه، فكيف تكون نصرة ممن صرف إليه؟.

ويقال لهم: نصرة الدار ممن؟

فإن قالوا: من المسلمين فقد نَصَرُوا تدينًا.

---

(١) في (ز): وجب.

(٢) في (ز): قيل.

(٣) في (ز): قوله.

وإن قالوا: من أهل الذمة، فنصرة الدار جهاد، وإلزامهم الجهاد محال.

وأيضًا فإن الجهاد بالبدن متصور منهم، ولو استعان بهم الإمام يجوز، ويُرضَخُ[1] لهم إذا جاهدوا، دل أنه وقع موقع الجواز.

ونقول أيضًا: أهل الذمة ليسوا بأهل دار الإسلام، ولئن كانوا أهل دار الإسلام فهم [٣١٨/ب] أتباع لا أصول، بدليل أنهم لا يُمكّنون من التبسط في دار الإسلام بإعلاء الأبنية، وإظهار شعارهم، وإحداث البِيَع والكنائس لهم، وإذا[2] كانوا أتباعًا في الدار، فإذا قام الأصول بنصرة الدار سقطت عن الأتباع.

ألا ترى أن الرجال من أهل الذمة إذا قاموا بالجزية سقط من النساء، وهذا جواب معتمد. والله أعلم بالصواب.



❋ (مَسْأَلَة):

لا يجوز أخذ الجزية من مشركي العجم عندنا، ويجوز استرقاقهم[3].

وعندهم: يجوز أخذ الجزية منهم، كما يجوز استرقاقهم[4].

---

(١) الرضح: العطاء القليل، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣١٨.

(٢) في (ز): فإذا.

(٣) النكت ورقة ٢٨٥/أ، المهذب ٣١١/٥، كتاب السير من التعليقة ص ٨٧٢، كتاب السير من الشامل ص٩٧، الحاوي ١٥٢/١٤.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٩١/٣، مختصر اختلاف العلماء ٤٨٤/٣، بدائع الصنائع ٤٣٢٩/٩ ـ ٤٣٣٠.

واختلف قول الشافعي رضي الله عنه في مشركي العرب، هل يجوز استرقاقهم؟.

والذي نختار هو[1]: جواز الاسترقاق، وأما الجزية لا تؤخذ منهم بحال.

لنا:

قوله تعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾ إلى أن قال: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَـٰغِرُونَ﴾[2].

وَضَمُّ الوصف الخاص إلى الاسم العام في الحكم الشرعي يوجب تقييده به، مثل قوله عليه السلام: (في خمس من الإبل السائمة شاة)[3].

ثم المعتمد أن القياس الكلي في أصل الشرع يوجب أن لا يجوز أخذ الجزية من كافرٍ مّا؛ لأن قاعدة الدعوة وقانونَها نشر الإسلام وقمع الكفر، وإنما يحصل نشرُ الإسلام وبثه بنفي الكفر، ونفي الكفر إما بإسلام الكفرة أو قتلهم.

وعلى هذا الأصل وَرَدَ الكتاب نصًا، وهو قوله تعالى: ﴿وَقَـٰتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ ٱلدِّينُ كُلُّهُۥ لِلَّهِ﴾[4]، وقال تعالى: ﴿تُقَـٰتِلُونَهُمْ أَوْ يُسْلِمُونَ﴾[5]، وقال عليه السلام: (أمرْتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا:

---

(١) ليست في (ز).

(٢) سورة التوبة، آية (٢٩).

(٣) سبق تخريجه ١/ ٤٧٢.

(٤) سورة الأنفال، آية (٣٩).

(٥) سورة الفتح، آية (١٦).

لا إله إلا الله)[1].

وعلى هذا المعنى كثرت آيات الكتاب، وأخبار الرسول، وعقد الذمة بأخذ الجزية ضد هذه القاعدة؛ لأنه من باب المسالمة والمتاركة واختيار الكف عن كفرهم ليفعلوا ما شاؤوا من غير تعرض لهم.

وأما المال الذي بذلوه شيء يسير حقير لا يقابل الإغضاء عن هذه القاعدة والتزام تركها (ولئن كان يسيرًا أو خطيرًا فلن نقوم بترك هذا الأصل)[2] إلا أن الشرع جوّز أخذ الجزية من قوم مخصوصين من الكفار، فتُرِكَ هذا الأصل في حقهم بالنص، وبقي باقي الكفار على الأصل.

ويمكن أن يقال: إن أخذ الجزية وعقد الذمة لما كان مسالمةً ومتاركةً، وهو من باب الكف عنهم، وترك التعرض لهم كان هذا في نهاية التخفيف، فلم يثبت إلا لمقترِبٍ من دين الإسلام متمسِّك بأصل موجَب[3] الاحترام، وذلك الكتاب والانتساب إلى نبي من أنبياء الله تعالى.

وبيان الاقتراب في تمسكهم بالكتاب وانتمائهم إلى نبي من أنبياء الله تعالى هو أن الكتاب يُرشِد إلى الكتاب، والنبي يدعو إلى النبي، وهذا لا يوجد في حق المشركين بحال فرُدوا إلى أصل قانون الشرع وقاعدته.

والحرف: أن إثبات التخفيف في المحل الداعي إلى التغليظ غير مشروع ولا جائز، وقد حرر الأصحابُ في هذا، وقالوا: مشركو العجم قوم لم يعبدوا

---

(١) سبق تخريجه ١/٣١٤.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) في (ز): يوجب.

إلا محض الهوى، فصاروا كمشركي العرب.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: لما جاز استرقاقهم جاز تقريرهم على الكفر بالجزية؛ لأنهما في المعنى سواء؛ لأن كل واحد تقرير وتقرير؛ لأن كل واحد صار منا دارًا لا دينًا، أو كل واحد من الرقيق أو الذمي مسالم وليس بمسلمٍ.

وأما إثبات المالية في رقبة العبد المسلم[1] يقابلها ضرب الجزية على الذمي وقد عُدّت الجزيةُ في الشريعة فوق الاسترقاق، بدليل أن النساء والصبيان صِينُوا عن الجزية، ولم يصانوا عن الرق.

وتكلموا على استدلالنا بالآية، فإنه[2] ليس فيها أكثر من جواز أخذ الجزية من أهل الكتاب، وغيرهم موكلون إلى الدليل، وقد قام الدليل على الجواز بجواز الاسترقاق، وهذا مثله.

وأوردوا على القاعدة التي قلناها: المجوس فإن أخذ الجزية منهم جائز وهم مشركون؛ لأنهم يقولون بخالقين اثنين وينتسبون إلى زرادشت[3] اللعين الكذاب، ومع ذلك جاز أخذ الجزية منهم.

وتكلموا على مشركي العرب فإن كفرهم تَغَلَّظ من وجوه شتى؛ لكونهم من العرب والنبي ﷺ [٣١٩/أ] والقرآن بلسانهم، وهو الحجة على النبوة، فكان الدليل في حقهم أبين وأظهر، ونسبتهم إلى التعنت والمكابرة والمناكرة

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): بأنه.
(٣) زرادشت تنسب إليه الديانة الزردشتية. ينظر: الفهرست لابن النديم ص١٩.

أصدق، والشواهد عليه أكثر. ولأنهم بالغوا في أذى النبي ﷺ حيث لم يرضوا منه بالمكافّة[1]، وانتصبوا لحربه وإيصال الأذى إليه ابتداءً، وإذا تَغَلَّظ كفرهم من (هذا الوجه)[2]، وهم مشركون مع ذلك لم يثبت تخفيف ما في حقهم فلم نرض منهم إلا الإسلام أو السيف، وصاروا[3] بمنزلة المرتدين الذين تَغَلَّظ كفرهم بقبول الإسلام ثم تركه، فلم يجز استرقاقهم ولا أخذ الجزية منهم كذلك مشركو العرب.

وهذا الذي قلناه لم يوجد في مشركي العجم؛ لأن هذه الأسباب الموجبة للتغليظ لم توجد في حقهم، وإنما[4] وُجد مجرد الشرك، وهو موجود من المجوسي، وقد جاز أخذ الجزية منه بالإجماع، وإذا فارق مشركو العجم مشركي العرب من هذه الوجوه، ورأينا أن نظير الجزية في المعنى ثابت في حقهم وهو الاسترقاق، فكذلك الجزية.

۞ **الجواب**[5]:

إن الكلام على قاعدته على ما شرحنا وبيّنّا.

وقولهم: إنه يجوز الاسترقاق.

قلنا: ليس في هذا أكثر من التمسك بحكم، والاستدلال به على غيره، ولابد من المشابهة معنىً ليصح الاستدلال وَلَا مشابهةَ؛ لأن عقد الذمة من

(١) في الأصل: المكافأة، وهو خطأ.
(٢) في (ز): هذه الوجوه.
(٣) في (ز): فصاروا.
(٤) في (ز): وإذا.
(٥) في (ز): والجواب.

باب المسالمة والمتاركة.

ألا ترى أنه يبقى للذمي نفسُه ومالُه وأهلُه وأسبابُه وآلاتُه، ويُترك ودينَه وعقيدتَه، ويُكفُّ عنه ليفعل بآلاتِه وقوته ما يليق بعقيدته، ولا خِفّة وراء هذا.

وأما الرقيق فيُسلب نفسُه وماله، ويُخلَع من مالكيته وحُريته وتصرفاته وآلاته، وقد كان لنفسه، فصار لغيره فأشبَه (القتيلَ الهالكَ)[1]؛ لأنه إذا كان لنفسه فصار لغيره فقد هلك من حيث كونه لنفسه بصيرورته لغيره إلا أنا مع هذا لا ننكر أن الاسترقاق دون القتل من حيث إن فيه بقاء الروح له[2] فلا جرم.

قلنا: إن المرتد لا تثبت له هذه الخفة بحال، ولابد من قتله إن لم يُسلم، فأما أمر[3] المشركين فلاشك أن قبح فعلهم دون قبح فعل المرتدين، فينزل[4] الشرع في حقهم بدرجة فجوّز القتل، ونظير القتل حكمًا وهو الاسترقاق غير أن نهاية الخفة إنما تثبت بنهاية الخفة أو بنوع احترام ونهاية الخفة في كفر أهل الكتاب؛ لأنه لا كفر دون كفرهم، ولأن الحرمة ثابتة لهم كما بيّنّا[5] بخلاف المشركين على ما سبق.

وأما تعلقهم بالمجوس فقد قال أصحابنا: إن لهم شبهة كتاب[6] على ما

(١) في (ز): الهلاك بالقتل.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): كفر.
(٤) في (ز): فنزل.
(٥) في (ز): ما بيناه.
(٦) المهذب ٥/٣١٢، الروضة ١٠/٣٠٤.

رُوي عن علي أنه قال لهم كتاب فأُسري به[1]، ولأنهم يعترفون بنبوة إبراهيم عليه السلام، فاعتُبرت الشبهة في حقن الدم دون المناكح والذبائح.

وهم يقولون على هذا وجود الكتاب لهم لا دليل عليه، وقد قال عليه السلام: (سُنوا بهم سنة أهل الكتاب)[2]، دل أنهم ليسوا أهل كتاب.

وقال عمر: (ما أصنع بالفرقة التي ليسوا من أهل الكتاب)[3]، يعني: المجوس، دل أنه ليس لهم كتاب، ولا شبهة كتاب.

وأما أثر علي لا يثبت، وقالوا: بمثله لا يثبت وجودُ الكتاب لهم في معارضة الأخبار المشهورة وبعدمه حسًّا وعيانًا.

والجواب المعتمد: أن القياس أن لا يجوّز أخذ الجزية من المجوس على ما قالوا، وقد نص عمر على هذا، وبيّن أن الجزية مخصوصٌ أخذها بأهل الكتاب.

واشتبه عليه أمر المجوس، حتى رَوَىَ له عبد الرحمن بن عوف الخبر

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه ٦/٧١، ورواه الشافعي وعن طريقه أخرجه البيهقي في سننه ٩/١٨٨.
قال ابن حجر في الفتح: «إسناد حسن» ٦/٢٦١.

(٢) رواه مالك في الموطأ ٢/١٧٣ مع المنتقى، كتاب الزكاة، باب جزية أهل الكتاب والمجوس.
وعبد الرزاق في مصنفه ٦/٦٨، والبيهقي في سننه ٩/١٨٩، وابن أبي شيبة في مصنفه ٣/١١٢.
وقال ابن عبد البر: «هذا حديث منقطع، لأن محمد بن علي لم يلق عمر ولا عبد الرحمن بن عوف». فتح الباري ٦/٢٦١.

(٣) رواه مالك في الموطأ ٢/١٧٣ مع المنتقى قال ابن حجر في الفتح وهو منقطع مع ثقة رجاله الفتح ٦/٢٦١.

المعروف، ورووا له أن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هَجَر[١]، فترَكَ المعقول إلى النص، (ونحن نفعل هكذا)[٢]، وندعُ رأينا للنص ولا نعقل معناه.

فإن قالوا: (فاجعلوا المجوس بمنزلة المشركين، و)[٣] المشركين بمنزلة المجوس؛ لأنهم في معناهم.

قلنا: إلحاق مشركي العجم بمشركي العرب أولى من إلحاقهم بالمجوس؛ لأن الله تعالى قد فرق بين المجوس والمشركين في قوله تعالى: ﴿وَٱلْمَجُوسَ وَٱلَّذِينَ أَشْرَكُوٓا۟﴾[٤]، فلم[٥] يجز الإلحاق مع هذا التفريق الصريح إلا أنه مع هذا ليسوا بأهل كتاب[٦]، فلابد من نص آخر في أخذ الجزية منهم، وقد وجدناه فتَبِعنا[٧] وقطعناهم عن المشركين. والله أعلم بالصواب.



(١) رواه البخاري في صحيحه ٦/٢٥٧ مع الفتح، كتاب الجزية والموادعة، باب الجزية والموادعة.

(٢) في (ز): أولى ونحن نقول هذا.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) سورة الحج، آية (١٧).

(٥) في (ز): فلا.

(٦) في (الأصل): الكتاب.

(٧) في (ز): فاتبعناه.




مسائل الصَّيْد وَالذَّبَائح

[٣١٩/ب] ※ (مَسْألَة):

الكلبُ المعلَّم[(١)] إذا أكل من الصيد لم يحرم الصيد على أحد قولي الشافعي رضي الله عنه (وهو المنصور)[(٢)(٣)].

وفي القول الآخر: يَحرُم[(٤)] وهو قولهم[(٥)].

❖ لنا:

حديث أبي ثعلبة[(٦)] الخشني أن النبي ﷺ قال: (إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرتَ اسم الله عليه فكُل، فقال: يا رسول الله وإن أَكَلَ منه؟ قال: وإن أكل منه)[(٧)].

---

(١) الكلب المعلم: هو الذى اذا أغراه صاحبه على الصيد كَلَبَه واذا زجره انزجر واذا أخذ الصيد حبسه على صاحبه. ينظر فتح الباري ٩/٦٠٠.

(٢) زيادة من (ز).

(٣) النكت ورقة ١٢١/أ، وهو القول القديم.

(٤) النكت ورقة ١٢١/أ.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢/٣١٤.

(٦) أبو ثعلبة الخشني: صحابي مشهور بكنية قيل: اسمه: جرثوم أو جرثومة أو جرثم أو جرهم، روى له أصحاب الكتب الستة، التقريب ص ٣٩٨.

(٧) رواه أبو داود في سننه ٤/٢٧١ مع المعالم، كتاب الصيد رقم (٢٨٥٢) بهذا اللفظ وأصله في البخاري ٩/٦٠٤ مع الفتح رقم ٥٤٧٨.

وحديثهم الذي يروونه بطريق عدي[١] بن حاتم أن النبي ﷺ قال له في مثل هذه الألفاظ (وإن أكل منه فلا تأكل)[٢] لحمله على النهي على طريق التنزيه[٣]، والأولى، هذا، بدليل هذا الخبر، وبدليل ما رُوي أنه عليه السلام قال: (فلا تأكل فإني أخاف أنه أمسكه[٤] على نفسه)[٥].

وهذا اللفظ إنما يدل على إثبات التنزيه لا التحريم، ولأنه صيدُ كلبٍ معلمٍ فيحل[٦].

دليله: إذا لم يأكل منه، وهم يمنعون (أنه مُعلَّم)[٧]؛ لأن شرط التعليم ترك الأكل، ونحن نقول: هو مُعلَّم، وليس ترك الأكل من شرط التعليم بحال؛ لأنه ليس من التعليم في شيء، فإن معنى التعليم هو: أن الكلب يصير بالتعليم آلة لصاحبه ليفعل[٨] فعل الاصطياد له، فننظر إلى حدّ فعل الاصطياد، فنقول: حدّ فعله له أن يصطاد بإرساله، ويجيبه عند دعائه فيكون هذا تمام اصطيادٍ[٩]

---

(١) عدى بن حاتم بن عبد الله بن سعد الحشرج الطائي أبو طريف، صحابي شهير وكان ممن ثبت على الإسلام من الردة، وحضر فتوح العراق وحروب علي ﷺ مات سنة ٦٨هـ، وهو ابن مائة وعشرين سنة، وقيل: ثمانين، روى له أصحاب الكتب الستة، التقريب ص ٢٣٧.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٩/٦٠٣ مع الفتح، كتاب الذبائح والصيد.

(٣) فتح الباري ٩/٦٠٢.

(٤) في (ز): أمسك.

(٥) رواه البخاري في صحيحة ٩/٦١٠ مع الفتح رقم ٥٤٨٤ وأبو داود في سننه ٤/٢٧٠ مع المعالم، كتاب الصيد رقم (٢٨٤٨).

(٦) في (ز): فَحَلّ.

(٧) في (ز): كونه معلمًا.

(٨) في (ز): يفعل.

(٩) في (ز): اصطياده.

له وهو نظير عمل العبد، فإن عَمَلَ العبدَ إنما يكون لسيده يعمله[1] بأمره.

ونصوّر فيما لو أمره بسقيه، فيذهب بأمره وتمامه عوده وسقيه، فيكون ذلك إتمام أمره، وكذلك هذا.

وأما ترك الأكل فهو نوع أدب زائد على فعل الاصطياد، فإن وُجِدَ تَمَّ العمل بأدب العمل، وإن لم يترك الأكل منه فلا يختلُ فعل الاصطياد، وهو نظير شرب العبد قبل مولاه إذا أمره بسقيه، فإنه يكون هذا ترك أدب منه، وإذا لم يشرب يكون استعمال أدب منه، ولكنه لا يختلُّ فعل السقي بالشرب[2] قبل مولاه، بل هو عامل لسيده[3] في الموضعين، كذلك هاهنا.

والدليل من حيث الحكم في[4] أن ترك الأكل ليس بشرط في التعليم: أن اصطياد البازي والصقر يوجب حل الصيد[5]، وإن أكل منه ولو كان حدُّ التعليم لا يحصل إلا بترك الأكل وجب أن يحرم في البازي والصقر أيضًا.

وقولهم: إن البازي والصقر لا يمكن تعليمهما تركَ الأكل؛ لأنه ليس له عقل يفهم ولا جثة يحتمل الضرب بخلاف الكلب، فإنه وإن لم يكن عقل يفهم به فله جثة يحتمل الضرب فيعلمُ بالضرب.

قلنا: والكلب لا يمكن تعليمُه ترك الأكل؛ لأن وثوبَه على الصيد يُطمعه

---

(١) في (ز): يعمله له.
(٢) في (ز): يشرب العبد.
(٣) في (ز): للسيد.
(٤) في (ز): على.
(٥) في (ز): صيده.

(في أكله)[1].

ألا ترى أنه ما لم يجوّع لا يصطاد، وإذا شبع امتنع من الاصطياد، وتكليفُ ترك الأكل مع التطميع[2] محال، وعلى أنه كان ينبغي إذا لم يتصور تعليمُ البازي ترك الأكل، ولا يحصل التعليم إلا به وجَبَ أن يُقَضى باليأس عن تعليم البازي كما قَضَوا باليأس عن تعليم النُّمور والأُسُود والذئاب[3]؛ لأنه لم يتصور اصطيادهم[4] بإرسال غيرهم[5].

❁ أمّا[6] حجّتهم:

قالوا: صيد (كلب جاهل فيحرم)[7]، وهذا لأن ترك الأكل ركن في وجود[8] التعليم ولا يحصل إلا به.

وإنما قلنا: ذلك؛ لأن حد التعليم هو أن يتركَ الكلب عادته الطبيعية في الاصطياد إلى عادة أخرى بالتعليم، ولا يكون ذلك بمجرد الاسترسال عند الإرسال والإجابة عند الدعاء؛ لأن الكلب وثّابٌ على الصيد بطبعه أَلوفٌ للآدمي، فيجيبه إذا دعاه بطبعه فيكون كلا الأمرين جريًا[9] على العادة

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): الطبع.
(٣) زيادة من (ز).
(٤) في (ز): اصطيادها.
(٥) في (ز): غيرها إليها.
(٦) في (ز): وأما.
(٧) في (ز): الكلب الجاهل محرم.
(٨) ليست في (ز).
(٩) في (ز): جاريًا.

الطبيعية، وإنما يُوجد تركُ العادة الطبيعية بترك الأكل عند أخذ الصيد، فدل أنه لابد منه في حصول التعليم[1]، وليس كالبازي والصقر؛ لأنه من غير ترك الأكل وجد منه ترك العادة الطبيعية إلى عادة أخرى بالتعليم، فإن البازي والصقر نفوران عن الآدمي بطبعهما وحشيان، فإذا صار يُجيبُ صاحبه إذا دعاه فقد ترك العادة الطبيعية إلى عادة أخرى بالتعليم فحصل التعليم وصار مُعلَّمًا وحل صيده.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنه أكل لجوعه، لا لجهله.

فهذا ليس بشيء؛ لأنه إنما يعلّم تركَ الأكل مع الجوع.

وإن قلتم: ربما كان الجوع بَلَغَ النهاية وَخَافَ الهلاك منه، فمتى كان جوعه بَلَغَ هذا المبلغ فلا يتصور اصطياده.

قالوا: وإن قلتم: إن[2] أكله على أنه كان ناسيًا، فهذا من باب الحِرَف[3]، [٣٢٠/أ] والحِرَف[4] لا تُنسى؛ لأنها تصير معرفة ضرورية بعد التعليم، ولا يتصور نسيانُه، وعلى أنه إذا نسي ما تَعلّم فلم يبق مُعلَّمًا، ويصير جاهلًا به عند النسيان.

وبهذا الطريق قالوا: إن الصيود السابقة تحرُم عند أبي حنيفة[5]؛ لأن عنده إنما يُحكم بتعليمه بالاجتهاد والرأي، ولا[6] نقدّر تقديرًا في ترك الأكل

---

(١) في (ز): تعليم الكلب.

(٢) في (ز): يحمل.

(٣) في (ز): الحذق.

(٤) في (ز): الحذق.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢/٣١٨.

(٦) في (ز): ولأنا.

الذي يصير به مُعلَّمًا.

وأما الأكل فنص على وجود الجهل، ولا يبقى الاجتهاد مع النص فحكم بجهله، وأنه لم يصر مُعلَّمًا حرُمت الصيود المقدمة؛ لأن[1] كلها صيود كلب جاهل.

وبعضهم قال: (يجوز أنه أكل للنسيان، ويجوز أنه أكل لفرط الجوع، و)[2]يجوز أنه أكل للجهل فلم يحل الصيد مع هذه الاشتباه، ونظيره إذا رمى صيدًا فوقع في الماء ومات لِمَا (كان يجوز، أنه هَلَكَ بالماء، ويجوز أنه)[3] هَلَكَ بالرمي لم يحل مع وجود الاشتباه، كذلك هذا.

❁ **الجواب**[4]:

إنا بيَّنّا وجود التعليم بدون ترك الأكل، وهذا هو المعتمد.

وَمَنْ قال من أصحابنا: إن ترك الأكل شرط في التعليم، ثم يقول: بحل الصيد وإن أكل منه فليسشق[5] عليه تمشية الكلام بل يعجز عنه؛ لأن ركن التعليم إذا فُقد في الاصطياد كيف يتصور حل الصيد؟ وإنما المعتمد هو أن ترك الأكل ليس بشرط أصلًا، وقد بيَّنّا طريقه.

وقولهم: إن حدّ التعليم كذا.

---

(١) في (ز): لأنها.

(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٣) في (ز): جاز أن يكون قد هلك بالماء، وجاز أن يكون.

(٤) في (ز): والجواب.

(٥) في (ز): يشق.

قلنا: قد بيَّنّا حد التعليم، وعلى (ما قلنا فقد)[1] وُجد.

فإن قالوا: لم يوجد؛ لأنه إنما يصير صائدًا لصاحبه إذا أمسك عليه، وإذا لم يُمسك عليه يكون صائدًا لنفسه.

قلنا: إنما ادّعينا فعله له من حيث الحقيقة، فلا يمكن إنكار الحقيقة، ونحن نقول: إنه لم يمسك على صاحبه على معنى أنه لم[2] يحفظ له، ولكنه قد جعل[3] فعلَ الاصطياد (له حيث فَعَلَ بأمره، والعبرة بفعل الاصطياد لا بمعنى ليس من فعل الاصطياد)[4].

فإن قالوا: إنما أباح الله من الصيد ما أمسكه صائده على صاحبه بقوله تعالى: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾[5].

قلنا: المراد من الإمساك هو الأخذ كأنه أباح ما أخذه لصاحبه، وتناولهُ منه لا ينافي أخذه لصاحبه؛ لأنه يجوز أن يأخذ الإنسان شيئًا لإنسان، ثم آخِذه[6] يتناول منه، وتناولُه منه لا يمنع وجود الأخذ لصاحبه، حين أَخَذَ، وإنما حملنا الإمساك المذكور في الآية على الأخذ؛ لأن الآية عامة في جميع الجوارح، ومعلوم أن المراد في جوارح الطيور، هذا كذلك في جوارح السباع.

---

(١) في (ز): ما قلناه قد.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): فَعَلَ.

(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٥) سورة المائدة، آية (٤).

(٦) في (ز): إذا أخذه.

وأما قولهم: إن الكلب وثّاب بطبعه ألوف بطبعه.

قلنا: بلى، ولكن يثب على الصيد لنفسه بطبيعته، وهاهنا وثب لصاحبه بأمر صاحبه لا بطبيعة نفسه.

وأما الإجابة عند الدعاء فهو خلاف الطبيعة؛ لأن مع وجود الصيد إجابته عند دعائه إياه خلاف الطبيعة، وعلى أن الفهد مثل البازى؛ لأنه نفور بطبعه (غَيرُ أَلَوفٍ)[1]، فإذا صار (يُجِيب إذا دُعي)[2] فقد ترك العادة الطبيعية، والخلاف في الكلب والفهد واحد.

وباقي الكلام الذي قالوه ليس يدخل شيء منه على الطريقة التي ذكرناها واخترناها. والله أعلم.



※ (مَسْألة):

متروك التسمية يحل أكله عندنا، سواء ترك التسمية عامدًا أو ناسيًا[3].

وعند أبي حنيفة: إن تَرَكَ التسمية عمدًا لم يحل بحال[4].

واعلم أن عامة الأصحاب ذهبوا إلى أن التسمية ليست بواجبة في

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): بحيث إذا دُعي أجاب.

(٣) المهذب ١/٣٣٦، معالم السنن ٣/٣٥٤، نهاية المحتاج ٨/١١٩.

(٤) أحكام القرآن للجصاص ٣/٥، المبسوط ١١/٢٣٦، رؤوس المسائل ص ٥١٠.

الأصل على الذبيحة.

واستدلوا على ذلك بأن الذبح مقدّمة الأكل، فإذا لم تجب التسمية على الأكل، فعلى الذبح أولى.

ولأنه إصلاح مأكول، أو تهيئة مطعوم فلا يجب عليه التسمية، دليله: الطبخ والَخبْز.

ويدل عليه: أنه إذا ترك التسمية ناسيًا حلَّت الذبيحة، فلو كانت التسمية واجبة لم تسقط بالنسيان؛ لأن الذبح ركن، والتسمية شرط، وما جُعل شرطًا لشيء لم يتصور ثبوته من غير ذلك الشرط، وهذا لأن النسيان ليس بعذر في المأمور(١) بحال.

ويدل عليه: أن الأخرس لو ذبح يحل، ولم يوجد التسمية منه، ولا يجوز أن يُقال الجواز على عذر الخرس؛ لأنه يمكنه أن يستنيب غيره في الذبح ولا يباشر بنفسه.

والحرف: أنه يُمكنه (أن يُحصَّل)(٢) التسمية من هذا الوجه، فكان ينبغي أن لا تسقط بعذر الخَرَس.

ألا ترى أنكم [٣٢٠/ب] قلتم في الأُمّي الذي يجد قاريًا يقتدي به، فترك الاقتداء به وصلّى منفردًا لا يجوز؛ لأنه يمكنه أن يجعل صلاته بقراءة من هذا الوجه، فلم يُعذر بالعجز عن ذلك، كذلك هذا.

---

(١) في (ز): المأمور به.

(٢) في (ز): تحصيل.

وهذه كلمات قوية غير أن الإشكال على هذه الطريقة هو: أن وجود المِلَّة شرط في صحة في الذكاة، وهو مِلّة صحيحة في الحال، أو مِلّة كانت صحيحة في الأصل، وهو على دعواها، وليس المعنى في شرط وجود المِلَّة سوى أن التسمية واجبة، فاعتبر وجود مِلّة على ما بيَّنّا ليصح منه التسمية، وهذا لأن المشرك والمجوسي ليس[1] من أهل تسميةٍ صحيحةٍ؛ لأنه على دعوى خَالِقَينِ في أصل دينه، فتسميته تنصرف إلى معبوده في أصل مِلَّته، فلا تصح تسميته بخلاف النصراني، فإنه على دعوى التوحيد.

وأما الإشراك إلزام عليهم من قبل المسلمين، ولأنه ينتمي إلى عيسى عليه السلام، ويدّعى مِلَّته التي جاء بها، وقد جاء بالتوحيد، وأما زرادشت وماني[2] فإنهما[3] جاءا بالشرك الصريح.

وإذا ثبت أن اعتبار المِلّة لصحة التسمية، ولا يُعرف معنى سوى هذا سقط[4] قياس الذبح على سائر الأعمال واعتباره بالأكل.

قالوا: وأما الأنكحة فخارجة على هذا؛ لأن أنكحة المشركين والمجوس صحيحة، وذبائحهم ميتات، بدليل أنهم لو نكحوا ثم أسلموا أُقروا على ذلك، ولو ذبحوا ثم أسلموا لم تحل ذبائحهم.

وقالوا: على فصل الناسي إنما أقمنا المِلّة مقام التسمية في حالة النسيان

(١) في (ز): ليسا.

(٢) هو ماني بن فاتك تنسب إليه الديانة المانوية وهي ديانة بين المسيحية والمجوسية. ينظر: الملل والنحل ١٠١.

(٣) زيادة من (ز).

(٤) في (ز): فيسقط.

لوجود العذر، أو لأنه حال عجز فإن الناسي عاجز عن التسمية، وعند العجز يجوز أن يُقامَ خلف مقامَ أصل كما في سائر الأبدال مع الأصول.

وقالوا: على الأخرس سقط الأمر بالتسمية في حقه لأجل العجز وقامت الإشارة بالتسمية في حقه مقام حقيقة التسمية، كما قامت الإشارة في حقه مقام النطق في سائر المواضع، وإذا قامت الإشارة في حقه مقام النطق لم يُبالَ بقدرته على الاستنابة كما في الطلاق والعتاق والبيع وغيرها.

ومنعوا مسألة الأُمّي في الصورة التي قلناها.

واعلم أن الفصل الأول مشكِل جدًّا على هذه الطريقة، وغاية ما يمكن أن يقال في تمشية القياس الأول: إن تحريم ذبيحة المجوسي والمشرك كان بالنص غير معقول المعنى فلا يهتدي قياس إليه.

والمعتمد في المسألة، والأولى أن لا ندّعي سقوط التسمية أصلًا لكن نقول: صورة التسمية ليست بواجبة لكن الواجب وجود مِلّة صحيحة في الذابح، إما في الحال أو في الأصل ليكون من أهل التسمية، ويقع الاكتفاء بأهلية التسمية عن صورة التسمية، فنقول: ذبحٌ صَدَرَ ممن هو من أهل مِلّة صحيحة فحلت الذبيحة.

دليله: إذا سُمِّي، أو نسي، ونعني «بالمِلّة الصحيحة» صحتها في الحال أو صحتها[1] في الأصل، وإن غُيّرت و[2] بُدّلَت على ما سبق بيانه تم الدليل على وقوع الاكتفاء بالمِلّة الصحيحة عن التسمية، أنا أجمعنا على أن المشرك

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): أو.

أو المجوسي إذا ذبح لا[١] تحل ذبيحته وإنما لم تحل ذبيحته[٢] لعدم المِلّة لا لعدم التسمية، فإنه وإن[٣] سمي الله تعالى وسمعنا ذلك منه فإن ذبيحته حرام ولا يجوز أن يقال: إن تسميته باطلة، وذلك لأن التسمية صحيحة منه.

ألا ترى أنه يُحلّف بالله في الدعاوى، ولولا أن تسميته لله[٤] صحيحة في الشرع، وإلا لم يُستَحلف بالله[٥] في الدعاوي، ومع ذلك لم[٦] تحل ذبيحته لعدم المِلّة، فعرفنا أن حِلّ الذبيحة يدور على المِلّة وعدم المِلّة، ولا تُعتبر صورة التسمية.

يبينه: أن تسمية المجوسي لله تعالى جُعلت كالعدم لعدم المِلّة، كذلك هاهنا يُجعل[٧] التسمية المعدومة من المسلم كالموجودة لوجود المِلّة، وهذا دليل في غاية القوة.

ويدل عليه: أن عند نسيان التسمية أقيمت المِلّة مقام التسمية، وجُعل كأنه سمَّى، كذلك هاهنا.

فإن قالوا: إن الناسي غير معرض عن التسمية، فجاز أن يُجعَل بمنزلة المسمّى[٨]، وأمّا (التارك عمدًا)[٩] مُعرض عن التسمية، فلم يجز أن يُجعل

(١) في (ز): لم.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): لو.
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): لا.
(٧) في (ز): نجعل.
(٨) في (ز): مَنْ سَمّى.
(٩) في (ز): العامد إذا ترك فهو.

بمنزلة المسمّى(١) مع وجود الإعراض حقيقة؛ لأنه لا عبرة بالدليل مع التصريح لغيره(٢).

وأيضًا فإن الناسي عاجز [٣٢١/أ] عن التسمية، ومع العجز عن الشيء يجوز أن يُقام غيرَه مقامَه كما في سائر الإبدال مع الأصول، فأما(٣) العامد غير(٤) عاجز عن التسمية فلم يجز أن تُقامَ المِلّة مقام التسمية خلفًا عنها، ولا عَجْزَ.

❁ الجواب:

إن قولكم: إن الناسي غير مُعرِضٍ والعامد مُعرِضٌ.

قلنا: الإعراض عن ذكر الله لا يتصور مع اعتقاد الإيمان، (ولا يقال: هو)(٥) معرض إنما هو مكتفٍ باعتقاد الإيمان عن التسمية، فَنُزِّل اعتقاده منزلة تسميته؛ لأن النسيان لا يوجب عجزًا بدليل مسألة نسيان الرقبة، ومسألة نسيان الماء فإن ذلك لا يوجب عجزًا عن الأصل وانتقالًا إلى البدل.

والذي قالوا: إنه مع القدرة على التسمية كيف يُقام المِلّة مقامَها.

قلنا: قد دللنا على ذلك، ولا عبرة للاستبعاد مع قيام الدليل.

وقد دل على هذا أيضًا الظواهر الواردة عن النبي ﷺ، وهو قوله ﷺ:

---

(١) في (ز): مَنْ سمى.
(٢) في (ز): بغيره.
(٣) في (ز): أما.
(٤) في (ز): فغير.
(٥) في (ز): ولا نقول: هو غير.

(المؤمن يذبح على اسم الله تعالى سَمّى أو لم يُسمِّ)[1] رواه البراء بن عازب.

ورُوي أنه ﷺ سُئل عن رجل ذبح ونسي اسم الله تعالى، فقال: (ذكر الله تعالى على فم كل مسلم)[2]، فجعله ذاكرًا بإسلامه، وهو موجود سواء تَرَكَ ناسيًا أو عامدًا.

وروي عن ابن عباس أنه سُئل عمن ذبح ونسي اسم الله تعالى، فقال: تسميته مِلّتُه[3].

ويمكن أن يقال: اكتفى الشرع بالمِلّة عن التسمية توسيعًا على الناس، ودفعًا للحرج عنهم، فإن الإنسان قد ينسَى التسمية، وقد يغفل عنها، وقد يتركها اكتفاء باعتقاد الإيمان، وفي إقامة الأهلية مقام التسمية دفعُ حرج وتوسيع، فيُصار إليه كما يصار إلى مثل هذا في كثير من المواضع.

۞ أمّا[4] حجّتهم:

في إيجاب التسمية بقوله تعالى: ﴿وَٱلۡبُدۡنَ جَعَلۡنَٰهَا لَكُم مِّن شَعَٰٓئِرِ ٱللَّهِ﴾ إلى أن قال[5]: ﴿فَٱذۡكُرُواْ ٱسۡمَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَا صَوَآفَّ﴾[6] أي: مصطفّة[7] للنحر فقد أَمَر، والأمر للإيجاب.

(١) قال الزيلعي في نصب الراية ١٨٢/٤: غريب بهذا اللفظ.
(٢) رواه الدارقطني في سننه ٢٩٥/٤، وقال فيه: مروان بن سالم ضعيف.
(٣) رواه الدارقطني في سننه ٢٩٥/٤ ـ ٢٩٦.
(٤) في (ز): وأما.
(٥) في (ز): قوله.
(٦) سورة الحج، آية (٣٦).
(٧) في (ز): مضجعة.




ويدلّ عليه: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾[١] وهذا نص، ولا يجوز الحمل على الميتات؛ لأن الله تعالى حرَّم لترك التسمية، والميتة لا تحرم لترك التسمية، ولأنه تعالى لما عَبّر عن الميتة بمتروك التسمية نعلم[٢] أن متروك التسمية حرام.

وأما قوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِسْقٌ﴾[٣]، قالوا[٤]: قد[٥] جعل فعلَ الذبح بلا تسمية فسقًا، أو سمَّى الذبيحة فسقًا لفسق متناولها، وأيّهما كان فهو دليل على التحريم.

وأما[٦] تفسيق المتناول قالوا: نحن نُفسِقُ الحنفي إذا تناول متروك التسمية، وأما الشفعوي[٧] فإنما لم[٨] نُفسِقُه لمكان الاجتهاد.

وأما قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ ٱلشَّيَٰطِينَ لَيُوحُونَ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِهِمْ لِيُجَٰدِلُوكُمْ ۖ وَإِنْ أَطَعْتُمُوهُمْ إِنَّكُمْ لَمُشْرِكُونَ﴾[٩].

قالوا: هذا ابتداء كلام، والواو قد تكون للابتداء، وللشياطين وحي إلى قلوب المشركين في عموم الأحوال والأوقات.

---

(١) سورة الأنعام، آية (١٢١).
(٢) في (ز): يُعلم.
(٣) سورة الأنعام، آية (١٢١).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز) فقد.
(٦) في (ز): قالوا: وأما.
(٧) الشفعوي نسبه إلى مذهب الشافعي.
(٨) في (الأصل): لا.
(٩) سورة الأنعام، آية (١٢١).

قالوا: ولأن الآية تضمنت تحريم متروك التسمية صريحًا، وتحريم الميتة ضمنًا ثم عطفه[1] بمجادلة المشركين المسلمين في الميتات على ما تضمنته الآية ضمنًا[2]، وأما[3] ما تضمنته الآية صريحًا فهو على قضيتها لا معدل[4] عنها.

ويحتجون أيضًا بحديث عدي بن حاتم المعروف.

ويحتجون أيضًا بفصل تحريم ذبيحة المجوسي والمشرك على ما سبق بيانه، وهو دليل في غاية القوة.

قالوا: ولأن الذكاة تسمَّى[5] بسملة، يقال: بَسمَلَ إذا ذبح، وإذا كُنِي (عن الذكاة بالتسمية)[6] دل أن التسمية واجبة.

ألا ترى أن الله تعالى لما ذكر القراءة بمعنى الصلاة دل أن القراءة واجبة في الصلاة لا معدل عنها.

ولأن التسمية وجبت مخالفةً للمشركين؛ (لأن المشركين)[7] كانوا يذكرون غير الله تعالى، ويُعظّمون أصنامهم بالتسمية، والإهلال بها عند ذبائحهم، فأمر الله تعالى بذكره عَزّ اسمه وتعظيمه عند الذبائح مخالفة

---

(١) في (ز): عطف.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): فأما.

(٤) في (ز): يُعدل.

(٥) في (الأصل): سمى.

(٦) في (ز): بالذكاة عن التسمية.

(٧) في (ز): لأنهم.

للمشركين، فأخذ (لهذا شبهيّة)(١) الشهادتين حيث أمر بهما مخالفةً للمشركين فأفاد الوجوب.

واعلم أن هذه الدلائل دلائل قوية خصوصًا ظاهر الآية، ومسألة تحريم ذبيحة المجوسي والمشرك فلأجل هذه الدلائل اخترنا الطريقة الثانية. والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

عندنا يذكى الجنين بذكاة الأم(٢).

وهو قول أبي يوسف ومحمد من أصحابهم(٣).

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا يتذكى(٤).

❋ لنا:

حديث يحيى بن سعيد عن مجالد(٥)، عن أبي(٦) الوداك، عن أبي سعيد [٣٢١/ب] الخدري قال: سألنا رسول الله ﷺ، فقلنا: إنا ننحر الجزور

---

(١) في (ز): شبه.
(٢) المهذب ٣٤٠/١، سنن الترمذي ٢٧٠/٦ مع العارضة.
(٣) نصب الراية ١٩٢/٤.
(٤) المبسوط ٦/١٢، رؤوس المسائل ص ٥١١.
(٥) مجالد بن سعيد بن عمير الهمداني أبو عمرو الكوفي، ليس بالقوي وقد تغير في آخر عمره، من صغار السادسة مات سنة ١٤٤هـ، روى له مسلم وأصحاب السنن الأربعة. ينظر: التقريب ص ٣٢٨.
(٦) أبو الودّاك: جبر بن نوف البكالي الهمُداني، كوفي صدوق يهمُ من الرابعة، روى له مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة. ينظر: التقريب ص ٥٣.

أو البقر[1] أو الشاة، فنجد في بطنها جنينًا أفَنُلقيه أم نأكله؟ قال: (كلوه إن شئتم إن ذكاة الجنين ذكاة أمه)[2].

وفي رواية: (نجد جنينًا ميتًا).

وقوله في الرواية الأولى (أفنُلقيه أم نأكله) دليل على أنه ميت؛ لأن الإلقاء إنما يتصور في الميت.

وقد رُوي عن ابن عمر[3]، وأبي هريرة[4] أن النبي ﷺ قال: (ذكاة

---

(١) في (ز): البقرة.

(٢) يظهر أن المؤلف رحمه الله خلط بين إسنادين ومتنين:
فما ذكره من الإسناد ليس لهذا المتن المذكور وإنما هو متن لحديث (ذكاة الجنين ذكاة أمه) بهذا اللفظ فقط، وقد رواه الترمذي بإسناده فقال: حدثنا محمد بن بشار، حدثنا يحيى بن سعيد. ح وثنا سفيان بن وكيع، ثنا حفص بن عياث عن مجالد عن أبي الودّاك عن أبي سعيد الخدري عن النبي ﷺ: (ذكاةُ الجنين ذكاةُ أمه).
وقال الترمذي: هذا حديث حسن. ينظر: سنن الترمذي ٢٦٩/٦، مع عارضة الأحوذي، باب ما جاء في ذكاة الجنين.
وقد روى هذا اللفظ ابن ماجه في سننه برقم (٣١٩٩)، وابن الجارود في المنتقى ص٣٠٢.
ـ وأما المتن فرواه أبو داود في سننه بسند آخر قال: أبو داود حدثنا القضبي، حدثنا ابن المبارك. ح وحدثنا مسدد، حدثنا هشيم، عن مجالد، عن أبي الودّاك، عن أبي سعيد قال: «سألت...»، وذكر المتن المشار إليه. ينظر: سنن أبي داود ٢٥٢/٣ مع المعالم، كتاب الأضاحي، باب ما جاء في ذكاة الجنين.
ورواه بهذا اللفظ الدارقطني في سننه ٢٧٣/٤، ٢٧٤.
وقد ذكر ابن حجر في التلخيص الحبير تخريج هذا الحديث وطرقه ١٥٦/٤ ـ ١٥٧.
وقال الألباني في الإرواء: صحيح. ١٧٢/١٨ ـ ١٧٥، برقم (٢٥٣٩)، ونقل تصحيحه عن ابن دقيق العيد بإيراده إياه في الإلمام بأحاديث الأحكام ص ٢٩٩.

(٣) أخرج حديثه الدارقطني في سننه ٢٧١/٤، والحاكم في المستدرك ١١٤/٤، وصححه الألباني في الإرواء ١٧٢/٨.

(٤) أخرج حديثه الحاكم في المستدرك ١١٤/٤، قال ابن حجر في التلخيص «فيه عبدالله=

الجنين ذكاة أُمِّهِ)، ورواه أيضًا علي[١]، وابن مسعود[٢]، وابن عباس[٣].

وليس لهم تأويل للحديث سوى أن بعضَهم حَمَل تشبيه الذكاة بالذكاة وليس بشيء؛ لأن الخبر في الجنين، وقد حملوه على ما بعد الانفصال، ولا يُسمَّى جنينًا[٤].

ولأن هذا لا يشكل على أحد، فحملُ الحديث عليه (يضيع الحديث)[٥].

وعلى الرواية المفسّرة وهي الرواية الأولى لا يستقيم تأويلٌ مَّا.

وأما المعنى فنقول[٦]: وجود الذكاة من وجه كافٍ في حِلِّ الحيوان عند العجز عن الذكاة من كل وجه، **دليله**: الصيد.

وبيان قولنا: «إن الذكاة وُجدت من وجه»؛ لأن[٧] الجنين جزء للأم من وجه، وهذا لا يخالف فيه أحد، ولئن خالف فالجنين والحكم يردّان عليه:

أما الجنين فالاتصال المحوج إلى الفصل والقطع.

= بن سعيد وهو متروك» ٤/١٥٧.

(١) أخرج حديثه الدارقطني في سننه ٤/٢٧٤، ٢٧٥، قال ابن حجر في التلخيص «فيه الحارث الأعور والراوي عنه ضعيف» ٤/١٥٧.

(٢) أخرج حديثه الدارقطني في سننه ٤/٢٧٤، قال ابن حجر في التلخيص «رجاله ثقات إلا أحمد بن الحجاج بن الصلت فإنه ضعيف جدًّا وهو علته» ٤/١٥٧.

(٣) أخرج حديثه الدارقطني في سننه ٤/٢٧٥، قال ابن حجر في التلخيص «فيه موسى بن عثمان الكندي وهو مجهول» ٤/١٥٨.

(٤) في (ز): إذ ذاك جنينًا.

(٥) في (ز): تضييع للحديث.

(٦) في الأصل (نقول).

(٧) في (ز): أن.

وأما الحكم فبدليل[١] تعتق بعتقه[٢]، وتصير مبيعًا ببيعه[٣]، وموهوبًا بهبته[٤]، وغير هذا من الأحكام.

وإذا ثبت أنه جزء من وجه، فمن هذا الوجه يصير مذكًّى بذكاة الأم؛ لأن ذكاة الجملة ذكاة الجزء ومثل سائر الأجزاء.

وأما الدليل على الذكاة من وجه يكفي عنه العجز: فصل الصيد، فإن الذكاة وُجدت فيه من وجه؛ لأن محل الذكاة هو الحلق واللَّبَّة، ولم توجد فتنعدم الذكاة من وجه، لفقد محلها.

ولأن الذكاة فعل لا تبقى معه الحياة بحال، وما لم يوجد جُرح على هذا الوجه لا تكون ذكاة؛ لأن الجرح الذي يجوز أن يبقى معه ويجوز أن يموت منه لا يكون ذكاة، وإن مات منه، وفي الصيد يُعتبر وجود جُرحٍ مَّا، ووجود جُرحٍ مَّا لا يكون ذكاة بالإجماع، فعلمنا أن الذكاة وُجدت فيه من وجه وقد قام مقام الذكاة من كل وجه لعُذر العجز كذلك في مسألتنا، وهذا لأن العجز، عذر عظيم، وعند العُذر يظهر توسيعُ الشرع، وتسهيله بدليل سائر الأعذار.

وقد تعلق سائر الأصحاب بقولهم: إن الذكاة تشرع[٥] بقدر الإمكان في الحيوان المأكول اللحم ولا إمكان في مسألتنا إلا هذا الوجه، وهو أن نجعل ذكاة الجنينِ ذكاةَ الأمِّ كما في الصيد لا إمكان سوى أصل الجرح، والطريق

---

(١) في الأصل (بدليل).

(٢) في (ز): بعتقها.

(٣) في (ز): ببيعها.

(٤) في (ز): بهبتها.

(٥) في الأصل شرع.

الذي اخترناه أحسن وأقربُ إلى معاني الفقه، ويدخل على الإمكان فصل الشاتين إذا تردَّتا في بئر، وإحداهما فوق الأخرى، فَطَعنُ العُليا لا يُصيّر السُّفلى مذكاة بذكاتها.

وإن قال قائل: إنه يمكن تذكيةُ السُّفلى بأن يعتمد على الحديدة فيُنفذها في السُّفلى فيصوّرون[1] في موضع يتعذر مثل هذا الفعل.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: الجنين حيوان بانفراده فلا يصير مذكًّى بذكاة غيره.

دليله[2]: ما بعد الانفصال، أو هو منفرد بالحياة فلا يتبع غيره في الذكاة، وهذا لأن الذكاة تَصَرُّف في الروح، من حيث التفويت، فإذا انفرد بالروح لم يتصوّر أن يتبع غيرَه في التصرف فيه.

والحرف: أنه إذا لم يتّبعه في الروح لم يتّبعه في الذكاة التي هي عمل فيه.

ثم الدليل على أنه منفرد بالروح: أن الروح لا تثبت في الجنين من حيث سرايته من الأم إليه.

ألا ترى أنه حين يَعْلِقُ يَعْلِقُ ولا روح فيه، ولو كان من حيث السراية[3] لَعَلِقَ وفيه الرُّوح.

---

(١) في (ز): فنصوّر.

(٢) في (ز): بدليل.

(٣) في (ز): سرايته.

ألا ترى أن الحرية والرق في جنين الآدمي، والملك في جنين البهيمة لما كان من حيث السراية عَلِقَ على ذلك، ولأنا نعلم قَطْعًا أن الله تعالى يَنفُخ فيه روحًا فَخَلَقَه له ابتداء بدليل قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَٰهُ خَلْقًا ءَاخَرَ﴾[1]، وأجمع أهل التفسير أن المراد ما بيَّنّا[2][3].

ويدل عليه الخبر الثابت برواية ابن مسعود عن النبي ﷺ أنه قال: (يُجمعُ[4] خلقُ أحدكم في بطن أمه أربعين يومًا نطفة) إلى أن قال: (ثم يُنفَخُ فيه الروح)[5].

ويدل عليه: أنه يبقى حيًّا بعد هلاك الأم دل أنه منفرد بالحياة، وهذا بلا إشكال، وإذا انفرد [٣٢٢/أ] الحياة لم يتبع غيره في الذكاة؛ لأن الذكاة تتبع الحياة فإذا كان أصلًا في الحياة لم يكن تابعًا في الذكاة[6] على ما سبق بيانه.

قالوا: وأما قولكم: «إنه جزء من وجه» هذا فيما يرجع إلى البُنية والخِلقة، فأمّا في الحياة فلا، والاتصال الذي قلتم في الحياة لا يتصور إنما هو في البُنية، وأما الأحكام فهي أحكام تعود إلى المالية والمالية في البُنية، فيجوز أن يقال: إن الجنين تبع الأم أو جزء منها في أمر المالية، فأما في الروح وما يعود إلى التصرف فيه فلا.

---

(١) سورة المؤمنون، آية (١٤).

(٢) في (ز): ما بيناه.

(٣) تفسير القرآن الكريم، لابن كثير ٣/٢٤٠.

(٤) في (ز): يجمع الله.

(٥) رواه البخاري في صحيحه ١١/٤٧٧ مع الفتح، كتاب القدر.

(٦) في الأصل: يتبع.

قالوا: وخرج الصيد على ما قلنا؛ لأن فعل الذكاة قد وُجد فيه وهو الجرح، وأما في الجنين فهو حيوان بانفراده، ولم يوجد فيه فعلُ الذكاة.

قالوا: وقولكم: إنه لما كان الجنين مأكول اللحم وجب أن تُشرع له ذكاة.

قالوا: إنما يُشرع إذا أمكن ولم يمكن. ألا ترى أن الشاة السُّفلى مأكولة اللحم، ولم تُشرع لها ذكاة؛ لأنه لا يمكن.

وبيان أنه لا يُمكن: أنه لو شُرع لشُرع من حيث جعله تبعًا للأم، ولا يمكن؛ لأنه ليس بتبعٍ له في الحياة، وهي محل الذكاة، فإذا انفرد محل الذكاة لم يتصور أن يتبع غيرَه فيها.

قالوا: وعلى أن عندنا قد يُتوصل إلى لحمه بأن يُشَقَّ بطنُ الأم بعد (ذكاة الأم)[1]، ويُذبَح الجنين.

قالوا: ولو رمى سهمًا، فأصاب بطن الحيوان الحامل، وأصاب مذبح الجنين يحلُّ.

وقد قال بعضهم: إن سفح الدم واجب في كل حيوان ليطيب ويحلّ، فإنه إذا لم يُسفَح خَبُث بمخالطة الدم إياه والدم شيء نجس، فإذا اختلط باللحم (أو انجمد)[2] فيه بالموت تَنَجَّس اللحم وخَبُث، فيكون حرامًا بمنزلة سائر النجاسات والخبائث والجنين حيوان ينفرد بالدم فلابد من سفحه وصبّه منه حتى يطيب ويحل.

---

(١) في (ز): ذكاتها.

(٢) في (ز): جمد.




قالوا: وإنما لم يُعتبر سفح جميع الدم؛ لأنه لا يمكن اعتباره، واعتُبر[١] وجود الجرح المُدْمى، وأقيم سبب خروج الدم مقام خروج الدم حقيقة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن ذبح الحيوان الحامل جائز، ولو كان الجنين لا يحلّ لم يحلّ ذبح الحيوان الحامل؛ لأن فيه إهلاك حيوان من غير مأكلة.

ألا ترى أن رجم الحامل لا يجوز؛ لأن فيه إتلاف الولد، (ولا يقولون)[٢]: ليس في ذبح الأم إتلاف الولد قطعًا لجواز أن يبقى حيًّا إلى أن يُشَقَّ بطن الأم ويُذبح.

ثم قالوا: هبّ أن فيه إتلاف الجنين فَلِمَ قلتم: لا يجوز؟ فإن قلتم؛ لأن فيه إتلاف حيوان لغير مأكلة، قال: عندي[٣] يجوز (لا لمأكلةٍ)[٤] إذا كان فيه غرض صحيح، (وقد وُجد غرض صحيح)[٥]، وهو الوصول إلى لحم الأم.

وهذا لحقيقةٍ: وهو أن البهيمة ليس لها حرمة في عينها، إنما حرمتُها بمالكها، وإنما يحرم إتلافُها لا لغرض، لأن القتل يكون سفهًا، والسّفه حرام عقلًا وشرعًا، وإذا اتصل به غرض صحيح خرج عن كونه سفهًا فأبيح ذلك.

قالوا: ولهذا يجوز عندنا ذبح جميع الحيوانات، إمّا لأجل دفع أذى منه[٦]، أو لأجل جلد له يُنتَفَع به، أو غير ذلك ولا يختص بأن تكون المنفعة

(١) في (ز): فاعتبر.
(٢) في (ز): قالوا.
(٣) في (ز): عندنا.
(٤) ليست في (ز).
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): منها.

هي الأكل؛ لأن الغرض الصحيح يوجد منه[1] به ولغيره، وخرج (الحامل الزاني)[2]؛ لأن لها حرمة في عينها[3]، وإنما أبيح قتلُها بجناية منها، ولا جناية من الولد فحرُم القتل لهذا[4].

❁ **الجواب**[5]:

أمّا دعواهم أنه حيوان منفرد.

قلنا: بلى، ولكن من وجه، وجزء مثل سائر الأجزاء من وجه.

أما التَفرد بالحياة، فلسنا ننكر ذلك، ويمكن أن يُعارض، فيقال[6]: إن تفرد[7] بالحياة فلم ينفرد بقوام الحياة؛ لأنه يتغذى بغذاء الأم، والغذاء قوامُ الحياة، فيجوز أن يُعارَض أصل الحياة بقوامها.

والجواب المعتمد: أن الجنين وإن انفرد بروح، لكنه بحياته وروحه جزء من الأم من وجه؛ لأن الكلام في الجنين الحي، وقد قام الدليل على أنه بجملته وصفته جزء من الأم من وجه.

وهذا[8] لأنه عَلِقَ حين عَلِقَ بوصفٍ أنه جزء، فإذا أُكمل[9] خلقُه

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): على هذا الحامل من الزنا.
(٣) في (ز): نفسها.
(٤) في (ز): لذلك.
(٥) في (ز): والجواب.
(٦) في (ز): بأن يقال.
(٧) في (ز): انفرد.
(٨) في (ز): ذلك.
(٩) في (ز): كملت.

وصورته، ونُفح فيه الروح فهو يكمُل على الوصف الذي وقع عليه ابتداء خلقه؛ لأنه إتمام ذلك الخلق، فإذا عَلِقَ وخُلق على وصف الجزئية، فكذلك بعد نفخ الروح فيه، يبقى على وصف الجزئية.

وقوله: إن الذكاة تَصَرُّفٌ في الروح، فَكَلاّ، وَلَمَّا[(١)]، إنما التذكية تَصَرُّفٌ في الجسم الحي بإثبات الذكاة له، والروح لا تكون محل الذكاة بحال، ولا محل تصرفٌ ما، إنما الجسم محل الذكاة [٣٢٢/ب]، وهو بجسمه جزء على ما سبق.

وعلى هذا الوجه الذي قلنا ظهر الجواب عن كل ما قالوه، ولم يبق لهم متمسك.

وعذرهم عن الصيد لا يصح، ويقال لهم: كما أن هناك وُجد الجرحُ في الصيد فقد وُجِدَ هاهنا الجرح في حيوان جُعل الجنين جزءًا[(٢)] له، فهو كوجود الجرح في الجنين بمنزلة سائر الأطراف.

وبهذا تبين فساد قولهم: إن سفح الدم عن الجنين لم يوجد، وذلك لأنا أثبتنا الذكاة للجنين من جهة أنه جزء للأم، وبهذه الجهة لا يعتبر سفح الدم عن الجنين كما لا يُعتبر سفح الدم من سائر الأجزاء والأطراف، ويجعل إخراج الدم عن الأم بمنزلة إخراجه عن الجنين وعلى أن إيجاب الذكاة غير معقول المعنى.

وقوله: إن الدم يختلط باللحم، فليس كذلك؛ لأن محل الدم غير محل

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): جلًا.




اللحم، واللحم في غير محل الدم؛ لأن الدم إنما يكون في العروق فكيف يتصور الاختلاط؟

فإن قالوا: إذا قلتم: إنه مذكًّى من وجه (وليس مذكي من وجهٍ)[١]، فإذا اجتمع سبب الحلّ والحرمة، غُلِب[٢] المحرم[٣] كما لو رمى طيرًا فوقع في الماء.

قلنا: إنما اكتفينا بالذكاة من وجه؛ لأجل العذر كما في الصيد، ومسألة رمي الطير لَا عَذْرَ[٤] وعلى أنه حرُم بالنص. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الأضحية سنة، وليس بواجبة عندنا[٥].

وهو قول أبي يوسف ومحمد وعامة أهل العلم[٦].

وعند أبي حنيفة: واجبة[٧].

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز) يقتضيها السياق.

(٢) في (ز): غلبت.

(٣) في (ز): الحرمة.

(٤) زيادة من (ز) يقتضيها السياق.

(٥) المهذب ٣١٧/١، المجموع ٢٩٩/٨.

(٦) تبيين الحقائق ٢/٦، أحكام القرآن للجصاص ٢٤٨/٣، المجموع ٢٩٩/٨، فتح الباري ٣/١٠، معالم السنن ٢٢٨/٣.

(٧) أحكام القرآن للجصاص ٢٤٨/٣، مختصر الطحاوي ص ٣٠٠، المبسوط ٨/١٢، رؤوس المسائل ص٥١٥.

❁ لنا:

حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ (ضَحَّى بكبشين أقرنين أملحين أحدهما عنه وعن أهل بيته والآخر عن مَنْ لم يضحِّ من أمته)[١] وَمن ضُحّي عنه مرة لا يحب عليه ثانيًا.

وروى الدارقطني برواية جابر[٢]، عن عكرمة، عن ابن عباس أن النبي عليه السلام قال: (أُمرت بالنحر وليس بواجب)[٣].

وفي رواية (كُتب عليّ النحر ولم يُكتب عليكم، وأُمرتُ بصلاة الضُحى ولم تؤمَروا بها)[٤].

قالوا: روى مخنف[٥] بن سليم، قال: سمعت رسول الله ﷺ بعرفات، وهو يقول: (أيها الناس على كل أهل بيت في كل عام أضحاة[٦] وعتيرة)[٧].

---

(١) رواه بهذا اللفظ البيهقي في سننه ٢٦٧/٩، كتاب الضحايا، والحديث صحيح من رواية أنس ينظر صحيح البخاري ٩/١٠ مع الفتح رقم ٥٥٥٤، وصحيح مسلم ١٢٠/١٣ مع النووي.

(٢) يعني جابر الجعفي.

(٣) سنن الدارقطني ٢٨٢/٤، إسناده ضعيف من أجل جابر الجعفي. ينظر التلخيص ١١٨/٣.

(٤) سنن الدارقطني ٢٨٢/٤، قال ابن حجر في التلخيص بعد ذكر طرقه «فتلخص ضعف الحديث من جميع طرقه» ١١٨/٣ وكذا في فتح الباري ٤/١٠.

(٥) مخنف بن سليم بن الحارث بن عوف الأزدي الغامدي صحابي نزيل الكوفة، وكانت معه راية الأزد بصفين، واستشهد بعين الوردة سنة ٦٤هـ، روى له أصحاب السنن. التقريب ص٣٣١.

(٦) مكرر في (ز): أضحية.

(٧) رواه أبو داود في سننه ٢٢٧/٣ مع المعالم، كتاب الأضاحي، باب في إيجاب الأضاحي، وقال أبو داود: العتيرة منسوخة هذا خبر منسوخ ٢٢٨/٣.
قال الخطابي في المعالم: «هذا الحديث ضعيف المخرج وأبو رملة مجهول، والعتيرة:=

قالوا: وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: (مَنْ وجد سعة ولم يُضحِّ فلا يَقْرَبَنَّ مُصَلَّانا)[١].

والجواب أن الخبر الأول فهو خبر غريب، لا يُعرف إلا من حديث ابن عون[٢] عن أبي رملة[٣].

وعلى أن كلمة (على) محمولة على تأكيد الاستحباب، مثل قوله ﷺ: (غسل الجمعة واجب على كل محتلم)[٤].

والخبر الثاني الأصح أنه موقوف على أبي هريرة[٥]، وعلى أن تأويله ما قدَّمنا[٦]، وفيه بيان أن الأضحى مثل صلاة العيد، فمن ترك أحدهما فهو جدير بترك الآخر، وهذا مثل قوله ﷺ: (مَنْ باع الخمر[٧] فَلْيُشَقِّص

= تفسيرها في الحديث: «أنها الشاة التي تذبح في رجب» ا. هـ، ٣/٢٢٧ مع السنن.

(١) رواه الدارقطني في سننه ٤/٢٨٥، وفيه عمرو بن الحصين، قال الدارقطني: إنه متروك: ١/٢٢١.

(٢) عبد الله بن عون بن أرطبان أبو عون البصري، ثقة ثبت، فاضل من أقران أيوب في العلم والعمل والسنة من السادسة، مات سنة ١٥٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص ١٨٤.

(٣) عامر أبو رملة: شيخ لابن عون، لا يعرف من الثالثة، روى له أصحاب السنن. ينظر: التقريب ص١٦٢.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٢/٣٨٢ مع الفتح، كتاب الجمعة، باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل؟.

(٥) ينظر: سنن البيهقي ٩/٢٦٠، كتاب الأضاحي، قال ابن حجر في الفتح: أخرجه أحمد وابن ماجة، ورجاله ثقات، لكن اختلف في رفعه ووقفه، والموقوف أشبه بالصواب، قاله الطحاوي وغيره، ا. هـ ١٠/٣، ينظر: مسند أحمد ٢/٣٢١، وابن ماجة ٢/١٠٤٤.

(٦) في (ز): ما ذكرناه.

(٧) في (ز): الحمرة.

الخنازير)[١].

ومعناه: أن تحريم أحدهما كتحريم الآخر، وَمَنْ فعل أحدَهما لم يُستبعَد منه فعل الآخر.

وأما المعنى أجمعنا على أن تفريق اللحم لا يجب، فلو وجبت الأضحية لوجبت لعين إراقة الدم، وإراقة الدم إتلاف المال، والعبادة لا تجب ابتداء من الله تعالى، بإتلاف المال؛ لأن العبادات إنما عُرفت أوضاعُها بالشرع، ولم تُعرف عبادة على وضع إتلاف المال، كيف وقد ثبت أن النبي عليه السلام نهى عن إتلاف المال[٢]، وإذا كان إتلاف المال معصية لم يجز التقرب إلى الله تعالى بالمعاصي.

(ولا يلزم)[٣] العتق؛ لأنه لا يجب قط ابتداء، والكلام فيما وجب ابتداء على طريق العبادة، وعلى أنه وجب لنفع العبد، وإيصاله إلى الحرية وهو معنى لا يخلو عنه العتق بحال.

وفي مسألتنا لا يجوز أن يكون الوجوب لنفع الفقراء؛ لأنه لو كان

(١) رواه أبو داود وأحمد، وقال الألباني في ضعيف الجامع الصغير: ضعيف، رقم (٥٥٠٨).
ينظر: سنن أبي داود ٧٥٩/٤ مع المعالم، كتاب البيوع والإجارات، باب ثمن الخمر والميتة. ومسند أحمد ٢٥٣/٤.
ومعنى فليشقِّص: فليستحل أكلها.
قال الخطابي: ومعنى الحديث: من استحل بيع الخمر فليستحل أكل الخنزير، فإنهما في الحرمة والإثم سواء، أي: إذا كنت لا تستحل أكل لحم الخنزير فلا تستحل ثمن الخمر» ا.هـ. معالم السنن ٧٥٩/٤.

(٢) يشير إلى قوله ﷺ: (وإضاعة المال).

(٣) في (ز): ولا يلزم على هذا.

المعنى هذا لم يجز أن ينفك عنه بحال كسائر الواجبات للفقراء.

وعلى الأصل الذي قلناه لا نُسلّم وجوب ذبيحة لا يجب تفريق لحمها.

فإن قالوا: الوجوب في إراقة الدم (وَحَلّ للذابح الأكل منه)(١)؛ لأن الناس أضياف الله تعالى بلحوم القرابين على العموم، وليس فيه تمييز بين المُضحى وغيره.

قلنا: قد بيّنّا التقرير على وجه لا يرد هذا السؤال، وعلى أن الأكل من الضيافة على الندب لا على الوجوب، كذلك الذبيحة التي هي أساس الضيافة وسُنتها يكون على الندب لا على الوجوب.

وقد تعلق الأصحاب في هذه المسألة بالمسافر، وقالوا: الحق المالي إذا لم يجب على المسافر لا يجب على المقيم، وهذا لأن السفر لا تأثير [٣٢٣/أ] له في حقوق الأموال.

وهذا الفعل مشكل عليهم على طريق الإلزام وليس لهم عذر تبين وجهه، وقد قالوا: إن المسافر يجب عليه أن يُضحَى على(٢) أولاده الصغار ولا يجب عن نفسه، فهذه مناقضة بينة، ويدخل على فصل المشقة الذي يعتذرون به عن المسافر.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: عبادة مؤقتة بوقت نفسها فكانت واجبة.

---

(١) في (ز): ويحل الأكل منه للذابح.

(٢) في (ز): عن.

دليله: سائر العبادات، وهذا لأن الأصل المعلوم في الشرع هو أن الواجبات مؤقتة، والنوافل غير مؤقتة؛ لأنا إذا لم نؤقت الواجبات ووجبت في كل الأوقات أدّى إلى الحرج الظاهر، وأما النوافل فموسعٌ على الإنسان تركُها فبقيت على عدم التوقيتِ، ووُسع على الإنسان الاستكثار منها، وفعلها في أي وقت شاء، ليكون بسبيل من التقرب إلى ربه ومعبوده على عموم الأوقات لينال الزلفى والثواب لديه، ولم يؤدّ إلى الحرج لبقائه على الخيرة فيه.

قالوا: وأمّا النوافل الرواتب في اليوم والليلة فليست بمؤقتة بأوقات أنفسها إنها هي تابعة في الأوقات.

وقالوا: أيضًا عبادة يضاف إليها وقتُها، أو كانت واجبة كالجمعة، وهذا لأن الإضافة للتعريف، والتعريف إنما يتم ويكمُل إذا كان المُعرّف به لا يخلو الوقت عنه.

فأما إذا كان يوجد مرة، ويخلو عنه أخرى فلا يتم التعريف به، ولن يوجد التعريف على الوجه الذي قدمنا إلا إذا حكمنا بوجوب الأضحية، فإذا لم نحكم بوجوبها، وتصور أن توجد مرة ولا توجد مرة فلا يكمل التعريف.

❁ **الجواب**[1]:

إن كلا الاستدلالين ضعيف[2]، والأول يبطل على الفور بصلاة الضُّحى وصلاة العيد، وعلى عكسه الزكاة واجبة وليست بمؤقتة، فكذلك القضاء في الصلاة والصوم.

---

(١) في (ز): والجواب.

(٢) في (ز): ضعيفان.




ويقال لهم: لِمَ قلتم إن المؤقّت يكون واجبًا وغير المؤقّت يكون نافلة.

والذي قالوا: إن وضع الواجبات على كذا.

قلنا: قد وُجد على ذلك الوجه، وعلى خلاف ذلك الوجه.

وقولهم: إن الفرائض إنما شُرعت مؤقتة لدفع الحرج.

قلنا: دفع الحرج في ترك التوقيت أكثر ليؤدّي في أي وقتٍ شاء.

والذي قالوه في النوافل: إنها شُرعت غير مؤقتةٍ ليُستَكثر منها.

قلنا: ومع التوقيت يمكن الاستكثار من النوافل؛ لأنه ما من وقتٍ إلا وله نافلة يفعلها[1] إذا شاء.

وأما الطريقة الثانية فيبطل بيوم القرّ[2] ويوم النفر[3]، فإنهما فعلان يُضاف إليهما وقتُهما وليسا بواجبين.

فإن قالوا: نحن قلنا: عبادة، والقرّ والنفر ليسا بعبادة.

قلنا: إذا جاز تعريف الوقت بما ليس بعبادة أصلًا فلأن يجوز بعبادة هي[4] نافلة أولى.

---

(١) في (ز): يفعلها قربة.

(٢) يوم القر: يقصد به: اليوم الأول من أيام التشريق؛ لأن الناس يقرون في منى للنحر ـ المصباح مادة (قر) ص ٤٩٦.

(٣) يوم النفر: يقصد به: اليوم الثاني من أيام التشريق، يقال: نفر الحاج من منى دفعوا وخرجوا منها. المصباح مادة (نفر) ص ٦١٧.

(٤) في الأصل (هو).

ويقال لهم: إذا أضيف إليها وقتها وجب أن تكون واجبة.

وأما الذي قالوه: قلنا: لا يتصور إطباق الناس وتواطؤهم على ترك الأضحية، فإذا كان كذلك تمّ التعريف، وكَمَل حين لم يتصور خلو الوقت عنها، والله أعلم.






مسائل من الأيمان والنذور

※ (مَسْأَلَة):

يمين الغموس توجب الكفارة عندنا[1].

وعندهم: لا توجب[2].

❈ **لنا:**

قوله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾[3].

وكسبُ القلب قصده، وهذه اليمين مقصودة، وكانت بالقلب مكسوبة، وإذا كانت مكسوبة ثبتت المؤاخذة عليها.

وقد فَسَّر الله المؤاخذة بالكفارة في قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ﴾[4] الآية.

وهم يمنعون أن هذه يمين، وأنها معقودة.

---

(١) المهذب ٢/١٢٩، روضة الطالبين ١١/٣.

(٢) مختصر القدوري ٢/٢٤٧ مع شرحه اللباب، أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٥٤، الأسرار ٢/١٩٤، أ/ عارف حكمت، المبسوط ٨/١٢٧، رؤوس المسائل ص ٥٢٠، تبيين الحقائق ٣/١٠٨.

(٣) سورة البقرة، آية (٢٢٥).

(٤) سورة المائدة آية (٨٩).

وعلى التقرير الذي بيَّنّا لا يتوجه سؤال، وسنذكر من بعد أن هذه يمين، وندل عليه.

وأما المعنى فنقول[1]: الكفارة مؤاخذة على يمين مهتوكة بالمخالفة، وقد وُجد هذا المعنى في يمين الغموس.

ونعني «بالمخالفة» هو وجود المخالفة بين فعله وقوله المستشهَد عليه باسم الله تعالى عليه، وبيان الوجود أنه قال في المستقبل: والله لا أفعل كذا وفَعَلَ، وقال في الماضي: والله لم أفعل كذا وقد فَعَلَ.

وَمَنْ تأمل في الصورتين لم يجد فرقًا بينهما في حقيقة المخالفة على الحد الذي بيناه غير أن في إحدى الصورتين تقدم القول، وتليه المخالفة فعلًا [٣٢٣/ب]، وفي الصورة الثانية تقدم الفعل، وتليه المخالفة قولًا، وكلا القولين مؤكَّد باسم الله تعالى فلا فرق في المعنى أصلًا.

ويمكن أن يستعمل الأولى، فيقال لما كانت الكفارة مؤاخذة على الهتك، والهتك في الغموس أكثر فبالمؤاخذة[2] أولى، وبيان قولنا «أكثر» لا يخفى، ولا شك أنهم يُسلمون ذلك، وما قلناه أولًا فيه كفاية، وهذا زيادة تقرير.

فإن زعم زاعم منهم أن اليمين في المستقبل تخلو عن الهتك، وذلك إذا كان الحِنْث مباحًا، وربما يقول بعضهم: وجوب الكفارة عند قلة الهتك والإثم على ما قالوه في كفارة قتل العمد.

---

(١) في الأصل: (نقول).
(٢) في (ز): فهو بالمؤاخذة.

والجواب أن منع وجود الهتك في اليمين المستقبل[1] محال؛ لأن الله تعالى سمّي الكفارة مؤاخذة، ولا يتصور إلا بوجود هتك، ولأن المخالفة التي قلناها قد وُجدت فكيف يجوز أن يقال: إنه لا هتك؟

وأمّا الحِنْث فلا يباح إلا إذا كان فعل الشيء خيرًا من تركه الذي حلف عليه، أو تركُ الفعل خيرًا من فعله الذي حلف عليه، فيسقط الإثم في الحِنْث بحكم دليل يقوم عليه.

والكلام الثاني قد أجبنا عنه فيما سبق، وبيَّنّا أنه يُكَفِّر تائبًا، أو يتوب مكفِّرًا وذلك يوجب محو الهتك ورفعَ الإثم وإن كثر.

ويستدل من حيث الحكم بمسألة الحلف على صعودِ السماء، وتحويلِ الحَجَرِ ذهبًا وقتلِ فلان وهو يعلم بموته.

ووجه التعلق بهذه المسائل أن اقتران اليأس عن الفعل في هذه المسائل بمنزلة وجود الفعل في مسألتنا؛ لأن اليأس عن الفعل تحقق للهتك في هذه الصورة المذكورة كما أن وجود الفعل تحقق للهتك في المسألة التي اختلفنا فيها.

وفي الموضعين انعقد[2] اليمين على الهتك فإذا وجبت الكفارة في أحدهما وجب في الآخر، هذا الذي قلناه ابتداء كلامنا في المسألة، ومحزّ ومفصل خِصامه ومقطع نظامه يتبين في الجواب[3].

---

(١) في (ز): في المستقبل.

(٢) في (ز): عقد.

(٣) في (ز): الجواب عن كلامهم.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

تعلَّق بعضهم بالآيات والأخبار التي وردت في الإيعاد على يمين الغموس بالنار وغيره وترك التعرض للكفارة.

ووجه حجتهم في مثل هذا معلوم والجواب معلوم.

أما كلامهم من حيث المعنى قالوا: لا يمين هاهنا إلا على طريق المجاز، وكفارة اليمين لا تجب إلا في يمين حقيقة؛ لأن اليمين عقد من العقود، وسائر العقود لا تفيد مواجبها إلا عند تحققها كذلك اليمين.

قالوا: ودليل أن اليمين في مسألتنا ليست بيمين حقيقة أن اليمين عقد مشروع.

ألا ترى أن النبي ﷺ حلَف وقال: (والله لأغزونّ قريشًا)[1]، وقال: (لوفد الأشعريين حين استحملوه والله لا أحملكم)[2] والخبر صحيح.

وفي غير هذا الموضع على ما نُقل، وفعله في اليمين لاشك أنه دليل على أنه مشروع.

قالوا: والعقد المشروع إنما يكون مشروعًا لفائدة مطلوبة كسائر العقود المشروعة، ولا فائدة تُطلب في عقد اليمين إلا البر، وهذا أمر يُعرف بالنظر في صورة اليمين، فإنه إذا قال: والله لأفعلن كذا إنما حلف ليفعل[3]، وإذا

(١) رواه أبو داود في سننه ٥٨٩/٣ ـ ٥٩٠ مع المعالم، كتاب الأيمان رقم (٣٢٨٥).

(٢) رواه البخاري في صحيحه ١١٠/٨ مع الفتح، كتاب المغازي، باب غزوة تبوك، كتاب الأيمان والنذور، باب قوله تعالى: ﴿لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾ ٥١٧/١١ مع الفتح.

(٣) في (ز) زيادة: «كذا».

قال: والله لا أفعل كذا، إنما حلف لئلا يفعل[1].

وإذا ثبت أن عقد اليمين لفائدة فمحله حين يحتمل البر كمحل البيع حين يحتمل الملك، ومحل النكاح امرأة تحتمل الحِلّ، والخبر[2] الذي يحتمل البر لا يوجد في اليمين في الماضي، فانعدم محل اليمين، وإذا انعدم محل اليمين انعدمت اليمين حقيقة، ولئن سُمِّي[3] يمينًا يكون يمينًا على طريق المجاز كبيع الحُرّ بيعًا على طريق المجاز.

قال أبو زيد في «الأسرار»[4]: اليمين مشروع[5] لتحقيق الصدق من الخبر، فخبر لا صدق فيه لا يكون محلًا له كالبيع عقد شُرع[6] لإيجاب ملك المال، فالحُرُّ[7] الذي لا مالية فيه لم يكن محلًا له.

قال[8]: والدليل على أنه[9] لتحقيق الصدق من الخبر أنها جُعلت حجة للمنكر ليُثبتَ صدقُ خبره.

قال[10]: ومن حيث اللغة جُعلت كذلك، ولا يَعرف أهلُ اللغة في اليمين

(١) في (ز) زياد: «كذا».
(٢) في الأصل: والخير. وما أثبت من (ز).
(٣) في (ز): سُمّيت.
(٤) الأسرار: ٢/١٩٦/ ب، عارف حكمت.
(٥) في (ز): مشروعة.
(٦) في (ز): مشروع.
(٧) في (ز): فالحرام.
(٨) في (ز): قالوا.
(٩) في (ز): أنها.
(١٠) ليست في (ز).

إلا هذا، والوعد في المستَقبل يحتمل (الخُلفَ والإيجاد)[1]، فكان محلًا لليمين لتحقيق الصدق في الوعد، وهذا لا يتصور في الخبر عن الماضي بحال.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن اليمين في الماضي عقد[2] لموجب الكفارة؛ لأن الكفارة من وجه طاعة؛ لأنها خلف البر على ما سنبيّن، والبر طاعة فخلفُها[3] طاعة، فلو انعقدت اليمين موجبًا لها كان اليمين نذرًا (مثل سائر)[4] النذور؛ لأن التزام القُرب والطاعات نذور، وعلى هذا ينبغي أن لا يصح من الكافر.

وعندكم: تصحُ يمين [٣٢٤/ب] الكافر من وجهٍ مؤاخذته[5] على الهتك الموجود منه، ولا يتصور أن يكون موجب اليمين؛ لأن المؤاخذة بالجناية على اليمين أو الجناية على موجب اليمين بتفويته، وما يجب بالجناية على موجب العقد كيف ينعقد العقد ابتداء لإيجابه؟ وهذا لا يُعرف ولا يتصور.

ولو جاز هذا ينبغي أن يجوز انعقاد الصوم لموجب الكفارة وانعقاد الإحرام لإيجاب الكفارات.

قالوا: وأمّا إذا أحرم مجامعًا فعندنا: ينعقد صحيحًا ثم يفسد[6]؛ لأنه لو انعقد فاسدًا لم يلزم القضاء، وانعقاده صحيح؛ لأن الأداء متصوَّر، ثم الفساد

---

(١) في (ز): الحلف والإنجاز.
(٢) في (ز): ينعقد.
(٣) في (ز): فخلف.
(٤) في (ز): كسائر.
(٥) في (ز): مؤآخذة.
(٦) في (ز): تفسد.

بثباته على الوطء بعد أن انعقد صحيحًا، وهذا لأن الوطء محظور الإحرام الصحيح، فلا يتصور عمله إلا بعد انعقاد الإحرام على الصحة، وأما في مسألتنا فلم ينعقد السبب لحكمه أصلًا؛ لأنه لا يتصور حكمه فيلغو.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن اليمين ترتفع حقيقة حين تجب الكفارة، وذلك بالحنث فكيف يمنع عدمه بحقيقة وجُوبها؛ لأنا لا نقول بالحنث ارتفعت اليمين، بل اليمين باقية حقيقة، لكن بقيت لتجب الكفارة قائمة مقام البر الذي انعقد عليه اليمين، فاليمين انعقدت حقيقة لوجوب البر وبعد الحنث بقيت حقيقة لوجوب الكفارة مكان البر، وأما في مسألتنا لا حقيقة لليمين أصلًا في الابتداء.

وقد جعلوا هذه طريقة مبتدأة، فقالوا: الكفارة وجبت خَلَفًا عن البر بدليل أن البر واجب باليمين.

ودليل وجوبه: أن الحِنْث معصية؛ لأنه هتك حرمة اسم الله تعالى، والبرُّ توقي عن المعصية، والتوقي عن المعاصي واجب.

ولأن البر يتضمن تعظيم الاسم والحِنْث يتضمن هتك حرمته وتعظيم الاسم واجب وهتك حرمته حرام.

وأما الدليل على أن الكفارة خلف عنه إن حدّ الخَلَفِ هو وجوب شيء مكان شيء بشرط فواته بالسبب الذي وجب به ذلك الشيء ولمعناه ولمقصوده مثل التيمم مع الماء والصوم مع العتق، وهذا الحد قد وُجد في مسألتنا.

ونعني بالسبب هو اليمين وبالمعنى هو تعظيم الاسم.

وإذا ثبت أنها خَلَفٌ لم ينعقد السبب ابتداءً لها؛ لأنه لو انعقد لها ابتداءً كان أصلًا ولم يكن خَلَفًا.

قالوا: ولا يلزم على هذا اليمين في حق العبد ينعقد ابتداءً لوجوب الخلف، وهو الصوم، والطلاق بعد الدخول في حق الآيسة والصغيرة، ينعقد ابتداءً لوجوب الاعتداد بالأشهر وإن كان خَلَفًا، وكذلك الحدث في حق العادم للماء يوجب التيمم ابتداء.

قالوا: هذه الأسباب صالحة لانعقادها لإيجاب الأصول ابتداء، ألا ترى أنها بعينها توجب الأصول في غير هذه المواضع غير أنها لم تجب في هذه المواضع لعجز الرجل عن الأصول فأقيم الخلف مقامها.

وأما في مسألتنا فإن اليمين في الماضي لا يتصور انعقاده موجبًا[1] للبر؛ لأن اليمين في المستقبل التزام البر، وليس في اليمين على الماضي التزام البر بل هو خبر عن فعل منه، ولئن كان التزامًا فالالتزام في الماضي لغو من الكلام، فالسبب الموجب للأصل لم يوجد أصلًا حتى يقال بالعجز عنه يقيم الخَلَف مقامه بخلاف تلك المسائل على ما سبق الكلام فيها فهذا نهاية تحقيقهم وهو كلام لا بأس به، بل هو في غاية إمكانهم وجهد طوقهم.

قالوا: وليس يلزم مسألة اليمين على صعود السماء، واليمين على تحويل الحَجَر ذهبًا وقتل إنسان وهو يعلم بموته؛ لأن اليمين في هذه المسائل انعقدت لوجوب[2] البر لتصوّرها في الجملة، ثم حُكِمَ بفواتها عقيب اليمين

(١) في (ز): موجبة.

(٢) في (ز): لوجود.

للعجز عادة، ووجبت الكفارة خَلَفًا عنها بخلاف مسألتنا، فإن اليمين لا يتصور انعقادها لوجوب[1] شيء في الماضي، فلو انعقدت لانعقدت لوجوب[2] الخُلف ابتداءً، وهذا لا يجوز على ما سبق، ومنعوا مسألة اليمين على شرب الماء الذي كان في الكوز إذا لم يكن فيه ماء.

قالوا: وتوهم وجود الماء فيه لا يُعتبر؛ لأنه عقد اليمين على شرب الماء الذي كان في الكوز وهو معدوم وإن[3] خلق الله فيه الماء فلا يكون ذلك الماء إنما يكون ماء آخر.

وأما في مسألة اليمين على القتل إذا علم بموته فيتصور قتله بأن يعيدَ الله فيه [٣٢٤/ب] الروح ويقتله، فيكون ذلك الروح بخلاف المصوّر والمنعدم لا يكون ذلك الماء.

قالوا: وأما إذا حلف على قتل فلان وهو لا يعلم بموته، وظهر أنه ميت لا تنعقد[4] أصلًا، لأنه حلف على تفويت حياة قَدَّرها باقيةً، وقد تبين أنها غير باقية فلم تنعقد أصلًا.

ولهم طريقة أخرى في هذه المسألة معروفة ذكرناها في (مسألة كفارة القتل العمد)[5]، وهي: أن اليمين الغموس عدوان محض فلا يوجب الكفارة، وقد سبق وجهها فلا نُعيد[6].

---

(١) في (ز): لوجود.
(٢) في (ز): لوجود.
(٣) في (ز): ولئن.
(٤) في (ز): لا تنعقد يمينه.
(٥) في (ز): قتل العمد.
(٦) في (ز): فلا نعيده.

۞ **الجواب**[1]:

أما قولهم: إنه لا يمين حقيقة في هذه المسألة.

نقول: لا، بل يمين الغموس يمين حقيقة؛ لأن اليمين في الماضي مشروع مثل اليمين في المستقبل بدليل اليمين في الدعاوى والخصومات والمشروع شرعًا لابد أن يكون له حقيقة، ولأن الله تعالى سماها حَلِفًا ويمينًا بقوله تعالى: ﴿يَحْلِفُونَ بِٱللَّهِ مَا قَالُوا۟ وَلَقَدْ قَالُوا۟﴾[2]، وقال تعالى: ﴿ٱتَّخَذُوٓا۟ أَيْمَـٰنَهُمْ جُنَّةً﴾[3] وغير ذلك من الآيات.

واعلم أن معتمدهم في هذا الفصل هو: أن هذه اليمين ليست[4] لها محل، ونحن نبين وجود المحل، وإذا بيَّنا ذلك بطلت الطريقة.

وبيان وجود المحل: أن محل اليمين في المستقبل وعدُ فعل على قصد التحقيق، ومحل اليمين في الماضي خبر عن فعلٍ على قصد إظهار الصدق، فالأخبار عن الفعل في الماضي بمنزلة وعد الفعل في المستقبل، وقصدُ الصدق في الماضي بمنزلة قصد التصديق[5] في المستقبل.

والحرف: أن الصدق وإن عُدِمَ في يمين الغموس حقيقته فقصدُ الصدق قد وُجد، واليمين انعقدت عليه، وتحققت به.

---

(١) في (ز): والجواب.

(٢) سورة التوبة، آية (٧٤).

(٣) سورة المنافقون، آية (٢).

(٤) في (ز): ليس.

(٥) في (ز): الصدق.

يبينه: أن في المستقبل أخبر عن فعل يوجد منه، وفي الماضي أخبر عن فعل وُجد منه، وحلف على الخبر في الموضعين فلا فرق في المعنى أصلًا.

(ويمكن أن يقال: إن إيجاب الكفارة في اليمين على المستقبل إيجاب في اليمين على الماضي؛ لأنه يمين ويمين استويا معنىً، وإن اختلفا صورةً فصارا كيمين واحدة، ويكون حكم أحدهما حكم الأخرى)[١].

ونعبر عما ذكرنا بوجه (هو أحسن)[٢] فنقول: انعقاد اليمين لوجوده[٣] من أهله في محله، وأهلية اليمين لاشك فيها، وإنما الإشكال في المحل، فنقول: محله[٤] في[٥] اليمين في الماضي خبر عن فعله منه يحتمل الاستشهاد عليه باسم الله تعالى لقصد إظهار الصدق منه كما أن محله في اليمين في[٦] المستقبل وعد فعل يحتمل الاستشهاد عليه باسم الله تعالى بقصد[٧] تحقيق الصدق فيه[٨]، وكما أن تحقيق البر في المستقبل مقصود للإنسان من كلامه فإظهار الصدق في خبره عن الماضي مقصود أيضًا وهو[٩] إن كان كاذبا فهو أمر في الباطن وإنما قصد إظهار صدقه في خبره للناس وقصده صحيح موجود والاستشهاد على الخبر عنه باسم الله صحيح؛ لأنه تتحقق اليمين.

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): آخر.
(٣) في (ز): بوجوده.
(٤) في (ز): محل.
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليس في (ز).
(٧) في (ز): لقصد.
(٨) في (ز): منه.
(٩) في (ز): فهو.

فإن قالوا: فأيش[1] موجبه؟

قلنا: هاهنا إذا حلف على إظهار الصدق، وهو كاذب في الباطن فموجبه الكفارة بنفسه[2]، فهذا بيان حرف المسألة وتحقيقها.

وإذا ثبت هذا فنقول على قولهم: إن اليمين إنما تنعقد لوجوب البِرّ، والكفارة خلف[3] عنه.

نقول: لا يجوز أن يقال: إن اليمين تنعقد لإيجاب البر؛ لأنه يتصور انعقاده فيما لا يتصور وجوبه، مثل ترك الصلاة، وشرب الخمر، وما أشبه ذلك، وهم يقولون: على هذا الفصل ما يعقد عليه اليمين (ليس ما)[4] كان يجب فعله من حيث البِرّيَّة، ويَحرُم خلافه من حيث الحِنْثِيَّة؛ لأن في البِرّ تعظيم الاسم، وفي الحِنْث هتك حرمته ولابد من وجوب الأول وحرمة الثاني، إلا أنه لا يظهَر الوجوب في المعاصي ولا الحرمة في الطاعات إلا فيما يعود إلى إثبات البِرّ عند المُضيّ على قضية[5] يمينه أو إثبات الحِنْث عند مخالفته مقتضى يمينه.

والدليل على هذا أنه يقال: إذا جرى على مقتضى يمينه وإن كان معصية أو[6] ترك طاعة فقد[7] بَرّ في يمينه، ويقال: إذا خالف قد حنث في يمينه.

---

(١) في (ز): فأيّ شيء.
(٢) في (ز) العبارة هكذا: «لأنه إذا كان كاذبًا في الباطن فيمينه وجدت على هتك حرمة الاسم فوجبت الكفارة بمينه».
(٣) في (ز): تجب خلفًا.
(٤) في (ز): أيّ شيء.
(٥) في (ز): قصد.
(٦) في (ز): و.
(٧) في (ز): قد.

وقال أصحابنا: كيف يقال وجب البِرّ باليمين؟، وإذا حلف على دخول الدار أو كلام زيد فهو مباح على ما كان من قبل، وكذلك إذا حلف على ترك ذلك، وهم يقولون: قد وجب الدخول من حيث إنه بِرّ، وحرم الترك من حيث إنه حِنْث، وإنما أُبيح فعلُه [٣٢٥/أ] بإباحة الشرع مع قيام المحرم، ولهذا المعنى[١] يباح عندنا بشريطةٍ، وهو أن يكون غيره خيرًا منه، على ما قال ﷺ: (فرأى غيرَها خيرًا منها)[٢].

واعلم أن الأولى أن لا نناقشهم في قولهم: إن البر واجب؛ لأنا لا نحتاج إلى المنع.

ويمكن تمشية الكلام وتحقيق إيجاب الكفارة بدونه، فنقول: اليمين قد انعقد لوجود محلها على ما سبق، والهتك قد تحقق كما بيَّنّا والكفارة مؤاخذة على يمينٍ مهتوكةٍ، فلا فرق بين أن تنعقد غير مهتوكةٍ ثم يتصل به الهتك، وبين أن تنعقد على الهتك، كما أنه لا فرق بين أن تنعقد على فعلٍ غير معجوزٍ عنه ثم يتصل به العجز، وبين أن تنعقد على العجز، وكما في مسألة الإحرام إذا أحرم مُجامعًا أو أحرم ثم جَامَع.

وأما قولهم: إن الكفارة خلف البرِّ.

قلنا: كيف تستقيم هذه الدعوى، ونحن نعلم حقيقةً أن البرِّ واجب يمين غير مهتوكة (والكفارة واجب يمين مهتوكة)[٣]، والبر طاعة، والكفارة

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): «مَنْ حلف على يمين...» الحديث، ينظر تخريجه في ص ٤٦٢.
(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز) يقضيها السياق.

مؤاخذة، فكيف يُتَصَوَّر مع هذا الأصليّة والخلفيّة؟

وقولهم: إن البرّ وجب لتعظيم الاسم والكفارة وجبت لتعظيم الاسم.

قلنا: بلى، أن البرّ وجب لتعظيم الاسم لكن من غير هتكٍ وُجد منه، وأما الكفارة وجبت لهتك وُجد منه، فتكون واجبةً لجبر الهتك الحاصل منه ليلتحق[1] مَنْ هتك بِمَنْ لم يهتِك، فصار البرّ لتعظيم الاسم، والكفارة لجبر الهتك.

وإذا عرفنا هذا الحرف، فنقول: وجوب البرّ لوجوب تعظيم الاسم، لا تعلّق له بوجوب الجبر أو المؤاخذة عند الهتك، فلا وجوبه يدل على وجوبه، ولا عدمه يدل على عدمه، إلا أن البرّ وجب في اليمين في المستقبل؛ لأنه أمكن إيجابه، وإثباتُ تعظيم الاسم به فإذا فات البرّ وتحقق الهتك وجبت الكفارة لا لتقدم وجوب البرّ، بل لتحقق الهتك في اليمين؛ لأن تقدم وجوب البرّ لتعظيم الاسم ليس بدليل على وجوب المؤاخذة عند الهتك، ولا حاجة لوجوب الكفارة عند الهتك إلى وجوب البرّ من قبل؛ لأن وجود الهتك في اليمين دليل مستقل بنفسه لإيجاب الكفارة مستغنٍ عن وجود واجب آخر من قبل.

وإذا ثبت هذا، فنقول في اليمين الماضي عامة ما في الباب: إن البرّ لم يجب إلا أن عدم وجوب البرّ لا يمنع وجوب الكفارة؛ لأن الكفارة لم تجب لوجوب البرّ بل لوجود الهتك في اليمين، والبر وجب في اليمين في المستقبل لإمكان إيجابه لتعظيم الاسم، ولم تجب في اليمين في الماضي لعدم إمكان

(١) في (ز): فيلحق.

إيجابه إلا أن دليل وجوب الكفارة قد قام في هذا الموضع قبل[1] قيامه في اليمين في المستقبل عند اتصال الحِنْث به، فحكم بوجوبها، ولم يمنع عدمُ وجوب البرّ وجوب الكفارة، فلم يكن له عمل فيه أصلًا، وقد أجبنا في التعليق على غير هذا الوجه، وهذا الوجه هو المعتمد، وقد انزاح الإشكال به فلم يبق لهم تعلق أصلًا في المسألة، لا بالرجوع إلى قولهم: إن العدوان المحض لا يكون سببًا لوجوب الكفارة، وقد سبق الكلام عليه بما يُشفى النفس ويثلج الصدر فليُرجع إليه.

وأما المسائل التي ألزمهم أصحابنا وعذرهم عنها، ففي أعذارهم عنها تخبط عظيم والمناقضات للخصوم طبع، والكلام على تلك الأعذار يسهل للمتأمل، واعتمادنا على المعاني في المسائل، وقد بيَّنّا طريقًا لا يبقى معه شبهة لمنصفٍ فليعوَل عليه. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألَة):

التكفير قبل الحِنْث يجوز عندنا[2].

وعندهم: لا يجوز[3].

❁ لنا:

حديث الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ:

---

(١) في (ز): مثل.

(٢) وهو قول جماهير العلماء، المهذب ٢/١٨٠، النووي على مسلم ١٢/١٠٩.

(٣) الأسرار ٢/٢٠٠/ب، عارف حكمت، أحكام القرآن للجصاص ٢/٤٥٥، اللباب ص ٦١٣.

(يا عبد الرحمن لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وُكلتَ إليها وإن أُعطيتَها من غير مسألة أُعنِت عليها، وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرًا منها فكفّر عن يمينك وائتِ الذي هو خير).

وهذا نص والخبر في الصحيحين[1].

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: (مَنْ حلف على يمين فرأى غيرها خيرًا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير).

هكذا خرَّجه مسلم في كتابه برواية سهيل[2] بن أبي[3] صالح[4] (عن أبيه)[5]، عن أبي هريرة[6].

قالوا: رُوي تقديم الفعل الذي هو خير ثم التكفير بالروايتين أعني رواية الحسن عن عبد الرحمن بن سمرة ورواية أبي هريرة.

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ١١/٥١٧ مع الفتح، كتاب الأيمان والنذور، باب قول الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ﴾. ومسلم في صحيحه ١٢/١١٦ مع النووي، كتاب الأيمان، باب من حلف يمينًا فرأى غيرها خيرًا منها.

(٢) سهيل بن أبي صالح ذكوان السمان أبو يزيد المدني صدوق تغير حفظه بآخره، روى له البخاري مقرونًا وتعليقًا، من السادسة مات في خلافة المنصور، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ١٣٩.

(٣) ليست في (ز).

(٤) أبو صالح: ذكوان السمان الزيات المدني ثقة ثبت، كان يجلب الزيت إلى الكوفة، من الثالثة مات سنة ١٠١هـ، روى له أصحاب كتب الستة. انظر: التقريب ص ٩٨.

(٥) زيادة يقضيها السياق.

(٦) صحيح مسلم ١٢/١١٤ مع النووي، كتاب الأيمان، باب من حلف يمينًا فرأى غيرها خيرًا منها.

قلنا: بلى، قد رُوي كلتا[1] الروايتين، والجميع ثابت إلا أنا نقول بروايتكم، وأنتم لا تقولون [٣٢٥/ب] بروايتنا.

فإن قيل: قد قال: (فليُكفِّر) أمر، وبالإجماع لا يجب التكفير قبل الحنث.

قلنا: هو أمر إطلاقٍ وإباحةٍ مثل قوله (وليأتِ الذي هو خير).

والمعنى نقول[2]: اليمين سبب متردد بين أن يكون موجبًا للكفارة باتصال الحِنْث به، وعن أن يكون غير موجب بعدم[3] اتصال الحِنْث به، فإذا كفّر ثم اتصل الِحنْث بها جاز تكفيره كالجرح لما كان سببًا مترددًا بين أن يكون موجبًا للكفارة باتصال الموت به، وبين أن يكون غير موجب لعدم اتصال الموت[4] فإذا كفّر ثم اتصل به الموت جاز، كذلك هاهنا، وكذلك مُلْكُ النصاب مترددٌ بين أن يكون موجبًا للزكاة باتصال الحول به، وبين أن يكون غير موجب لهلاكه قبل اتصال الحول به، (فإذا أخرجنا قبل الحول ثم اتصل بها الحول جاز، كذلك هاهنا)[5].

وبهذا الطريق تبين أن اليمين سبب وجوب الكفارة.

يبينه: أن الكفارة واجبة[6] الهتك[7]، والهتك هو في استشهاده[8] بالله

(١) في (ز): كلا.
(٢) في (ز): فنقول.
(٣) في (ز): لعدم.
(٤) في (ز): الموت به.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) في الأصل: واجب.
(٧) في (ز): للهتك.
(٨) في الأصل: استشهاد.

كاذبًا، وفعل الاستشهاد بالله كاذبًا في اليمين إلا أنه بشرط اتصال الحنث (به فتأخر اتصال الحِنْث)[1] لا يمنع من وصف اليمين بالسببية في الحال كالجرح سببًا للكفارة بشرط اتصال الموت به، والنصاب سبب وجوب الزكاة بشرط اتصال الحول به، فتأخّر الشرط في الصورتين لم يمنع من وصف الجرح بالسببية[2]، و(لا من وصف)[3] النصاب بالسببية حتى[4] جاز فعل الكفارة قبل الموت، وإخراج الزكاة قبل الحول، كذلك هاهنا.

فإن قالوا: إن الهتك بالحِنْث يوجد وهو السبب في وجوب الكفارة.

قلنا: (ليس كذلك، فإنه)[5] ليس كل هتك وذنب يوجب الكفارة، إنما الموجب هتك مخصوص بسبب مخصوص، وهو هتك حرمة الاسم بيمين كاذبة، وفعل الهتك في اليمين وإن كان عند اتصال الحِنْث به كفعل القتل في الجرح وإن كان عند اتصال الموت به، ونحن لا نعني بالسببية سوى هذا، وهو أن فعله الذي يمكن أن يحال بوجوب[6] الكفارة عليه عند وجود الشرط ليس إلا (في اليمين، كما أن في كفارة القتل ليس ذلك الفعل إلا بالجرح.

والمعنى بالفعل في مسألتنا هو)[7]: استشهاده بالله كاذبًا، وفي مسألة

---

(١) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): حين.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٦) في (ز): موجب.
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).

القتل[1]: اتصال جرحه بالشخص الهالك، فهذا هو تحقيق المسألة، وعليه الاعتماد.

يدل عليه: أن الكفارة لقضاء حرمة الاسم مثل البرّ لقضاء حرمة الاسم، فقد وَجَبَا جميعًا بمعنىً واحد، ثم البرّ يجب باليمين عند مَنْ يوجبه، كذلك الكفارة التي تجب بما[2] يجب به البرّ وجب أن يكون باليمين أيضًا.

وأما التعلق من حيث الحكم فلأن[3] الضمان يجب على شاهدي اليمين، لا على شاهدي الحنث، وكذلك أهلية الكفارة تعتبر عند اليمين، بدليل: أنه إذا كان مفيقًا عند اليمين تجب الكفارة وإن كان مجنونًا عند الحنث، وهذا على أصلهم أوقع؛ لأن عندهم لا يكون المجنون أهلًا للكفارة[4].

ويدل عليه: أنه بتعدد الكفارة تتعدد اليمين وإن اتحد الحنث، فدل أن السبب هو اليمين، فإن الحكم إنما يتعدد بتعدد السبب لا بتعدد الشرط.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: اليمين ليس بسبب؛ لأن اليمين مانعة من الحنث والمانع من الحنث مانع من الكفارة؛ (لأن الكفارة تجب عند الحنث، وسبب الشيء لا يتصور أن يكون مانعًا منه بحال)[5].

لأن الكفارة تجب عند انتقاض اليمين، وسبب الشيء ما يستقر عند

---

(١) في (ز): الجرح.
(٢) في (ز): لما.
(٣) في (ز): فإن.
(٤) ينظر: الأسرار ٢/١٩٨/أ مخطوط.
(٥) ما بين القوسين ليس في (ز).

ظهور ذلك الشيء، فأما ما ينتقض فلا يتصور أن يكون سببًا.

والدليل على أن اليمين ترتفع عند الحنث: قوله ﷻ: ﴿وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَـٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾(١).

يدل عليه: أن اليمين مباح محض، فكيف يكون سببًا لما هو دائر بين العبادة والعقوبة؟

وأما الحِنْث فهو سبب دائر بين الحظر والإباحة؛ لأنه مباح من حيث إنه دخول دار وكلام زيد ومحظور من حيث إنه حِنْث.

وأما عقد اليمين فهو مباح من كل وجه؛ لأنه عقد مشروع على ما بيّنّا من قبل، فيكون مباحًا إلا أنه يُكره الاستكثار من اليمين خوفًا من الوقوع في الحِنْث إلا أنها في نفسها جناية أو تقرب(٢) من الجناية، وهذا كالنذر وَرَدَ الخبر بالنهي منه(٣) وهو في نفسه عقد مشروع وهو مباح محض إلا أن الشرع كره فعله خوفًا من ترك الوفاء [٣٢٦/أ] به، كذلك هاهنا.

وإذا ثبت أنه ليس في عقد اليمين جناية من وجهٍ مَّا (لم يجز أن)(٤) يكون(٥) سببًا للكفارة؛ لأنها مؤاخذة، والمؤاخذة لا تجب إلا بسبب هو هتك، أو يتضمن الهتك من وجهٍ.

---

(١) سورة النحل، آية (٩١).

(٢) في الأصل الكلمة غير واضحة.

(٣) في (ز): عنه.

(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٥) في (ز): يكن.

قالوا: ولهذا[1] فارق الجرح ؛ لأنه جناية فيجوز أن يقال: إنه سبب الكفارة عند اتصال الموت منه[2]، وكذلك ملك النصاب سبب الزكاة[3]، وهو سبب مؤثر في وجوبها ؛ لأن الزكاة حق المال لله تعالى، والمال سبب في وجوب الحقوق بخلاف مسألتنا، فإنه ليس لليمين تأثير أصلًا في وجوب الكفارة.

وأيضًا فإن الجُرح سبب مفضي إلى الموت، والمال يُفضي إلى حؤول الحول عليه، وأما اليمين فمانعة[4] من الحنث ولا تُفضِي إليه بحال، والشيء لا يكون سببًا للشيء إلا بعد أن يكون مُفْضِيًا إليه، فإن معنى السبب هو الوصلة، وإذا كان الشيء وصلة إلى الشيء يكون سببًا له، ولهذا يُسمى الحبل سببًا ؛ لأنه وصلة إلى الماء وكذلك السُّلَّم، يسمى سببًا ؛ لأنه يُوصله إلى الارتفاع على الشيء، قال الله تعالى: ﴿فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى ٱلسَّمَآءِ﴾[5] أي: بسُلَّم، هذا عمدتهم في هذه الطريقة.

وأما أبو زيد فسلّم[6] أن اليمين سبب لكن[7] بعد الحِنْث فأما قبلَه فلا ؛ لأن الكفارة خلف البرّ على ما سبق فلا تصير اليمين سببًا لها إلا بعد فوات الأصل وهو البر[8].

(١) في (ز): وبهذا.
(٢) في (ز): به.
(٣) في (ز): للزكاة.
(٤) في الأصل: مانعة.
(٥) سورة الحج، آية (١٥).
(٦) في (ز): فإنه يسلم.
(٧) في (ز): ولكن.
(٨) ينظر: الأسرار ٢/٢٠٠/أ، مخطوط عارف حكمت.

ألا ترى أن القيام في[1] الصلاة بصفة الحدث سبب لوجوب التيمم عند عدم الماء، فأما عند وجوده فلا، والظهار والفطر سبب للتكفير بالصوم عند عدم الرقبة، وإذا لم يكن سببًا قبل فوات البر لم يجز التكفير، وعلى هذه الطريقة سَهَّل لهم الكلام على فصل الإضافة، وهو قولنا: كفارة اليمين، فالإضافة المطلقة تدل على السببية، فإنهم سلّموا على هذه الطريقة السببية لكن بعد الحِنْث، وعلى الطريقة الأولى.

قالوا: الإضافة إنما كانت على طريق المجاز، ولأن اليمين شرط مثل ما تضاف الكفارة إلى الصوم، وإن كان الفطر هو السبب دون الصوم، وعلى هذا الوجه تكلموا على فصل الشهود بيمين الطلاق.

قالوا[2]: إنما وجب الضمان عليهم؛ لأن عندنا اليمين سبب لكن[3] بعد الحِنْث، وهذا مثل ما قالوا[4] في تعليق الطلاق: إنه سبب الطلاق لكن[5] بعد النكاح، كذلك[6] قالوا على قولنا: إن أهلية الكفارة تُعتَبَر عند اليمين، وخرجوا[7] على هذا الأصل وكذلك تعدد الكفارة بتعدد اليمين إنما كان لهذا المعنى.

وكذلك يسهل لهم الكلام على هذه الطريقة على قول مَنْ قال من

(١) في (ز): إلى.
(٢) في (ز): وقالوا.
(٣) في (ز): ولكن.
(٤) في (ز): قالوه.
(٥) في (ز): ولكن.
(٦) في (ز): وكذلك.
(٧) في (ز): وخرجوه.

أصحابنا: إن الحِنْث يوجد بغير فعل الحالف، ولا يتصور اليمين[1] إلا بمعنى من قِبَلِه، فكانت اليمين أولى بالسببية من الحِنْث، فإنهم قالوا: اليمين سبب لكن بعد الحنث، فعلى هذا لا فرق بين أن يكون الحنث بفعله أو لا يكون[2] بفعله.

واعتمدوا من حيث الحكم على فصل التكفير بالصوم، فإنه لا يجوز قبل الحِنْث بالإجماع، ولو كانت اليمين سببًا مطلقًا للتكفير بالعتق لكان سببًا مطلقًا للتكفير بالصوم؛ لأن السبب في الأصل والخلَف واحد.

قالوا: وأما الفرق بالبدني والمالي فمجرد[3] صورة.

وقالوا: على الزكاة إنها وجبت من وجه بمجرد ملك النصاب إلا أنه لا يظهر في حق المطالبة فحسب إلى أن يحول الحول نظرًا لأرباب الأموال؛ لأنه لو وجب[4] في الحال وهو[5] مما يتكرر أتى[6] على جميع المال في زمان يسير.

وقالوا في الجرح: إنه بالموت يتبين أنه كان قاتلًا من وقت الجرح على ما قالوا[7] في مسألة السراية.

(١) في (ز): التكفير.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في الأصل: مجرد.
(٤) في (ز): وجبت.
(٥) في (ز): وهي.
(٦) في (ز): أتت.
(٧) في (ز): قالوه.

۞ **الجواب:**

إننا بيّنّا كون اليمين سببًا بفصول مخيلة واقعة على الأصلين، فينبغي أن يكون كلامهم عليه.

وأما الذي قالوا: إن اليمين مانعة من الحِنْث.

اعلم[1] أن الأصحاب قد قالوا: إن اليمين لا توجب شيئًا، (ولا تُحرّم شيئًا)[2]، والأشياء على مواجبها وأحكامها بعد اليمين كما كانت قبل اليمين، والأولى أن لا نتعرض لهذا؛ لأن تمشيتها[3] مشكلة[4] مع اعترافنا أن في الحِنْث هتك حرمة الاسم، وفي البر احتياط[5] لحرمة الاسم.

اللهم إلا أن يقال: إن الأشياء على ما كانت من قبل، واليمين لا توجب شيئًا، ولا تحرّم شيئًا إلا أن الكفارة وجبت بمجرد صورة الخلاف بين الفعل والقول الذي استشهد[6] عليه باسم الله تعالى، وصار[7] الهتك متحقِّقًا لصورة المخالفة شرعًا.

والجواب المعتمد: أن اليمين وإن كانت مانعة من الحِنْث [٣٢٦/ب]، ولكنه[8] لا لعين ما يقع به الحنث لكن إنما مُنع منه لتبقى حرمة الاسم

(١) في (ز): فاعلم.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) في (ز): تمسيته.
(٤) في (ز): مشكل.
(٥) في (ز): احتفاظ.
(٦) في (ز): استشهدوا.
(٧) في (ز): فصار.
(٨) في (ز): ولكن.

محفوظة بالبر.

ونحن نقول: إن البر لحفظ حرمة الاسم، والكفارة لحفظ حرمة الاسم إلا أن الأول: موجَب اليمين قبل اتصال الهتك به، والثاني: موجَب اليمين بشرط اتصال الهتك به لما فيها من معنى المؤاخذة، فكان المنع من الحنث للمنع من اتصال الهتك به إلا أنه إذا اتصل به يكون وجوب الكفارة باليمين السابقة لما بينَّا أن السبب وُجِدَ في اليمين، ولأنه لما وَجَبَ للمعنى الذي وَجَبَ به البرّ يجب بالسبب الذي وَجَبَ به البرّ، ثم نُلزم عليه اليمين بالطلاق فإنها مانعة عن الشرط وهي سبب بالاتفاق.

وأما قولهم: إن سبب الشيء ما يستقر عند وجوده.

قلنا: لا تنتقض اليمين ولا تنعدم باتصال الحِنْث به[1] لكن تصير كاذبة مهتوكة وهذا لا يمنع انعقادها ابتداءً عندنا بدليل يمين الغموس فكيف تنقضها؟.

فإن قالوا: يبقى لأيش[2]؟ ولم يبق ما يُحكَم ببقائه لأجله فإنه حَلَفَ أن لا يفعل، وقد فعل أو حَلَفَ أن يفعل، وقد فات فعله.

ونصور فيما إذا حَلَفَ ليفعلنّ كذا اليوم ومضى اليوم ولم يفعل، ففي هذا الموضع لأي معنى تبقى اليمين؟.

قلنا: تبقى لأداء الكفارة لما كانت باقية لفعل البرّ من قبل، وهذا لأنا

(١) في (ز): بها.
(٢) في (ز): لأيّ شيء.

بينّا أنهما وَجَبَا لمعنىً واحد، ثم إذا أدّى الكفارة ارتفعت اليمين، والتحق الرجل بمن لم يحلف، وهذا جواب معتمد.

وأما قولهم: إن اليمين عقد مشروع، فلا يكون سببًا للكفارة التي هي مؤاخذة.

قلنا: يمكن أن يقال: اليمين[1] نوع جناية من حيث إنه عرّض حرمة اسم الله تعالى للهتك، والشيء إذا تعرّض للشيء يكون سببًا له مفضيًا إليه.

والأولى أن نقول: إن[2] المعنيَّ بقولنا: إن اليمين سبب هو[3] أن عند اتصال الحنث بها تُوصف اليمين بأنها كاذبة على ما سبق بيانه، وهو مثل الجرح يوصف بأنه قتل[4] عند اتصال الموت به، والمال يُوصف بأنه منمي[5] عند اتصال الحول به.

أو نقول: اليمين هو[6] السبب؛ لأن الكفارة لقضاء حق الاسم مثل البرّ، والاستشهاد باسم الله يكون هو السبب لقضاء حقه، مثل ما يكون هو السبب في قضاء حقه بالبرّ، وهذا القدر كافٍ لجواز التكفير بدليل ما سبق من الاستشهاد.

وأما الذي قالوا: إن اليمين سبب بعد الحِنْث.

قلنا: والجرح سبب بعد الموت، والمال سبب بعد الحول، ثم هذا

---

(١) في (ز): إن اليمين.
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): قاتل.
(٥) في (ز): سبب.
(٦) في (ز): هي.

الكلام بناء على أن الكفارة خَلَف البرِّ، وقد أبطلنا هذا في المسألة المتقدمة، لكن البرِّ واجب باليمين، والكفارة واجبة باليمين بشرط اتصال الحِنْث به، وقد وَجَبَا لمعنىً واحد بسببٍ واحدٍ من غير أن يكون أحدهما أصلًا والآخر خَلَفًا إلا أنه لا تجب الكفارة قبل الحِنْث، لأنها واجبُ[1] يمينٍ كاذبة، فقبل الكذب لا تجب لكن عدم الوجوب لا يمنع السببية في جواز الأداء بدليل مسألة الجرح، (وبدليل المعنى الذي قدمناه)[2].

والحرف: أن وجوب الكفارة بعد فوات البرِّ كان على طريق أنه خَلَفٌ، وبدلٌ عنه، لكن لم يظهر وجوب الكفارة إلا بعد فوات البرِّ؛ لأن الشريطة لا يتصل به إلا وقد فات البرِّ وكانت خَلَفًا اتفاقيًا لا خَلَفًا حقيقيًا.

والمعتمد ما سبق من إبطال الخلفية والأصلية في المسألة الأولى.

وأما التكفير بالصوم فهو تكفير ضرورة بسبب عجز ولا يتحقق العجز إلا بعد الحِنْث؛ لأنه إذا لم يتوجه التكفير بعدم[3] وجوبه كيف يتحقق العجز؟ وإن وُجد عجز صورةً فلا يوجد معنىً بخلاف التكفير بالعتق.

والجواب المعتمد: أن القياس الكلي أن لا يجوز التكفير ولا قربة[4] مالية أصلًا في موضعٍ مّا إلا بعد الوجوب؛ لأن الأداء للخروج عن عهدة الواجب، فإذا لم يكن واجب لا يكون خروج[5] (عن العهدة)[6]، لكن وجدنا

(١) في (الأصل): واجبة.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) في (ز): لعدم.
(٤) في (ز): مؤنة.
(٥) في (ز): خروجًا.
(٦) ليست في (ز).




الشرع جوّز تعجيل الزكاة وليس إلا لنفع الفقراء، وإدخال الرفق عليهم، والنظر لهم.

ونظرنا أيضًا[1] فوجدناه جوّزها بعد وجود سببها قبل ظهور وجوبها لفقد شرط، ووجدنا الكفارة بالمال في اليمين والجرح بمثابتها فألحقناهما بها، ولم نجد التكفير بالصوم في معناه؛ لأنه لم يجب لنفع أحدٍ، ولا لإدخال فائدة عليه، فبقي على القانون الأصلي، وهو أنه لا يجوز أداء الواجب إلا بعد الوجوب. والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

نذر اللِّجاج[2] والغضب يمين، وكفارته كفارة اليمين [٣٢٧/أ] عندنا[3][4].

وعندهم: يتعين ما سمَّى للخروج عن اليمين[5].

وعن أبي حنيفة: أنه يتخير بين الخروج بما سمَّى، وبين الخروج

(١) ليست في (ز).
(٢) نذر اللِّجَاج: هو أن يلتزم ابتداءً من غير تعليق على شيء فيقول ابتداءً: لله عليّ أن أصلي أو أصوم أو أطوف، ينظر: المجموع ٨/٣٥٥.
(٣) ليست في (ز).
(٤) المهذب ٢/٨٥٠، المجموع ٨/٣٥٦، وقال النووي: وهذا هو الأصح كما هو عند المصنف وسائر العراقيين.
(٥) مختصر القدوري ٢/٢٥٥ مع اللباب.

بالكفارة[1]، وهو[2] القول الظاهر للشافعي رحمه الله[3].

وللشافعي قول آخر: أنه يتعين ما سَمَّى[4].

وأقيَس الأقوال: أن يخرج بالكفارة لا غير[5].

لنا:

إن هذا يمين بدليل تسميته يمينًا.

وفيه الإجماع، فإنهم يقولون: حَلَفَ بالحج وبالهدي وبالطلاق والعتاق وما أشبه ذلك.

ولو حَلَفَ أن لا يحلف فَحَلَفَ على هذا الوجه حَنِث.

ولأن جهة الكلام جهة اليمين؛ لأنه قَصَدَ بهذا الكلام منعَ نفسه عن الفعل المذكور خوفًا من لزوم ما سمَّاه، كما أنه في الحلف بالله قَصَدَ منعَ نفسه من الفعل خوفًا من لزوم الهتك في اسم الله تعالى.

يبينه: أنه دخل في الكلام مدخل كاره للفعل لما يلزمه مستثقل إياهما[6] جميعًا.

وأما في النذر فيدخل[7] مدخل راضٍ بما يلزمه طالب له غير مستثقِلٍ

(١) المجموع ٨/٣٥٦، مختصر القدوري ٢/٢٥٥ مع اللباب، الدر المختار ٣/١٠٥.
(٢) في (ز): وهذا هو.
(٣) المهذب ٢/٨٥٠، المجموع ٨/٣٥٦.
(٤) المجموع ٨/٣٥٦.
(٥) المجموع ٨/٣٥٦.
(٦) في (ز): لهما.
(٧) في (الأصل): يدخل.

إياه، وعلى هذا إذا أرسل النذر فهو راضٍ بما ذكره طالبٌ للزومه إياه وكذلك قوله: إن شَفَى الله مريضي فعليه[1] كذا، فإنه[2] طالب لشفاء المريض راضٍ بما يلزمه بسببه هذا.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: هذا نذر؛ لأنه قال: إن دخلتُ الدار فعليَّ كذا[3].

وقوله: فعليَّ كذا نذر.

يبينه: أنه إذا أخر الالتزام فيما سَمّى إلى أن يدخل الدار، فإذا دخل الدار صار ملتزمًا، ويصير بمنزلة ما لو أرسل إرسالًا، وهو بمنزلة تعليق النذر بشفاء المريض، فإنه إذا وُجد الشفاء يصير كما لو التزم ابتداء، كذلك هاهنا.

قالوا: ولأنه لو التزم الطلاق والعتاق بالشرط يلزمه، ولا يخرج عنه بالكفارة، كذلك في غيره.

وكان المعنى فيه: أنه سمى لنفسه مخلِّصًا بيمينه فتعين مخلِّصًا له، ولم تلزمه الكفارة، **دليله:** هذه المسألة، وهذا لأن ما سمّاه وعيّنه للتخليص أولى من غيره.

❁ **والجواب:**

عن الأول أنا قد بيَّنا أنه يمين، وفرّقنا بين مسألتنا وبين ما لو أرسل

---

(١) في (ز): فعلى.

(٢) في (ز): وكذا فإنه.

(٣) في (ز): كذا وكذا.

إرسالًا، وبين ما لو عَلّق بشفاء المريض.

وأما مسألة تعليق الطلاق والعتاق بالشرط فإنما لم يجز التكفير؛ لأنه لم يجد للتكفير(١) محلًا لنفسه من حيث إنه إذا وُجد الشرط تنجّز العتاق والطلاق، فلا يوجد محل الكفارة.

قالوا: جوَّزوا(٢) قبل الحِنْث حتى إذا وُجد الشرط لم تلزمه الكفارة.

قلنا: هذا يؤدّي إلى منع الطلاق والعتاق من الوقوع، والطلاق والعتق لا يقبلان المنع من الوقوع.

(واستدل بعض)(٣) أصحابنا في ثبوت الخيار بين الكفارة وبين فعل المسمّى، وقالوا: هذا العقد يشبه النذر من وجهٍ، ويشبه اليمين من وجهٍ بدليل ما سبق ذكره في الجانبين، فلشَبَهه بالنذر قلنا: يجوز له الخروج بما سمِّي، ولشَبَهه باليمين قلنا: يجوز له الخروج بالكفارة.

والقول الأقيس ما بيَّنا، وهو تعيّن الكفارة.

وطريقة الشبهين في جميع المواضع طريقة ضعيفة خصوصًا في هذه المسألة؛ لأن حق الشبَهَينِ أن يُلَحقَ بكلٍّ واحد منهما في حكمٍ كالمكاتَب لما أشبه الحر من وجهٍ والعبد من وجهٍ يُلحق بكل واحد(٤) في بعض أحكامه، وكذلك الهبة بشرط العوض تُلحقُ بالهبة المحضة من وجهٍ وبالبيع من وجهٍ.

---

(١) في (ز): التفكير.

(٢) في (ز): فجوزوا.

(٣) في (ز): يستدل.

(٤) في (ز): واحد منهما.

وأما التخيير فليس يتضمن الإلحاق بهما، لأنه إذا اختار أحد الموجبين انقطع حكمه عن الآخر، فلا يكون إلحاقًا بهما.

وبعضهم قال: التخيير يؤدّي إلى التخيير بين القليل والكثير في[1] جنسٍ واحدٍ، وذلك إذا قال: إن فعلتُ كذا فللَّهِ عليَّ صوم سنة، وهو مُعسر يتخير بين صوم سنةٍ وبين صوم ثلاثة أيام، وهو محال؛ لأن العاقل لا يختار إلا الأقل فلم يكن للتخيير فائدة.

قلنا: ولِمَ لا يجوز هذا التخيير؟

والذي قالوا[2]: إن العاقل لا يختار إلا الأقل؟

قلنا: هذا إذا لم يكن في اختيار الأكثر غرض وفائدة، وهاهنا في اختيار الأكثر غرض وفائدة وهو حيازه الثواب الكثير، فإن ما يحوز من الأجر بصوم سنة لا يحوزه بصوم ثلاثة أيام بحال، وعلى أنا بيَّنّا أن القول الأقيس تعيّن الكفارة.

وأما أبو زيد اختار في هذه المسألة أن يخرج عن هذه اليمين بالكفارة[3].

وقال: اسم اليمين قد وُجد في [٣٢٧/ب] هذا العقد، ومعنى اليمين الموجبة للكفارة وهو التردد في السبب بين الحظر والإباحة، أما الإباحة فلأنه التزام بِر[4] وطاعة، وأما الحظر فهو أنه سبب يخاف فيه ترك الوفاء بالقول

(١) في (ز): من.

(٢) في (ز): قالوه.

(٣) الأسرار ١٩٢/٢/أ مخطوط.

(٤) في (ز): قربة.

ولحوق سِمَة العصيان، بدليل قوله تعالى: ﴿وَرَهْبَانِيَّةً ٱبْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَٰهَا عَلَيْهِمْ إِلَّا ٱبْتِغَآءَ رِضْوَٰنِ ٱللَّهِ﴾ إلى أن قال: ﴿وَكَثِيرٌ مِّنْهُمْ فَٰسِقُونَ﴾(١) وإذا تردد السبب بين الحظر والإباحة صلُح موجبًا للكفارة(٢) على ما عُرف من أصولهم.

وأما النذر المرسَل وإن وُجد فيه هذا المعنى لكن لا يُسمّي يمينًا ولابدَّ فيه(٣) من تسمية اليمين، ولم يُوجد هناك وقد وُجد هاهنا، ولسنا نحتاج إلى هذه الطريقة التي بيَّناها على أصولهم لكن الطريقة التي ذكرناها كافية. والله أعلم.



※ (**مَسْأَلة**):

إذا نَذَر ذبح ولده فَنَذْرُه باطل عندنا(٤)(٥).

وعندهم: يصح(٦)، ويجب بهذا النذر ذبح شاة(٧).

❖ **لنا:**

إنه نَذَر فِعْلَ معصية فيبطل نذرُه بدليل النص، وهو قوله عليه السلام: (لا نذر

---

(١) سورة الحديد، آية (٢٧).

(٢) الأسرار ٢/١٩٢/أ مخطوطة.

(٣) ليست في (ز).

(٤) ليست في (ز).

(٥) المجموع ٨/٣٥٤.

(٦) في (ز): هو صحيح.

(٧) الأسرار: ٢/١٩٣/أ مخطوط، المبسوط ٨/١٣٩، رؤوس المسائل ص٥٢٣، اللباب ص٦١٢.

في معصية الله ولا فيما لا يملكه ابن آدم)[1].

وهذا لأن النذر التزام، والتزام المعاصي محال.

يبينه: أن النذر لا يجوز في المباحات فكيف يجوز في المعاصي؟.

ونقول أيضًا: النذر عقد شرعي أخطأ محله فيكون باطلًا، **دليله**: سائر العقود الشرعية، إذا أخطأت محالّها.

وإنما قلنا: «أخطأ محله»؛ لأن النذر تناول الذبح، والولد ليس بمحل الذبح[2] بإجماع الأمة[3]، بدليل أنه لا يجب ذبحه، و[4] لا يجوز ذبحه بحال فهو كما لو نذر أن يذبح والدَه أو عبده أو نذر بلفظ القتل.

۞ أمّا حجّتهم:

ربما الجواب عنها يبين الكلام في المسألة، قالوا: الأمر بذبح الولد أمر بذبح الشاة، فالنذر بذبح الولد نذر بذبح الشاة، لأن النذور محمولة على أصولها في الأوامر.

وربما يقولون: الشاة واجب ذبْحُها بنذر مضاف إليها، فيجب ذبحها بنذر مضافٍ إلى الولد، كما أنها لما وَجَبَ ذبحُها بأمرٍ مضافٍ إليها وجب ذبحها بأمرٍ مضافٍ إلى الولد.

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ١٠١/١١ مع النووي، كتاب النذر.

(٢) في (ز): للذبح.

(٣) ينظر: الجامع لأحكام القرآن ١١١/١٥، أحكام القرآن للجصاص ٣٧٧/٣.

(٤) في (ز): بل.

والجملة أنهم يقولون هذا اللفظ وإن كان في الصورة نذرًا بذبح الولد فهو في الشرع نذر بذبح الشاة، والدليل عليه قصة إبراهيم صلوات الله عليه، فإنه وجب عليه ذبح الشاة بالأمر بذبح الولد في حال حرمة ذبح الولد، والنذر في مسألتنا نظيره فصار الأمر أصلًا للندب.

وهذا الكلام يحتاج إلى إثبات ثلاثة أشياء:

أحدها: أنه عليه السلام كان مأمورًا بحقيقة ذبح الولد، بدليل قوله تعالى: ﴿يَٰبُنَيَّ إِنِّيٓ أَرَىٰ فِي ٱلۡمَنَامِ أَنِّيٓ أَذۡبَحُكَ فَٱنظُرۡ مَاذَا تَرَىٰۚ قَالَ يَٰٓأَبَتِ ٱفۡعَلۡ مَا تُؤۡمَرُ﴾[1] وهذا[2] نص في أن الأمر كان بحقيقة الذبح.

ولأنه عليه السلام رأى حقيقة الذبح في المنام، واشتغل بحقيقة الذبح تصديقًا لرؤياه، فثبت قطعًا أنه كان مأمورًا بحقيقة الذبح؛ لأن الأنبياء يُعصَمون[3] عن الكبائر، والاشتغال بفعل الذبح من غير وجوبه كبيرة.

وأما قوله تعالى: ﴿قَدۡ صَدَّقۡتَ ٱلرُّءۡيَآ﴾[4] فمعناه باعتقاد الوجوب.

وقيل: في الآية تقديم وتأخير، والمعنى فَلَمَّا أَسْلَمَا وَتَلَّهُ لِلْجَبِينِ، وَفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ، وَنَادَيْنَاهُ أَنْ يَا إِبْرَاهِيم، قَدْ صَدَّقْتَ الرُّؤْيا[5].

والثاني: أن الشاة وجب ذبحُها بالأمر بذبح الولد لا بأمرٍ جديدٍ؛ لأنه

---

(١) سورة الصافات، آية (١٠٢).

(٢) في (ز): وهو.

(٣) في (ز): معصمون.

(٤) سورة الصافات، آية (١٠٥).

(٥) لم أجد من قال بذلك

ليس في القرآن دليل إلا في الأمر بذبح الولد، فأما الأمر الثاني فليس عليه دليل وما لا دليل عليه فلا ثبوت له، فوجب ذبح الشاة بالأمر الأول.

والدليل عليه أيضًا، وهو المعتمد: أن الله تعالى قال: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾[1]، والفداء اسم لإقامة محل مقام محل في تحمّل مكروه قصد به المحل الأول من غير تغير يحصل في ذلك القصد.

ومثاله في الحسيّات: أن يرمي بسهمه إلى إنسان، فيُجعل قدَّام المرمي إليه دابةً ليصيبَها السهم، ولا يصيب الإنسان المقصود فتكون الدابة، فداء[2] الإنسان، (وهو معنى قولهم: فداك روحي أو أبي وأمّي)[3]، ولم يحصل بهذا الفداء تغير في الرمي؛ لأن الرمي إلى الإنسان بعد الفداء، كما كان قبل الفداء، كذلك الشاة في قصة إبراهيم عليه السلام صار[4] فداء للولد، والأمر بذبح الولد على ما كان.

وأما قولنا، وهو الثالث: إن الشاة وجب ذبحها في حال حرمة ذبح الولد؛ لأنه إنما وجب [٣٢٨/أ] ذبحها حين صارت فداء، وحين صارت الشاة فداء[5] الولد كان ذبح الولد قد حرم، فإن هذا المحل حين أقيم مقام ذلك المحل انصرف العمل عن ذلك المحل إلى هذا المحل، وإذا انصرف عمل الأمر إلى هذا المحل فلا إشكال أنه حرم ذبح المحل الأول.

---

(١) سورة الصافات، آية (١٠٧).

(٢) في (ز): بدل.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): صارت.

(٥) في (ز): فداء الذبح.

والحرف الملَخّص لهم: أن الأمر بذبح الولد قائم بعد الفداء، وقد ظهر عمله في الشاة، وقد حرُم ذبح الولد فهو أمر بذبح الولد أوجب الشاة، كذلك في مسألتنا نذر بذبح الولد أوجب ذبح الشاة، فاستويا من هذا الوجه فصح النذر بصحة الأمر.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الأمر كان قد أوجب ذبح الولد، والنذر في مسألتنا لم يوجب ذبحه بحال؛ لأن هذا الافتراق لا يمنع موضع[1] الاستدلال، فإن الاستدلال بآخر القصة، وما استقر عليه الأمر في نهايته، وتقدم وجوب ذبح الولد في الأمر وعدم تقدم وجوبه في النذر لا يمنع الاستدلال؛ لأنه ليس من ضرورة وجوب ذبح الشاة بهذا السبب تقدم وجوب ذبح الولد.

ألا ترى أن مَنْ وجب عليه الصوم ثم عجز عنه لِكَبَر يخرج منه[2] بالفدية، ثم لو كان عاجزًا في الابتداء خرج عنه بالفدية وصار الأمر بالصوم موجبًا للفدية ابتداء، فكذلك النذر صار موجبًا للشاة ابتداء.

ولا يجوز أن يقال: إن هناك وجب الصوم؛ لأن المسألة في العاجز عن الصوم، والعاجز عن الصوم لا يتصور وجوب الصوم عليه.

وقال بعضهم: إن الأمر أفاد مَحَلّيّة الذبح وجوبًا ليخرج بالشاة، فالنذر أفاد محليّة الذبح في الولد تطوعًا ليخرج بالشاة.

قالوا: ومما يشبه مسألتنا أيضًا إذا باع من إنسان عبدًا، ثم قُتِل قبل

(١) في (ز): وجه.

(٢) في (ز): عنه.

القبض جرى البيع في القيمة إذا اختار اتِّباع الجاني، والبيعُ بيعُ العبد، إلا أنه ظهر عمله في القيمة بعد خروج المبيع عن المحليّة.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن الأمر الأول حُوِّل من الولد إلى الشاة مثل ما يُحوّل الدَّين من ذمة إلى ذمة؛ لأنه لو كان بالتحويل لم يخرج الأول من محليّة الذبح كالدين يُنقَل من ذمة إلى ذمة لم تخرج الذمة الأولى عن محليّة الدين، ولأنه لا معنى لتحويل الأمر، فإن الشاة محل الذبح حُوّل الأمر أو لم يُحوِّل.

وهذا لأنا بيَّنّا أن حقيقة الفداء يقتضي أن لا يدخل تغيّر في القصد الأول، كذلك هاهنا، لما سُمّي الشاة فداءً، دل أنه لم يدخل تغيّر في الأمر الأول.

وعلى التقدير الذي قلتم يدخل التغيّر؛ لأنه كان في محل فحُوِّل إلى محل آخر، والأمر بإقامة فعل في محل لا يكونُ هو الأمرُ بإقامة الفعل في محل آخر.

قالوا: وعلى أنا وإن سلمنا أن الأمر حُوِّل، فهو في المعنى الذي قدّمنا، فيكون الاستدلال قائمًا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن هذا بَليّة وكرامة، خُصّ بها إبراهيم عليه السلام، ولا[1] يقاس عليه غيره، أو فلا يلحق النذر من غيره بأمرٍ وَرَدَ مورد الابتلاء في حقه.

قال: لأن الأصل أن هذا الوارد كان شرعًا في حقه، فثبت مثله في حق

---

(١) في (ز): فلا.

مُتّبِعِيهِ، والكرامة في كونه مُقتدَى الناس في شرع فوق الكرامة في إثبات فدية[1] في حقه على الخصوص، وكان الحمل على ما قلناه أولى.

قالوا: وإنما لم يثبت الأمر ابتداء في حق غيره لقيام الدليل، وعلى أنه قد ثبت بالطريق الذي ذكرنا[2].

❁ **الجواب**[3]:

إن كل الذي قالوه أولًا، دعوى ليس عليه دليل، وهو في شبه تمني باطل.

أما قصة إبراهيم عليه السلام فالجواب عن هذا الاستدلال من وجوه:

أحدها، وهو المعتمد: أن الأمر عندكم بذبح الولد أمر بذبح الشاة، وكذا النذر بأيّ جهة كان، فإن الجهة جهتان في الألفاظ صريح وكناية ولا يمكن دعوى الصريح.

وإن قالوا: هو كناية، فالشيء إنما يُجعل كناية عن الشيء إما بموافقة في المعنى الخاص أو بانتساب أحدهما إلى الآخر بطريق السببية.

ولا موافقة في المعنى الخاص؛ لأن أحدهما طاعة والآخر معصية، فلم[4] يُتَصَوَّر الاتفاق معنى.

وأما السببيّة فلا توجد أيضًا؛ لأن ذبح الولد لا يكون سببًا لذبح الشاة

---

(١) في (ز): قربة.
(٢) في (ز): ذكرناه.
(٣) في (ز): والجواب.
(٤) في (ز): فلا.

بحال، وهذا اللفظ[1] إذا كان صريحًا في معناه لم يحتمل إلا معناه الذي وُضِعَ له، فالتزام ذبح الولد لا يحتمل إلا التزام بذبح الولد، فكيف يُجعَل عبارة عن شيء آخر من غير احتمال له أصلًا؟

فإن قالوا: ذبح الولد عبارة عن ذبح الشاة [٣٢٨/ب] شرعًا.

قلنا: ومن أين قلتم هذا؟

فإن قالوا: من قوله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾[2].

قلنا: نقول: أولًا إن استقام هذا فإنما يستقيم في قصة إبراهيم عليه السلام، فأما في الفرع فلا؛ لأنه إنما يتصوَّر الفداء إذا تقدم وجوب[3]، ولم يتقدم في مسألتنا وجوب ذبح الولد.

والحرف[4]: أن[5] الفداء الشرعي للواجب الشرعي، فإذا لم يوجد الوجوب شرعًا لم يتصوَّر الفداء شرعًا، فسقط التعلق بالفداء من هذا الوجه في الفرع المتنازع فيه، وبطلت شَبَهِيَّة هذا بقصة إبراهيم.

فإن قالوا: في مسألة الرمي التي صورناها لا وجوب، وقد تحقق الفداء حسيًا[6].

---

(١) في (ز): أن اللفظ.

(٢) سورة الصافات، آية (١٠٧).

(٣) في (ز): وجوب ذبح الولد.

(٤) في (ز): وهذا.

(٥) في (ز): لأن.

(٦) ليست في (ز).

قلنا: هناك فداء حسيّ، وقد وُجد رمي الأول من طريق الحسّ، وكان ما أقيم مقامه فداء، وفي مسألتنا فداء شرعي فما لم يجب ذبح المحل الأول شرعًا لا يتصوّر الفداء؛ لأن اتصال الوجوب بالمحل هاهنا مثل قصد المحل[١] الأول بالرمي هناك[٢].

فإن قالوا: نحن لا نقول: إن الشاة فداء في الفرع، لكن نذكر لفظ الفداء في قصة إبراهيم ثبت أن الأمر بذبح الولد أمر بذبح الشاة، وإذا ثبت الأصل بنينا الفرع عليه، وجعلنا نذر ذبح الولد (نذرًا بذبح الشاة)[٣].

قلنا: هذا الذي ادّعيتم لم يكن من حيث اللسان، وإنما كان من حيث الشرع، وفي الشرع إنما صار كذلك باسم الفداء، ولا يتصور هذا في مسألتنا، فسقط[٤] هذا[٥] الدعوى في الفرع ولزم الأصل (وبطلت الشَّبَهِيَّة)[٦].

وعلى أنه يمكن أن يقال في قصة إبراهيم: وجب ذبح الشاة بأمرٍ جديدٍ تضمنه قوله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَٰهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾[٧].

فإن قالوا: إذا كان أمرًا جديدًا لا يكون فداء.

قلنا: سُمِّي فداء على طريق المجاز؛ لأنه خطاب واحد تضمن عصمة

---

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): نذر ذبح شاة.
(٤) في (ز): فسقطت.
(٥) في (ز): هذه.
(٦) في (ز): وبطل شبه هذا بقصة إبراهيم عليه السلام.
(٧) سورة الصافات، آية (١٠٧).

المحلّ الأول عن الذَّبْح، ووجوب ذَبْح المحلّ الثاني مع الاستواء في المطلوب، وهو الثواب فإنه ينال بذبح الشاة ما ينال بذبح الولد من الثواب، وصار بمنزلة الفداء فسمّى فداءً على طريق المجاز، بدليل ما بيَّنّا.

فإن قالوا: لا يجوز العدول عن الحقيقة إلى المجاز إلا بدليل.

قلنا: الدليل عليه ما قدّمنا: أن الأمر بذبح الولد لا يجوز أن يكون عبارة عن الأمر بذبح الشاة؛ لأنه إمَّا أن يكون صريحًا أو كناية، وقد بطل كلاهما على ما سبق، فلم يبق إلا أن يكون وجوب ذبح الشاة بأمر جديد، ولفظ الفداء مجاز.

جواب آخر معتمد: وهو أن الأمر في قصة إبراهيم صادف محله، وذلك لأن الأمر إذا صدر من الله بإيجاب فعلٍ في محلٍ، فلابد أن يصير ذلك المحل محلًا للفعل؛ لأن الأشياء كلها لله تعالى يأمر فيها بما شاء كيف شاء، وإذا صح الأمر خرج منه بما سمَّاه الشرع، وجعله منه مخرجًا، وذلك بذبح الولد تارة وذبح الشاة أخرى.

وأما في مسألتنا النذر باطل؛ لأنه لم يصادف محله بدليل ما بيَّنّا[١]، وإضافة العبد النذر إلى الولد لا يجعله محلًا للذبح؛ إذ ليس إلى العبد شرعُ محل ولا شرعُ واجب، إنما عليه موافقة المشروع[٢].

فإن قالوا: قد وَافَقَ.

قلنا: لا موافقة؛ لما بيَّنّا أن الأمر صادف محلَّ الأمر من حيث إن الأمر

(١) في (ز): بيناه.
(٢) في (ز): الشرع.

لا يجوز أن يخلو عن وجود محل الأمر، وأما النذر فيجوز أن يخلو عن وجود محلّ النذر.

فإن قيل[١]: إذا كان الولد محل الأمر فيكون محل النذر.

قلنا: ولِمَ؟ أليس أن قتل النفس محل الأمر في قصة بني إسرائيل الذين عبدوا العجل وليس بمحلّ النذر؟

ثم نقول: إذا جعلتم الولد محل هذا النذر، فأوجبوا ذبح الولد أولًا، ثم اجعلوا[٢] الشاة فداءً عنه، كما وجب ذبح الولد في قصة إبراهيم، ثم كان[٣] الشاة فداءً عنه (ليكون موافقة)[٤]، ولا يقول به أحد.

وقولهم: إنه حين وجب ذبح الشاة كان قد حرُم ذبح الولد.

قلنا: بلى، ولكن بعد وجوب ذبحه، وهو سبب مخيل؛ لأنه تعالى جعل الشاة فداء على ذبح الولد، وإنما يتحقق الفداء شرعًا بعد وجوب ذبح الولد، فأما قبل الوجوب[٥] فلا، على ما سبق.

فإن قالوا: لِم وجب ذبح الشاة؟

قلنا: قد حُوِّل الأمرُ من الولد إليها بعد وجوب ذبحه.

والذي اعترضوا به على التحويل ضعيف جدًا؛ لأنه ليس من ضرورة

(١) في (ز): قالوا.
(٢) في (ز): أوجبوا.
(٣) في (ز): كانت.
(٤) في (ز): فتكون الموافقة حاصلة.
(٥) في (ز): وجوبه.

التحويل أن يبقى المحل الأول محلًا، ولكن يجوز أن يبقى، ويجوز أن لا يبقى على حسب ما يقوم عليه الدليل.

وأما قولهم: وإذا كان تحويلًا لا يكون فداء.

قلنا: معنى الفداء في تحمل المكروه فقط، وهذا المعنى لا يخل، فإن[1] قلنا بتحويل الأمر لأن معنى الفداء قائم، والملخصُ من الكلام [٣٢٩/أ] أن إيجاب ذبح الشاة كان بناء على وجوب ذبح الولد ليكون ذبح الشاة فداء عن ذبح الولد فإذا لم يوجد ما بُني عليه لزوم ذبح الشاة في الفرع سقط المبني[2] في نفسه، وعلى هذا الجواب لا يحتاج إلى أن نَدّعى المجاز في الفداء؛ لأن الأمر واحد ولكن حُوِّل من محل إلى محل فيكون الثاني فداءً للأول على المعنى الذي ذكروه فإنه قد تحمل المكروه الذي قصَد به في المحلّ الأول بذلك الأمر وإن كان قد حُوِّل في المحليّة.

وَمَنَعَ بعضُهم في النظر أن ذبح الولد وجب على إبراهيم، وقال: إنما وجب ذبح الشاة ابتداءً، وهذا كلامٌ باطل بما سبق في حجتهم، والحرف أنه لا يتصوَّر الفداء إلا بعد تحقق الوجوب.

جواب ثالث: أن الأمر في قصة إبراهيم عليه السلام من أوّله إلى آخره جرى على الخصوصية ابتلاءً وكرامةً، وقد ابْتُلِي بنار نمروذ عليه اللعنة، وابتُلِئ بالخِتان في الكِبَر، كذلك[3] ابتُلِئ بذبح الولد ثم إنَ الله تعالى أكرمه بالفداء

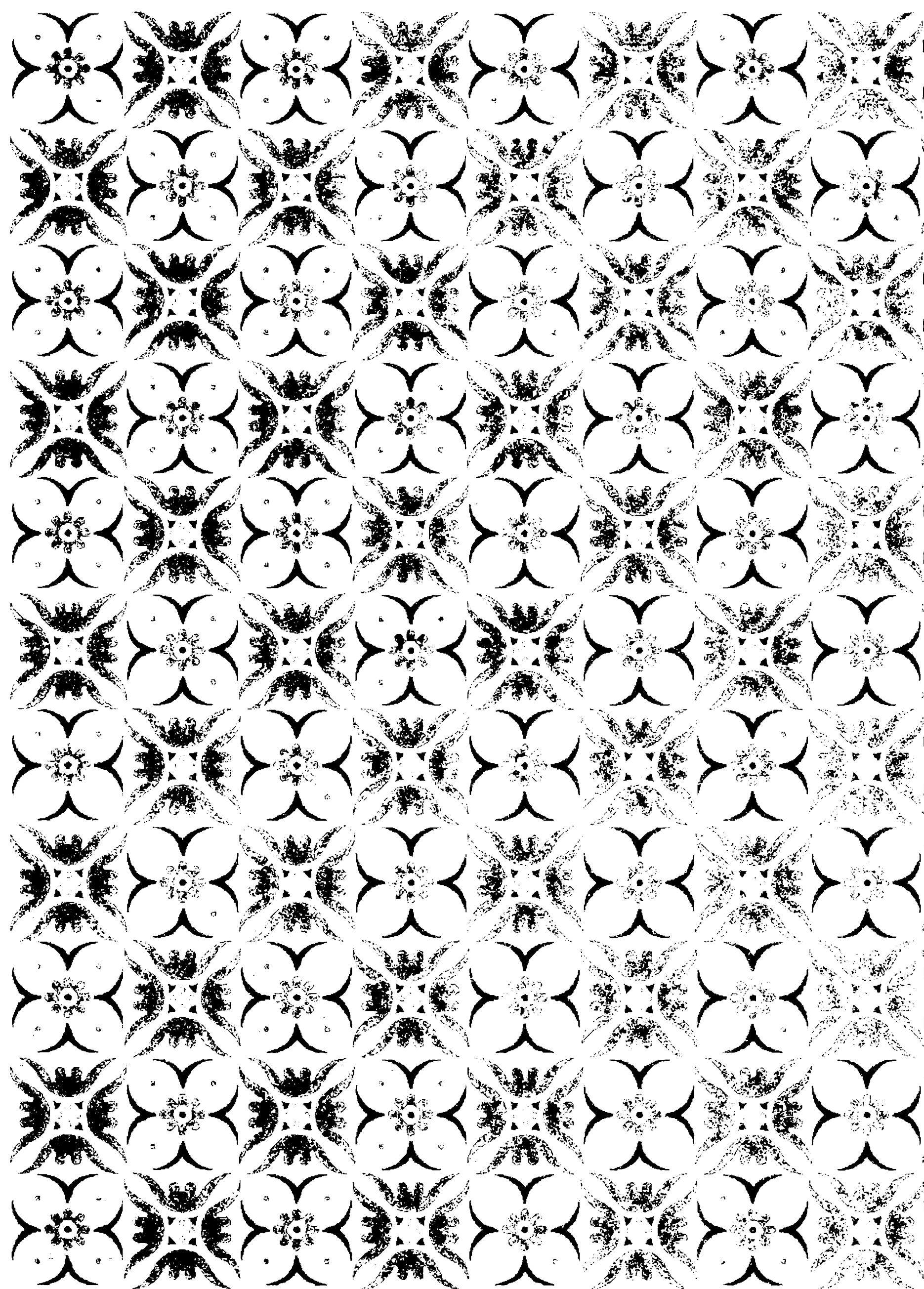
(١) في (ز): بأن.
(٢) في (ز): المعنى.
(٣) في (ز): فكذلك.

بالشاة، والدليل على أنه كان على التخصيص أنه لم يصر شرعًا مشروعًا في حق مُتَّبِعِيهِ ولو لم يكن على التخصيص لصار شرعًا مشروعًا كالختان فما هذا الابتلاء إلا كالابتلاء بنار نمروذ، وما الكرامة بالفداء إلا بمنزلة الكرامة بجعل[1] النار بردًا وسلامًا، وهذا جواب حسن مجادلة، وقد ذكرنا بطريق الإلزام أن الشاة عندكم خلف عن الولد بدليل وجود حد الخلفية فيها، فلا يجوز أن ينعقد السبب لوجود[2] الخلف ابتداءً إذا لم يتصور وجوب الأصل بذاك السبب، وقد ذكروا هذا في مسألة يمين الغموس، وهم يمنعون الخلفية في مسألتنا، وتقرير ذلك عليهم سهل، والله أعلم.



(١) في (ز): أن يجعل.

(٢) في (ز): لوجوب.



مَسائلُ مِنَ الأَقضيَةِ وَالشَّهَادَات

※ (**مَسْأَلة**):

القضاء على الغائب جائز عندنا[1].

وعندهم: لا يجوز[2].

لنا:

أن البينة أقيمت بعدَ وجود دعوى صحيحة من المدَّعي بشرطها، فاستحقت القبولَ للقضاء بها، كما لو كان المدّعى عليه حاضرًا.

أما قولنا «بعد وجود دعوى صحيحة»؛ لأن المدّعي يزعم[3] أنه صاحبُ الحق، ودعوى صاحب الحق حقه صحيحة بالإجماع[4]، ولهذا يسمعُ القاضي دعواه.

أما عندنا: القضاء[5] عند وجود البيِّنَة.

وعندهم: لسماع البينة ليكتُبَ بها.

---

(١) المهذب ٢/٣٠٤، روضة الطالبين ١١/١٧٥، مغني المحتاج ٤/٤٠٦.

(٢) الأسرار ص ١٦٧، كتاب الدعوى والبينات، المبسوط ١٧/٣٩، رؤوس المسائل ص٥٢٤، فتح القدير ٧/٣٩٨، تبيين الحقائق ٤/١٩١، حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٩.

(٣) في (ز): يدعى.

(٤) ينظر: تبصرة الحكام ١/١٠١.

(٥) في (ز): للقضاء.

وأما بيان وجود شرط البينة وفي هذا يقع التنازع والتخاصُم.

فنقول: شرط البينة خفاء الحق واكتتامُه، فإن البينة للتبيين وهو[1] الإظهار، وشرط صحة[2] إظهار الشيء هو خفاؤه وانكتامه، فإذا[3] كان خفيًا منكتمًا وُجد محل إقامة البينة، وإذا وُجد محلُها عرفنا حقيقة[4] أنه قد اتصل بها شرطها.

والحرف: أن الشرط عدم ظهور الإقرار؛ لأن البينة سُمعت من المدّعي لحاجته إليها، وليكون طريقًا مشروعًا لإحياء حقه، فإن الشرع ناظر للعباد، ومن نظره للعباد تمهيد طريق يُحيِي به حقوقهم إذا أشرفت على التَّوىَ لخفائها وانكتامها، وقد مسّت الحاجة في مسألتنا هذه إلى قبول البينة من المدّعي وإن كان المدعى عليه غائبًا ولم يُعرف إقراره[5] كما مست الحاجة إلى وجود الإنكار منه إذا كان حاضرًا بل نصور فيما لو كان حاضرًا وسكت ولم يُسمع منه الإنكار.

يبينه: أن الساكت بمنزلة الغائب، واحتمال الإقرار والإنكار موجود في كل واحد منهما في الساكت أن لو نطق، وفي الغائب أن لو حضر، ولكن أُعرض عن هذا الاحتمال، واعتبر عدمُ ظهور الإقرار منه، وبُني عليه صحة إقامة البينة، كذلك في الغائب وجب أن يُفعل كذلك.

---

(١) في (ز): و.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): إذا.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): إنكار.




وهذا لأن المستحضر للجواب إذا لم يُجبْ بمنزلة مَنْ لم يحضر فإنه ليس المقصود حضوره بذاته ولكن المقصود هو الوصول إلى جوابه، فإذا لم يُوصَل فهو كغائبٍ[1].

❁ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى ما رووا عن النبي ﷺ أنه قال لعلي: (لا تَقْضِ لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فإنك إذا سمعت كلام الآخر عرفتَ [٣٢٩/ب] كيف تقضي)[2].

وهذا نص معلَّل وكلاهما حجة.

ومن جهة المعنى قالوا: فُقد شرط قبول البينة فلم تقبل.

وإنما قلنا: إنه فُقد شرط قبول البينة؛ لأن الشرط هو إنكار المدعى عليه، ولم يوجد.

وإنما قلنا: إن الشرط هو الإنكار؛ لأن البيّنة للإثبات والإلزام، وإنما يصح الإثبات والإلزام على منكرٍ جاحدٍ، فأما على (المقر المساعد)[3] فلا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: يُحمَل أمرُ الغائب على الإنكار؛ لأن

---

(١) في (ز): غائب.

(٢) رواه أبو داود في سننه ١١/٤ مع المعالم، كتاب الأقضية، باب كيف القضاء، والترمذي في سننه ٧٢/٦ مع العارضة، كتاب الأحكام، باب القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، وقال: «حديث حسن»، والحاكم في المستدرك ٩٣/٤، والبيهقي في سننه ٨٦/١٠، قال ابن حجر في الفتح ١٧١/١٣، وهو حديث حسن، وصححه الألباني في الإرواء ٢٢٦/٨.

(٣) في (ز): مقرٍ مساعدٍ.

الشروط[١] لا تثبت بالاحتمال، ولابد من وجودها[٢] حقيقة حتى يبتني عليها المشروط، وهذا الغائب وإن كان الظاهر من أمره[٣] أنه منكِر، ولكن يجوز (أنه مُقِر)[٤] فلا يُكتفى بمجرد الظاهر في وجود الشرط إذا كان الحال يحتمله ويحتمل غيره.

ألا ترى أن مَنْ قال لعبده: إن لم أدخُل الدارَ اليوم فأنت حر فمضى اليوم وادعى العبد أنه لم يدخُل وأنكر السيد لم يعتَق العبد، وإن كان الظاهر عدمُ الدخول لكونه أصلًا وكون الدخول عارضًا، ولكن قيل عدمُ الدخول شرط، فلابد من وجوده حقيقة ليبتني عليه العتق.

وإن[٥] منعتم فالمنع بعيد، وكيف يثبت العتق من غير يقين بوجود الشرط؟ ولا يجوز بناء حقيقة العتق إلا على حقيقة شرطه كما لا يجوز بناؤه إلا على حقيقة[٦] قوله.

وهذا لأن قبول البينة أمر لم يكن حقيقة فلا يجوز بناؤها[٧] على استصحاب حالة يجوز هي ويجوز غيرها؛ لأن الحقائق والكنايات القطعية لا يجوز بناؤها على المحتملات من[٨] الشروط.

---

(١) في (ز): الشرط.
(٢) في (ز): وجوده.
(٣) في (ز): حاله.
(٤) في (ز): أن يكون مقرًا.
(٥) في (ز): ولئن.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): بناؤه.
(٨) في (ز): في.

وذكروا مسألة ميراث المفقود أنه لا يرث ولا يُورَث[1] ولا يُكتَفَى في واحدٍ منهما باستصحاب حالٍ، واعتبرت الحقيقة.

قالوا: وإما قولكم: إن الحاجة وُجدت في سماع البيّنة.

قلنا: لا حاجة؛ لأن عندنا تُسمع وتُكتَب، وإذا قلنا بهذا اندفعت الحاجة، ووقعت الغُنية عن السماع للقضاء، وزعموا أن القاضي يسمع البينة، ويكتب إلى قاضي البلد الذي فيه المدّعى عليه ليقضي عليه، ويكون القاضي بهذه الكتبة ناقلًا للشهادة إلى قاضي ذلك البلد، فيصير في المعنى كأن الشهود ذهبوا إلى ذلك البلد، وشهدوا أو كأن شهادتهم تحملها شهودُ الفرع، (وقاموا بها)[2] عند ذلك القاضي وكيف ما قُدِّر لا تبقى حاجة.

قالوا: وإما إذا سكت فإنما نجعله منكِرًا شرعًا؛ لأنه متعنِت في السكوت فحُمِل أمره على الإنكار، فإن الجواب إذا وَجَبَ ولم يُجِبْ جُعل مجيبًا شرعًا لحق المدعي، وأدنى الجوابين هو الإنكار فحُمِل عليه، وأما إذا كان غائبًا فلم يُجِب الجواب، وحاله متردد بين الإقرار والإنكار، فلم يجز أن يُحمَل على أحدهما بلا دليل.

قالوا: وأما المسائل التي أوردتموها على أصولنا من مسألة الكفيل، والشفيع، وعتق العبد القاذف، ومسألة الوديعة وغيرها ففي هذه المسائل وقع القضاء على الحاضر إلا أنه اتصل لحق الغائب، فجُعل الحاضرُ بمنزلة النائب عن الغائب شرعًا، وقد بيّنّا تمام هذا في التعليق.

---

(١) في (ز): ولا يورث عنه.

(٢) في (ز): وأقاموها.

وقالوا: هذا كالقضاء للغائب لا يجوز، ومع ذلك إذا اتصل بحقٍ حاضرٍ يجوز، وذلك مثل أن يدّعي أنه اشترى هذا العبد من فلان الغائب، وهو في يد إنسان وأقام البيّنة عليه، يُقبل، وإن كان يتضمن إثبات الملك للغائب؛ لأنه اتصل بحقٍ حاضرٍ، فَجُعِلَ الحاضر بمنزلة النائب عن الغائب، كذلك في مسألتنا يكون كذلك.

❁ **الجواب:**

أما الخبر فلا نعرف ثبوته، ولم يورد في كتاب معروف[١].

وعلى أن الأصحاب قالوا: المروي (إذا جلس إليك الخصمان فلا تقض لأحدهما حتى تسمع كلام الآخر)[٢].

وعندنا في هذه الصورة لابد من الوقوف على جواب الخصم، وكذلك إذا كان حاضرًا في البلد غائبًا عن مجلس الحكم لا يُسمع عليه البينة لسهولة إحضاره، والوقوف على جوابه، وإن تواري في البلد صار[٣] بمنزلة الغائب.

وأما قولهم: إنه فُقِد شرط البيّنة.

ليس كذلك؛ لأن شرط سماع البينة ليس إلا عدم ظهور الإقرار من المدعى عليه على ما بيَّنّا.

وهذا لأن سماع البيّنة في حال الإنكار ليس لعين الإنكار بل لوجود

---

(١) سبق تخريجه في ص٤٩٥.

(٢) روى هذا اللفظ أبو داود في سننه ٤/١١ مع المعالم، كتاب الأقضية، باب كيف القضاء.

(٣) في (ز): صُيّر.

محل [٣٣٠/أ] قبول البينة، وقد وُجد محل قبول البيّنة إذا كان غائبًا، ولم يظهر منه إقرار.

ونعني «بالمحل» خفاء الحق وانكتامه، والشيء إذا خفي يجوز أن يثبت فيه، ولأنه حجة الإظهار.

وهذا لحقيقةٍ: وهي أن البينة للقضاء بثبوت الحق، فإذا وَجَدَ القضاءُ طريقًا أسهل من طريق البينة لم تكن البيّنة طريقة مُغنية عنه، وإذا لم نجد طريقًا أسهل منه فحينئذٍ لابد من سلوك طريق البينة للوصول إلى القضاء، فالإقرار أقرب الطريقين وأسهلُها؛ لأنه يُقضى في الحال، والبيّنة أطول الطريقين وأعسرهما للحاجة إلى التزكية والتعديل؛ لأن الإقرار قول الإنسان على نفسه، والبيّنة قوله على غيره، وإذا كان الأمر على هذا السبيل فعدم أقرب الطريقين بالإنكار مثل عدمه بالغيبة لا فرق بينهما بحال، فقُبلت البيّنة في الموضعين.

ولهذا نقول: إذا كان المدعى عليه في البلد لابد من إحضاره لإمكان إحضاره، ومعرفة إقراره من إنكاره، وإذا كان غائبًا لم يمكن إحضاره فسقط، وإذا سقط وجدنا محل قبول البيّنة لخفاء الحق على ما سبق.

وعلى هذه الطريقة لا نحتاج إلى الجواب عن كلامهم من فصل الاحتمال؛ لأن ذلك الكلام إنما يرد على مَنْ يسلم[١] أن الإنكار شرط، فأما إذا لم نُسلم وأجرينا الكلام على المنهاج الذي قدّمنا[٢] سقط جملة كلامهم،

---

(١) في (ز): سَلّم.
(٢) في (ز): قدمناه.

وليس لهم دليل يمكن الاعتماد عليه، في شرط الإنكار.

وقولهم: إن البينة للإثبات والإلزام(١).

قلنا: لا، بل للكشف والإظهار، وهذا أليق بمعنى البينة، وأقرب إلى الحق شرعًا؛ لأن البينة لا تُثبت شيئًا ابتداءً، إنما تُظهر ما كان ثابتًا من قبل.

ومسألة سُكوت المدعى عليه دليل معتمد من حيث الاستشهاد وتقريره على ما سبق.

وقولهم: إنه متعنت في السكوت، فنجعل منكرًا حكمًا(٢).

قلنا: إذا غاب متعنِّتًا، وقد سُمِعَتْ البيّنة عليه عندكم لا يُستدام إنكارُه حتى لا يُقضَى عليه، فإذا كان بالغيبة متعنِّتًا لا يُستدام إنكاره، فبالسكوت متعنِّتًا (كيف يُستدام إنكاره، أو)(٣) يُقضى بإنكاره؟.

وقولهم: إنه وَجَبَ عليه الجواب.

قلنا: ينبغي أن يُلزَم الجواب عليه بالحبس وغيره.

أما أن يُحقق عليه أحد وجهي الجواب من غير جواب، فمحال(٤) هذا هو الجواب المعتمد عن طريقتهم، ويجوز أن نُسلم أن الإنكار شرط، وندّعى أنه وُجد من طريق الظاهر بدليل اليد، فإن الأصل أن اليد يدُ الملك، ويد

---

(١) في (ز): واللزوم.

(٢) ليست في (ز).

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) في (ز): فهو محال.

الملك دليل الإنكار، فيُحقق عليه الإنكارُ بهذا الدليل، كما يحقق على الساكت.

والاعتماد على الجواب الأول.

وأما قولهم: إن الحاجة تندفع بسماع البينة والكتبة.

قلنا: ذاك إيقاع صاحب[١] الحق في حرج مع سهولة سماع البينة والقضاء في الحال، وجَعل المدعى عليه على حجته إذا حضر، واحتياط القاضي بأخذ الكفيل على ما عُرف.

وأما القضاء للغائب فلم[٢] يصح؛ (لافتقاد البيّنة شرطَها)[٣]، وهو الدعوى من صاحب الحق بخلاف مسألتنا على ما سبق بيانه[٤]، والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

قضاء القاضي ينفذ عندنا على ما توافق الحجة، فإن كانت الحجة وهي البينة لها حقيقة فللقضاء حقيقة وإن لم يكن للحجة حقيقة لا يكون للقضاء حقيقة.

وهو قول أكثر أهل[٥] العلم، وهو قول أبي يوسف ومحمد[٦].

---

(١) في (ز): لصاحب.

(٢) في (الأصل): فلم.

(٣) في (ز): لافتقار البينة إلى شرطها.

(٤) ليست في (ز).

(٥) ليست في (ز).

(٦) المهذب ٢/٣٤٣، مغني المحتاج ٤/٣٩٧، شرح النووي على مسلم ١٢/٦، الأسرار=




وعند أبي حنيفة: ينفذ ظاهرًا وباطنًا بكل حال في العقود والفسوخ، وكل ما يكون له في جنسه ولاية، ولهم كلام في النسب والعتق، والأصح: أن ذلك مثل العقود والفسوخ[1].

❖ لنا:

إن صحة القضاء بوجود الحجة وإصابة المحل، والقضاء في هذا الموضع لم يصب حجّته ولا محله فبطل.

أمّا بيان «أنه لم يصب حجته»؛ لأن حجة القضاء في[2] البينة العادلة ولا بينة هاهنا؛ لأن المسألة مصوّرة فيما إذا كان الشهود شهود زُور، وشهادة[3] الزور لا تكون حجة.

والدليل عليه: أن الشرع أوجب طَلَبَ الصدق[4] بطريقه، وإذا وجب طلبُ الصدق[5] سقطت الحجة من الكذب، وتبين قطعًا أن قول الكذّاب[6] لا يكون حجة.

= ص٧٦٥، كتاب الشهادات، المبسوط ١٦/١٨٠، القوانين الفقهية ص ٢٢٥، تبصرة الحكام ١/٧٥.

(١) الأسرار ص ٧٦٥، كتاب الشهادات، مختصر الطحاوي ص ٣٥٠، المبسوط ١٦/١٨٠، تبيين الحقائق ٤/١٩١، رؤوس المسائل ص٥٢٨، البحر الرائق ٧/١٤، فتح القدير ٧/٣٠٧.

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): شهود.

(٤) في (ز): الحق.

(٥) في (ز): الحق.

(٦) في (ز): الكذب.

وأما بيان[1] قولنا: «إن القضاء لم يُصب محله»، وذلك لأن القضاء حقيقة قضاء بشيء كائن يشهد الشهود به، وهو بمعنى الإظهار والتنفيذ لما قد[2] سبق وجوده (وكونه)[3] وخَفي علمُه، فالشهادة للإظهار، والقضاء لتحقيقه وتنفيذه، ولا كائن [٣٣٠/ب] هاهنا؛ لأن المسألة فيما إذا شهد الشهود بعقد أو فسخ، ولم يكن عقد ولا فسخ، وإذا عُدم العقد والفسخ والقضاء لتنفيذ شيءٍ كائنٍ فقد أخطأ القضاء محله، فلم ينفذ؛ لأن الشيء لا ينفذ في غير محله، وهو كالقضاء بالأملاك المرسلة[4]، فإنه لا ينفذ لما ذكرنا، وكذلك الشهود إذا كان عبيدًا أو كفارًا أو محدودين في القذف.

فإن قالوا: أليس أن القضاء ينفذ ظاهرًا؟

قلنا: لا حقيقة لهذا القضاء أصلًا كما في الأملاك المرسلة.

ومعنى قول الأصحاب: «أن القضاء ينفذ ظاهرًا»: هو أن القاضي لا يأثم بهذا القضاء، ولا يلحقه وبال وزر[5] لجهله[6] بالباطن.

فأما أن يقال بأن القضاء له حقيقة ونفاذ[7] من وجهٍ مّا فلا.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) الأملاك المرسلة: «هي التي لم يذكر لها سبب معين مثل الإرث». ينظر: حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٦.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): بجهله.
(٧) ليست في (ز).

❁ **وأمّا حجّتهم:**

ذهبوا إلى ما رووا أن شاهدين شهدا عند علي على امرأة بالنكاح، فقالت: المرأة يا أمير المؤمنين لم يكن بيننا قط نكاح، فإن كان لابُد فزوجني منه، فقال علي: شاهداكِ زوّجاكِ[1].

والاستدلال من[2] امتناع على من تزوجها منه مع إخبارها بحقيقة الأمر[3]، ومن قوله[4]: «شاهداكِ زوّجاكِ»[5]. ومعناه أن ثبوت النكاح بينكما كان بشهادتهما.

وأما المعنى قالوا: قَضَى بحجة شرعية، أو قضى بأمر الله تعالى، فيما يدخل تحت ولاية القضاء فنفذ قضاؤه حقيقةً.

دليله: إذا قضى بالاجتهاد على مَنْ يعتقد خلافَه، أو قضى بالفرقة في اللعان.

قالوا: ونعني بالحجة الشرعية وجودَ بينة عادلة في ظاهر علم القاضي، ولا حجة للقضاء[6] سوى هذا.

---

(١) هذا الأثر لم أجد من رواه عن علي رضي الله عنه وإنما ورد في كتب الحنفية دليلًا لأبي حنيفة. ينظر: المبسوط ١/١٨١، حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٦، أعلاء السنن ١١/١٥، ٦٠، ١٠٩، أحكام القرآن للجصاص ١/٢٥٣.

(٢) في (ز): في.

(٣) في (ز): الحال.

(٤) في (ز): قول علي.

(٥) ليست في (ز).

(٦) في (ز): للقاضي.

وإنما قلنا ذلك ؛ لأنه لا وصول للقاضي إلى معرفة صدقهم وكذبهم في حقيقة الأمر ، وهذا شيء معلوم قطعًا ؛ لأن الغيب لا يعلمه إلا الله ، ومتى يتصور أن يقفَ القاضي على أن الشهود صدقة أم كذبة ؟ وإذا سقط الوصول وفات الطريق سقط وجوب الوصول ؛ لأن تكليف الإنسان ما ليس في وُسعِه موضوع عنه ، وصار الشرع مكتفيًا في القضاء بوجود بينة هم صادقون في ظاهر علم القاضي لقيام[1] دليل التعديل ، فعرفنا بما بيَّنا أن القاضي قضى بحجة شرعية صحيحة ، وإذا ثبت[2] حجة القضاء حُكم بوجود القضاء ، والقضاء ما يكون له حقيقة ، فدلَّ أن القضاء نَفَذَ حقيقةً .

يبينه: أن القضاء لما وجب بالشرع بشهودهم[3] على هذا الوجه ، وصيانة القضاء عن الإبطال والإهدار واجب ؛ لأن ما أوجبه الشرع يجب صيانته عن الإبطال ، ولا يُوجد مصونًا عن الإبطال إلا بالاكتفاء بهذه الحجة ، وإسقاط الباطن أصلًا ، وتنزيل الوقوف على الظاهر بمنزلة الوقوف على الباطن على معنى أنا نجعل الظاهر بمنزلة الباطن ، والصورة بمنزلة الحقيقة ، ويحمل الأمر على أنه لا باطن لهذه البينة تخالف[4] ظاهرَها ، والعلةُ صيانةُ القضاء ، وهذا بمنزلة القضاء في مسائل المجتهدات ، فإنه ينفذ قضاؤه على مجتهد مثله ، ويلزمه ترك اعتقاده لقضائه[5] ، وإن كان الاجتهاد ليس بحجة للمجتهد على سائر المجتهدين ، وإنما هو حجة له على نفسه لكن نُحكَم

(١) في (ز): بقيام.
(٢) في (ز): تمت.
(٣) في (ز): بشهادتهم.
(٤) في (ز): بخلاف.
(٥) في (ز): لنفوذ قضائه.

بنفوذ قضائه حقيقة، ونجعله حجة على مَنْ قُضي عليه، وإن كان صدّره عن اجتهاد صيانة للقضاء عن الهدر والإبطال، كذلك هذا.

قالوا: وبهذا نعترض على قولكم: إن القضاء لا يزيد على الحجة، فإذا لم يكن للحجة حقيقة وجب أن لا يكون للقضاء حقيقة؛ لأن في هذه الصورة قد زادت على[1] الحجة (من حيث إن)[2] الاجتهاد غير ملزم ترك الاجتهاد له، والقضاء (عنه مُلزم ترك الاجتهاد له)[3].

قالوا: وأما الدليل على أن هذا القضاء قد صادف محله، وذلك لأن القضاء تنفيذ وإظهار على ما قلتم إلا أن[4] في هذه الصورة نقول: القضاء وإن لم يُصب عقدًا و[5] فسخًا موجودًا غيرَ أن التنفيذَ والإظهارَ لما لم يصحّ إلا في عقدٍ[6] وفسخٍ كائن، أثبتنا بالشرع عقدًا وفسخًا وبنينا القضاء عليه ليصح وينفذ.

وإنما فعلنا ذلك؛ لأن العقد الكائن محل القضاء، والشيء يصلح سببًا في إثبات المحل لينفذ ويصح؛ لأن المحالّ بمنزلة الشروط في الأشياء، والشروط أتباع، كذلك المحالّ فيجوز أن يثبت التبع بوجود متبوعه.

قالوا: وهذا بمنزلة ما لو قال لغيره: اعتق عبدك عني على ألف، أثبتنا

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): لأن.
(٣) في (ز): العبارة هكذا: «عنده لزم الاجتهاد».
(٤) في (ز): أنا.
(٥) في (ز): أو.
(٦) في (ز): أو.

البيع ليبتني عليه العتق.

وكما أن في مسألتنا لم يوجد نكاح ولا بيع، كذلك في تلك المسألة لم يوجد تبايع ولكن ثبت؛ لأنا جعلناه تبعًا للعتق في هذه الصورة، وأثبتناه بثبوته بالطريق الذي قدمنا إلا أن في هذه المسألة الحاجة دفعت إلى إثبات [٣٣١/أ] السبب.

وفي مسألتنا وقعت(١) الحاجة إلى إثبات المحل فثبت في الموضعين ما وقعت(٢) الحاجة إليه هذا نهاية كلامهم.

وبهذا الطريق اعترضوا على قولنا: إنه لو ثبت الإنشاءُ لاعتبر شروط الإنشاء.

قالوا: نحن إنما أثبتنا الإنشاء تبعًا، والشروط المعروفة إنما تُعتَبر في الإنشاء ابتداءً، فأمّا فيما ثبت(٣) تبعًا فلا.

ألا ترى أن في البيع لابد من الإيجاب والقبول، ومع ذلك سقط فيما لو قال: اعتق عبدك عني؛ لأنه ثبت تبعًا، فسقط فيه شروط ما ثبت ابتداءً، كذلك هاهنا.

قالوا: وأما مسألة الأملاك المرسلة هناك(٤) لا يمكن تصحيح القضاء؛ لأن(٥) إثبات ملك بلا سبب لا يدخل تحت القضاء.

---

(١) في (ز): دفعت.
(٢) في (ز): دفعت.
(٣) في (ز): يثبت.
(٤) في (ز): فهناك.
(٥) في (ز): فإن.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: عينوا سببًا ؛ لأن الأسباب كثيرة ، فليس تعيين بعض الأسباب بأولى من البعض فسقط الكل.

قالوا: وأما إذا وُجد الشهود عبيدًا ، أو كافرين أو محدودين في القذف ، فهذه الأشياء يمكن الوقوف عليها ، وإصابتها بأعيانها ؛ لأن الطرقَ الموصِلةَ إليها ظاهرة ، فَلِمَ يسقط إصابته وإنما لم يصل إليه القاضي بتقصيرٍ كان منه ، فلم يُعذَر في ذلك[1].

وحرفهم في الانفصال: أن هناك لم تتم الحجة ، وهاهنا تمت الحجة.

وبيان الحالتين ما سبق من قبل ، وقرروا فصل اللعان.

وقالوا: نفذ قضاء القاضي مع علمه بكذب أحدهما ولو عرف حقيقةً لم ينفذ ، ومع ذلك إذا خفي عليه نَفَذَ ، كذلك في مسألتنا.

۞ **الجواب:**

إنا قد بيَّنا أن حجة القضاء مفقودة.

وقولهم: إن الحجة بينة عادلة في ظاهر علم القاضي.

قلنا: هذا القدر حجة جواز القضاء ، وبه نقول.

فأما[2] حجة نفوذ القضاء حقيقة[3] هي[4] بينة لها حقيقة ؛ لأن الحقيقة

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٤٠٥.

(٢) في (ز): وأما.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (ز): فهي.

لا تبتني إلا على الحقيقة.

وأما قولهم: إن الوصول إلى باطن الأمر لا يمكن.

قلنا: هذا مسلم، ولهذا لا يأثم.

فأما تصحيح القضاء حقيقة بحجة لا حقيقة لها، فمن أين؟ قولهم[1]: إنه إذا وجب القضاء وجب أن يتحقق؟

قلنا: وجب القضاء لِمَا قلتم، ولم ينفذ باطنًا لِمَا قلنا، وليس من ضرورة وجوب القضاء نفوذ القضاء حقيقة بدليل الأملاك المرسلة، فعملنا بقدر الدليل، فقلنا لوجود بينة عادلة في ظاهر علم القاضي وجب القضاء، وسقط الإثم.

ولبطلان الحجة في الباطن قلنا: لا ينفذ باطنًا.

وقولهم: إن القضاء يجب صيانته[2] عن الإبطال.

قلنا: بلى، ولكن إذا أصاب حجة شرعية، فأما إذا لم يُصب فلا.

وعذرهم عن الأملاك المرسلة نقول عليه: عيّنوا سببًا وابنوا القضاء عليه.

وقولهم: إن الأسباب كثيرة.

قلنا: وجب أن تعيّن التمليك بالقيمة من بين جميع الأسباب، كما[3]

(١) في (ز): وقولهم.
(٢) في (ز): صيانةً.
(٣) في (ز): كما لو.

استولد الأبُ جارية ابن يتعيّن التمليك بالقيمة من بين سائر الأسباب مع كثرتها، وهذا الاستشهاد واقع في هذا الفصل بغاية.

وعلى أنا نقول: إنما يُصان القضاء عن الإلغاء[1] والإبطال إذا وُجد القضاء، ولم يوجد على ما سبق بيانه.

فأما قولهم: إنا نثبت النكاح ثم نبني عليه القضاء.

قلنا: إثبات نكاح بلا تناكح وُجد كيف يتصور؟

ولأنه لو أنشأ النكاح عليها لا يصح فكيف يُقدّر إنشاء النكاح بقضاء القاضي وطلب المدعي وشهادة الشهود؟ ولو اتفقوا جميعًا على ابتداء النكاح لا يصح؛ لأنه لابد من رضا المرأة، ورضا الولي و[2] تزويجه.

وبهذا فارق المسألة التي أوردوها، وهي إذا قال: اعتِق عبدك عني على ألفٍ؛ لأن الملتمس والمعتِق لو اتفقا على البيع يصح، فأمكن إدراج البيع لينفذ العتق، وفي مسألتنا لم يمكن إدراج النكاح.

ولأن العتق بُني على سرعة الحصول وغلبة[3] الوقوع، فتضمن الاتفاقُ عليه ثبوت سببه ليصح العتق بناء عليه.

واستُثني هذه المسألة من بين سائر المسائل لخاصيّة سرعة[4] في العتق لا يوجد في غيره.

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): في.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): شرعية.

ألا ترى أنه يسري من محل إلى محل بخلاف القضاء.

ونقول أيضًا: تنفيذ الشيء تبع لثبوته حقيقة[١]، فكيف يتضمن التبع متبوعه؟ وإذا تضمن متبوعه يصير التبع متبوعًا، والمتبوع تبعًا.

وعلى أنهم نفذوا القضاء على أنه كان من قبل، فظهر بالبينة، لا على أنه ثبت في الحال.

فإنهم قالوا: لو شهد الشهود في مثل صورة مسألتنا على نكاح حرة أمسِ، وقد تزوج أمتَه[٢] اليوم بطل نكاح الأمة، ولو حُكم بإثبات النكاح في الحال، لم يبطل نكاح الأمة لتقدمه على نكاح الحرة.

وكذلك قالوا: لو شهدوا على شراء الأمة منذ سنة، أو سنتين، أو شراء الأشجار [٣٣١/ب] استحق الزوائد، ولو حُكم بثبوته في الحال لم يستحق الزوائد[٣]، والمسألتان بالعيان[٤] واقعتان.

وأما مسألة القضاء في المجتهدات فقد منعوا لزوم ترك الاجتهاد به.

وعلى أنا وإن سلَّمنا فالقضاء أصاب الحجة والمحل، أما الحجة فهو الاجتهاد، وأما المحل فهو طلاق واقع له وصفان؛ إما البينونة، وإما المراجعة، فينفذ على أحد الوصفين.

ويمكن أن يقال أيضًا: الاجتهاد يقابل الاجتهاد، إلا أنه إذا اتصل

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): أمة.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): بالغتان.

الزواج[1] بأحد الاجتهادين ترجح على الآخر، فوجب ترك الاجتهاد للآخر[2] ليظهر عمل الرجحان.

وأما مسألة اللعان فنقول: هي على أصولهم، فإن عندنا تقع الفُرقة بلعان الزوج من غير قضاء، وعلى أنه أصاب الحجة، وهو اللعان مع اشتباه الحال، وأصاب المحل؛ لأنه إنشاء فرقة فمحله وجود نكاح منعقد بخلاف مسألتنا على ما سبق ذكره.

ويجوز أن يُمنع فيها عن الاجتهاد، والمسألة في غاية الوضوح. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلَة):

المحدود في القذف إذا تاب تُقبل شهادته عندنا[3].

وعندهم: لا تُقبل[4].

❊ لنا:

إن القذف في نفسه جناية موجبة للحد، مثبتة للفسق، والفاسق متى تاب قُبلت شهادته سواء كانت توبته قبل إقامة حد الجناية عليه، أو بعد إقامته عليه

---

(١) في (ز): القضاء.

(٢) في (ز): الآخر.

(٣) المهذب ٢/٣٣١، الأم ٧/٤٥، ٨٩، شرح السنة ١٠/١٣٠.

(٤) الأسرار ص٥٢٧، كتاب الشهادات، مختصر الطحاوي ص٣٣٢، المبسوط ١٦/١٢٥، أحكام القرآن للجصاص ٥/١١٨، فتح القدير ٧/٤٠٢، رؤوس المسائل ص ٥٣٦.

مثل سائر الفساق في سائر الجنايات.

وهذا لأن الفسق قد زال بالتوبة، فزال رد الشهادة المبنى[1] عليه.

والدليل على أن القذف في نفسه جناية فإنهم يمنعون هذا، ويقولون: هو خبر محتمل للصدق والكذب، فلا يكون في نفسه جناية، وإنما يصير جناية عند عجزه عن إقامة البينة على زنا المقذوف.

وتبين بذلك أنه جنى عليه بهتك ستره، وهتك الستر جناية، فأما قبل العجز فيجوز أنه قذف بقصد[2] إقامة البينة عليه، فيكون محتسبًا بالتسبيب[3] لإقامة حد من حدود الله تعالى.

واستدلوا على هذا الأصل بقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾[4]، فقد شرط العجز عن إقامة البينة في وجوب الجلد بالقذف.

وبقوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾[5].

وأما[6] نحن نقول[7]: نفس القذف جناية؛ لأنه إن كان كاذبًا فهو جانٍ بكذبه، وإن كان صادقًا فهو جانٍ بإظهار فاحشته[8]، لا بطريقه الذي أطلق

---

(١) في (ز): المتنبي.
(٢) في (ز): لقصد.
(٣) في (ز): بالسبب.
(٤) سورة النور، آية (٤).
(٥) سورة النور، آية (١٣).
(٦) في (ز): فأما.
(٧) في (ز): فنقول.
(٨) في (ز): فاحشة.

له الشرع، فإن الشرع إنما أطلق إظهار الفاحشة بطريق الشهادة حِسْبَةً لا بطريق القذف.

وخرج على هذا قولهم: إن القذف خبر يحتمل الصدق والكذب.

وأما الآية فنحن نقول: إن ذكر البينة لبيان المخلِّص عن واجب الجناية بالقذف لا لتحقيق الجناية بالقذف، فإن الجناية قد تحققت بنفس القذف على ما بينا.

وأما قوله تعالى: ﴿فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَٰئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾(١) معناه: في حُكم الله الذي يُقَام عليهم من الحد، وعلى أن الآية وردت في قصة الإفك، ونحن نعلم قطعًا أنهم كذبوا على عائشة رضي الله عنها.

ومعنى الآية: أن الله جعل عجزهم عن الإتيان بالشهادة علامة لكذبهم المقطوع به.

يبينه: أنه يستحيل أن لا يكون جانيًا بالقذف، ويصير جانيًا بعجزه عن إقامة البينة؛ لأنه يجوز أن يكون العجز بموت الشهود، أو بغيبتهم، أو بامتناعهم.

ولأن العجز لا يتحقق إلا بالموت كما لو قال: «والله لآتينّ البصرة» لا يحنث إلا قُبيل الموت.

ولأنهم إن لم يُفسّقُوا القاذف بالقذف أصلًا فهو باطل؛ لأنه موجب للحد، وما يوجب الحد لابد أن يوجب التفسيق(٢)، وإن فسّقوه بالعجز فالعجز

---

(١) سورة النور، آية (١٣).

(٢) في (ز): الفسق.

ليس بمخيل في إثبات الفسق.

فإن[١] قالوا عند العجز يتبين أنه فاسق بالقذف[٢] فهو على ما قلنا[٣].

وأيضًا فإن العجز لا يتبين فسقًا بالقذف إذا لم يكن فسق بوجوده لجواز أن يعجز، وهو صادق، ويقدر وهو كاذب.

فإن[٤] قالوا: جانٍ بالقذف بشرط العجز، فقد تكلمنا على هذا، وأبطلنا اعتبار العجز؛ فلأن[٥] القذف في نفسه مخيل في إثبات الفسق، فلا معنى لاعتبار العجز.

وسائر الأصحاب تعلقوا بسائر الجنايات ونفس الزنا بعلة أن القذف جناية أو كبيرة.

وتعلقوا أيضًا بالكافر إذا قَذَفَ وحُدّ، ثم أسلم وهو متعلق حسن من حيث[٦] الإلزام غير أن وجه التحقيق ما قدمناه، وهو كافٍ.

۞ **وأمّا حجّتهم** [٣٣٢/أ]:

تعلقوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا ۚ وَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[٧].

---

(١) في (ز): وإن.

(٢) في (ز): بالكذب.

(٣) في (ز): ما قلناه.

(٤) في (ز): وإن.

(٥) في (ز): لأن.

(٦) في (ز): وجه.

(٧) سورة النور، آية (٤).

وزعموا أن قوله «أبدًا» نص في الذي قلناه.

وأما الاستثناء قالوا: ينصرف إلى ما يليه دون جميع ما تقدم.

واستدلوا على ذلك، وقالوا: انصرف إلى ما تقدم؛ لأنه لا يفيد بنفسه فانصرف إلى ما تقدم ليفيد، وإذا صرفناه إلى ما يليه فقد أفاد، فلا معنى لصرفه إلى ما سواه، بل تُتركُ الألفاظ المتقدمة على عمومها، وشمولها.

واستدلوا أيضًا بالاستثناء من الاستثناء، فإنه ينصرف إلى ما يليه دون جميع ما سبق.

وصورته: إذا قال لفلان علي عشرة إلا ثلاثة إلا درهمين يلزمه تسعة دراهم.

وقد ادّعى بعضهم أن قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾[1] ابتداء كلام، وليس بمعطوف على ما سبق؛ لأن الخبر لا يُعطَف به على الأمر، والفعل لا يُعطف به على الاسم، ولا الاسم على الفعل.

يبينه: أنه تعالى عقب الاستثناء بقوله تعالى: ﴿ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2] والاستثناء إذا عُقّب بجواب بحرف الفاء يكون منقطعًا بمعنى «لكن»، ويذهب معنى حقيقة الاستثناء، مثل قولهم: رأيتُ بني فلان إلا فلانًا فإنه حسن الوجه، فإن معناه: لكن فلان حسن الوجه.

قالوا: وأما الاستثناء بـ«إن شاء الله» فهو داخل على جميع الكلام؛ لأنه

(١) سورة النور، آية (٤).
(٢) سورة النور، آية (٥).

شرط، وليس باستثناء في الحقيقة.

والدليل على دخوله على جميع الكلام دون الاستثناء بكلمة[1]: أنه لو قال لامرأته: «أنتِ طالق ثلاثًا إن شاء الله» لم يقع شيء، وإذا قال: «أنتِ طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا» وَقَعَ جميع الثلاث[2].

واستدلوا من حيث المعنى، وقالوا: إنّ ردّ الشهادة تمام الحد، أو هو في نفسه حد فلا يسقط بالتوبة كالجلد.

وعمدتهم في هذه الدعوى هو التمسك بظاهر الآية، فإن الله تعالى عطف قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا﴾[3] على قوله: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَـٰنِينَ جَلْدَةً﴾[4] وعطفُ الشيء على الشيء يوجب المشاركة في المعنى، والمعنى في الجلد هو الحد الزاجر كذلك المعنى[5] في ردّ الشهادة، و[6] هو الحد الزاجر وقد علقهما بسبب واحد، وَعَطَفَ أحدَهما على الآخر وأخرج الخطاب فيهما مخرجًا واحدًا، مثل قول القائل: «إن فعلت كذا فعليَّ كذا، وعليّ كذا»، ومثل قول القائل لغيره: «إن فعلتَ كذا فعلتُ بك كذا، وفعلتُ بك كذا».

ففي المسألتين يشترك المذكور والمذكور في معنى الجزاء، كذلك في مسألتنا يشترك الجلد، وردّ الشهادة في معنى الحد الزاجر، وهذا لأن صلاحيّة

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) سورة النور، آية (٤).
(٤) سورة النور، آية (٤).
(٥) ليست في (ز).
(٦) ليست في (ز).

الزجر موجودة فيهما فإن رد الشهادة يصلح بها الزجر، فإنه يتضمن تكذبته، وردّ قوله وقطعَ لسانه في[1] المعنى، وإن كان في الجلد أَلَم الجسم، ففي ردّ الشهادة أَلَم القلب، وأَلَم القلب فوق أَلَم الجسم، وإذا تفكّر الإنسان فعلم أن ردّ شهادته[2] (كان بالقذف يرتدع عنه، كما أنه إذا تفكّر فعلم أن جلده)[3] كان لأجل القذف يرتدع عنه بل رد الشهادة بالحديّة[4] أولى؛ لأنه يُقام على آلة الجناية مثل القطع في السرقة يُقامُ على آلة الجناية، وأما[5] الجلد بخلافه[6].

قالوا: وليس[7] يدخل على ما قلنا[8]: الحسم في حق السارق؛ لأنه وإن وَرَدَ الأمرُ به إلا أنه وَرَدَ على طريق المداواة، والإصلاح فلا يصلح حدًّا.

قالوا: وليس[9] يدخل على ما قلنا[10] الفسق؛ لأن ذكر الفسق خبر مبتدأ في الآية، وأما الجلد فهو مأمور به، وَردّ الشهادة مأمور به، وقد عُطفَ أحدهما على الآخر.

وزعموا أن النهي عن قبول الشهادة أمر بالرد فيشارك[11] الجلد في المعنى.

---

(١) في (ز): من حيث.
(٢) في (ز): الشهادة.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): بالحد.
(٥) في (ز): فأما.
(٦) في (ز): فبخلافه.
(٧) في (ز): ولا.
(٨) في (ز): قلناه.
(٩) في (ز): ولا.
(١٠) في (ز): قلناه.
(١١) في (ز): فشارك.

قالوا: وأما الكافر إذا حُدَّ ثم أسلم فأنا نجعل ردّ شهادته تمام حده، وله شهادة على أصلنا، فأنا نقبل شهادته على الكفار، فإذا أسلم فقد استفاد شهادة لم تكن موجودة ولم يتعرض لها الحد وَلا تَمامُهُ فقبلت.

وأما[1] العبد إذا حُد فلم يكن له شهادة فتوقف[2] الأمر إلى أن يصير له شهادة ثم حينئذ يكون ردها من تمام الحد.

قالوا: وأما قبول شهادة المسلم بعد حده في الكفر وإسلامه من بعده إنما قُبِلَ تبعًا لشهادته على المسلمين وقد كانت رُدَّت أصلًا فلم يبطل ثبوتها تبعًا.

❁ **الجواب** [٣٣٢/ب]:

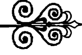
أمّا تعلقهم بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا۟ لَهُمْ شَهَـٰدَةً أَبَدًا﴾.

قلنا: المراد منه ما داموا على الرمي، وهو مثل قول القائل: «لا تصحب هذا الكافر أبدًا»، يعني ما دام على الكفر، ولا تأمنن[3] من هذا العدو أبدًا ومن[4] هذا الخائن أبدًا، يعني ما داما على العداوة والخيانة.

وقد قلتم في مثل هذا في قوله عليه السلام: (المتلاعنان لا يجتمعان أبدًا)[5] أي ما داما على اللعان[6].

---

(١) في (ز): فأما.
(٢) في (ز): فيتوقف.
(٣) في (ز): تأمن.
(٤) في (ز): ولا تأمن.
(٥) رواه الدارقطني في سننه ٣/٢٧٦، سبق الحكم عليه ينظر ٣/٥٠٨.
(٦) اللباب في الجمع بين السنة والكتاب ص ٧٠٨.

وأما[1] عندنا في هذه المسألة إنما لم يجتمعا أبدًا بدليل آخر قام عليه، وهذا جواب معتمد.

وسائر أصحابنا أجابوا بقوله تعالى في آخر الآية: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ وزعموا أنه ينصرف إلى جميع ما تقدم؛ لأن الجُمل إذا عُطف بعضُها على البعض تصير كالشيء الواحد، ونقول[2]: حرف العطف في الأسماء المختلفة بمنزلة حرف الجمع في الأسماء المتماثلة، وهذا لأن الخطاب إنما يظهر المراد به من آخره، فلما قال في آخر الخطاب ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾، دل أن المراد من جملة الخطاب القذفة الذين لم يتوبوا.

والذي ادّعوا أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه، ودلّوا عليه بما دَلُّوا فبطلان ذلك وفساده مذكور في الأصول، وعلى أنا نقول: إن قوله[3]: قد أفاد بصرفه إلى ما يليه.

قلنا: نحن لا نرده إلى ما سبق ليفيد، إنما رددناه إلى ما سبق بدليل آخر.

ثم هو باطل بالاستثناء بـ«إن شاء الله».

وفرقهم ضعيف؛ لأنه وإن كان مذكورًا على طريق الشرط، لكنه يمكن أن يصرف[4] إلى ما يتصل به ولا يصرف إلى جميع ما تقدم.

وأما الاستثناء من الاستثناء إنما صرفناه إلى ما يليه ضرورة؛ لأن

---

(١) في (ز): أما.

(٢) في (ز): ويعود.

(٣) في (ز): قولهم.

(٤) في (ز): ينصرف.

الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات، فإذا صرفناه إلى جميع ما تقدم اجتمع في الكلام الواحد معنى الإثبات والنفي، وهو متضاد، فلهذا صرفناه إلى أحدهما ثم الذي يليه أقرب إليه فيكون أولى.

وقولهم: إن قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ ابتداء.

ليس كذلك، بل هو معطوف به على ما سبق لوجود واو العطف متصلة به، وقد يُعطَف بالاسم على الفعل، وبالفعل على الاسم.

وعلى أن الخبر هاهنا بمعنى الأمر فكأن الله تعالى قال: وفسّقوهم مثل ما قالوا: في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ أن[1] معناه: ورُدُّوا شهادتهم.

والجواب الأول الذي ذكرناه أولًا كافٍ.

وأما قولهم: إن[2] رَدَّ الشهادة من تمام الحد، قول باطل وزعم كاذب؛ لأنه لو كان من تمام الحد في هذه الصورة، وهو في[3] حد القذف لوجب أن يكون تمام[4] الحد في سائر المواضع.

و[5]لأن أوضاع الحدود لا يجوز تغييرها، ووضعُ الحد في الشرع هو الإيلام والإيجاع بالضرب والجلد، فلم يجز أن يُغيِّر[6] وضعه، ويجعل الحد

(١) ليست في (ز).
(٢) ليست في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): من تمام.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): يتغيّر.

بالإيلام والإيجاع إلى الحد بردّ القول.

ثم نقول: إِمّا[1] إن جعلتم رد الشهادة حدًّا بالنّص أو القياس[2]؟.

فإن قلتم بالنص فلا يجوز؛ لأنه لم يُوجَد إلا مجرد العطف، وإنما صح العطف لتعلقهما بسبب واحد، لا لأن أحدهما في معنى الآخر.

وإن قلتم بالمعنى جعلناه حدًّا، فلا يجوز إثبات الحديّة بالقياس.

ولأنه ليس في معناه حتى يُلحقُ به على ما سبق.

ولأن[3] الجلدَ مباشرةُ فعلٍ على طريق النكال والخزي، وأما ردّ الشهادة أمر حكمي يقع شرعًا، ولا يتصوَّر[4] به خزي، ولا نكال، ورُبَّما لا يؤدّي شهادة أبدًا حتى يُردّ.

يبينه: أن التفسيق لم يُجعل من تمام الحد، وهو أقرب إلى المعاقبة من رد الشهادة؛ لأنه أصل، وهذا فرع وهو يتضمن ردّ الشهادة وغيره.

ويقال لهم أيضًا: ما قولكم في الحد الثاني والثالث؟ فإن كَمَل من غير ردّ الشهادة فليكمُل الأول أيضًا، وإن لم يكمُل فإذًا لا يتصوَّر فيه حدٌّ كامل بحال، وهو محال. والله أعلم.



---

(١) في (ز): لا يخلو أما.
(٢) في (ز): بالقياس.
(٣) في (ز): على أن.
(٤) في (ز): يقع.

※ (مَسْأَلَة):

أهل الذمة لا شهادة لهم بحال عندنا[1].

وعندهم: لهم شهادة على جنسهم، ويجب على القاضي قبولها والقضاء بها[2].

❖ لنا:

إنه كافر فلا تكون له شهادة كالمرتد والحربي.

وفقه المسألة: هو أن الشهادة قول يوصف به[3] الصدق يؤدّى على جهةٍ مخصوصةٍ، والصدق فائت عن قول الكافر فلا تكون له شهادة.

والدليل على فوات الصدق من قوله: إن الصدق أمر باطن لا يُعلم إلا بدليل عليه، ودليله معدوم مع الكافر.

وإنما قلنا إن دليله معدوم؛ لأن أول دليل عليه هو الدِّين، فإنه الباعث على الصدق، ولا دِينَ للكافر، فقد عُدم دليل الصدق من هذا الوجه، وإذا عُدم الدليل عُدم الصدق، وإذا عدم الصدق عُدمت الشهادة؛ لما بيَّنا أن الشهادة قول [٣٣٣/أ] هو صدق.

وبهذا الطريق قلنا: إن الفاسق ليس له شهادة إلا أن دليل الصدق هناك هو العدالة، ودليل الصدق هاهنا هو الدِّين، وبهذا المعنى لم يكن له شهادة على المسلم.

---

(١) المهذب ٣٢٥/٢، مغني المحتاج ٤٢٧/٤، أسنى المطالب ٣٣٩/٤.
(٢) الأسرار ص٥٠٧ كتاب الشهادات، المبسوط ١٣٣/١٦.
(٣) ليست في (ز).

ونستدل من وجه آخر فنقول: أهلية الشهادة مفقودة؛ لأن الشهادة لا تثبت إلا لكامل الحال؛ بدليل أن العبد لا شهادة له لنقصان حاله، والأنثى ليست لها شهادة مطلقة لنقصان حالها، والسبب في ذلك أن الشهادة (مَرْتَبة سَنِيَّة وهي)[1] نهاية ما يستفيده الإنسان من الكرامات في الدنيا، وذلك نفوذ قوله على غيره، وهي أيضًا تُودّى بوصف القُربة والطاعة لله تعالى.

ألا ترى أن أداءها حسبة بدليل أن الاستئجار عليها لا يجوز، ويُندَب إلى تحملها لله تعالى، وإلى إقامتها لله تعالى، فثبت بما قلنا إنها نهاية في الكرامة فلا يستفيدها إلا كامل الحال، والكفر نهاية في نقصان الحال.

❁ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: الكافر من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة.

دليله: المسلم.

ودليل أنه من أهل الولاية: أنه يزوج ابنته الصغيرة من مسلم أو كافر فيجوز، ولا خلاف في هذا، والمنع خرقُ الإجماع، وقد نص الشافعي على ثبوت الولاية في مواضع.

وأما بيان صحة الاستدلال بالولاية على الشهادة فلأن الشهادة عين الولاية؛ لأنها نفوذ قول الإنسان على الغير كالولاية سواء.

يبينه: أن الشهادة حجة نصبها الشرع لحاجة الناس[2] إليها، والحاجة

---

(١) في الأصل: شبه، وما أثبتناه من (ز).

(٢) في (ز): الإنسان.

ماسّة إلى قبول شهادة الكفار[١]؛ لأنا إذا لم نقبل[٢] أدّى إلى تَويّ حقوقهم، وحقوقهم محترمة محفوظة مثل حقوق المسلمين، وهذا لأن لهم ذمة الله وذمة رسوله، وكما يجب حفظ حرمة الدِّين حتى لا تُهتَك فيجب حفظ حرمة الذّمة حتى لا تُخفر.

والدليل عليه: أن المسلمين كما يجب عليهم الذَّب عن المسلم[٣] يجب عليهم الذَّب عن أهل الذمة، وهذا فيه[٤] الإجماع[٥]، فثبت أن حقوقهم محفوظة محترمة شرعًا، ومن حفظ حقوقهم أن تقبل شهادتُهم لبعضهم على البعض؛ لأنا[٦] نعلم قطعًا أنه يقع بينهم معاملات ومناكحات وأسباب مثل ما يقع بين المسلمين، ولا يحضرها المسلمون في العادات.

ولأن المسلمين نهوا عن مخالطتهم وأمروا بالاعتزال عنهم، وأن لا تَتَراءَا نارهما[٧]، فإذا لم تقبل شهادة بعضهم على بعض، وقد وقعت الحاجة لهم إلى ذلك تَوِيَت حقوقُهم وأملاكُهم، وهذا الإتواء حرام في الإسلام دل أن القبول واجب.

---

(١) في (ز): الكافر.

(٢) في (ز): نقبلها.

(٣) في (ز): المسلمين.

(٤) في (ز): ثبت فيه.

(٥) لم أجده في مظانه ولكن روى البيهقي في سننه ٩/٢٠٦ عن عمر ﵁ أنه قال «وأوصى الخليفة من بعدي بأهل الذمة خيرًا أن يوفى لهم بعهدهم وأن يقاتل من ورائهم وأن لا يكلفوا فوق طاقتهم» ا. هـ. وينظر المغني ١٣/٢٥٠.

(٦) في (ز): لأنه.

(٧) في (ز): نارهم.

قالوا: وليس يلزم قبول شهادتهم على المسلمين.

أما على الطريقة الأولى فلأنا أثبتنا الشهادة بدليل الولاية، ولا ولاية للكفار على المسلمين فلا شهادة لهم أيضًا على المسلمين بخلاف المسلمين، فإن لهم ولاية على الكفار في الجملة بدليل القضاة[1]، فلهم شهادة عليهم.

وعلى الطريقة الثانية قالوا: الحاجة غير واقعة إلى قبول شهادة الكفار على المسلمين لوقوع الغُنية عنها بالمسلمين، فلا[2] غُنية في قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض من الوجه الذي بيَّنّا[3] ولأنهم لم يُنهَوا عن مخالطة المسلمين بل أمروا بمخالطتهم وسماع كلامهم، وتعرُف أحوالهم ليكون ذلك باعثًا لهم على الإسلام، فلهذا قُبل[4] شهادة المسلمين عليهم.

قالوا: وأما قولكم: إن الشهادة قول هو صدق، ودليل الصدق مفقود من[5] قول الكفار.

قلنا: لا، بل هو موجود، وهو اعتقاده دينًا هو حق على زعمه، وذلك الاعتقاد معتَبَر في أحكام كثيرة من الشرعيات على اختلاف المذهبين.

والدليل عليه: صحة مناكحتهم على خلاف شرائط الإسلام بناء على عقائدهم، وكذلك سقوط حد الشرب، وتقريرهم على ما يعتقدونه من غير تعرض لهم في ذلك.

(١) في (ز): القضاء.
(٢) في (ز): ولا.
(٣) في (ز): بيناه.
(٤) في (ز): قبلت.
(٥) في (ز): في.

وحرفهم المعتمد عليه: أن الدِّين والعدالة لم تعتَبر لعينها، وإنما اعتبر لنفي التهمة عن القول[1]، فإن مَنْ ارتكب محظور دينه مع اعتقاده حرمته يُتَّهم في ارتكاب شهادة الزور، وهذه التهمة تنتفي بكون أحواله موافِقة لمواجب دينه على زعمه سواء كان ذلك الدِّين حقًّا أو باطلًا بل يكون دينه الذي يلازمه ويعتقد حقيقته ويجري على مواجبه [٣٣٣/ب]، ويزعم أنه سبب نجاته باعثًا له على الصدق وقول الحق.

قالوا: وعلى هذا كان ينبغي أن تُقبل شهادتهم على المسلمين إلا أنا لم نقبل لشرف الإسلام وصيانةً لمحل الدِّين الحق أن يجري عليه صورة ولاية من كافرٍ بقبول شهادة له عليه، وهذا مثل النكاح، فإن الكافر من أهل النكاح على الإطلاق مثل المسلم إلا أنا لم نجوّز نكاح الكافر للمسلمة؛ لإظهار شرف الإسلام ولصيانة هذا المحل عن استفراش كافرٍ له.

قالوا: وأما قولكم: إن قبول الشهادة وأهليتَها يستدعي كَمَالَ حال.

قال: نعم، ولكن بقدر ما يستدعي الكمال[2] قد وُجد هاهنا، وهو الحرية، والعقل، والبلوغ، واعتقاد دين هو حق على زعمه.

ثم نقضوا بالولاية، وهي إلزام معتمد على هذه الطريقة.

وقد استشهدوا على جميع ما قالوه بأهل الأهواء والبدع، فإن شهادتهم مقبولة مع اعتقادهم الباطل بالمعنى الذي بيَّنّا.

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إن في قبول شهادة الكفار إلزام القاضي

(١) في (ز): القبول.

(٢) زيادة من (ز).

القضاء بشهادة الكفار[١]، فيكون مثل شهادتهم على المسلمين؛ لأن هذا ليس بإلزام شهادتهم[٢] إنما هو بانتصابه قاضيًا، وقعوده في دست[٣] القضاء بنصب الإمام إياه في ذلك، فيكون اللزوم بالشرع لا بشهادتهم.

وهذا كما نقول في الدعوى؛ فإن دعوى الكافر على المسلم مسموعة، ويجب على القاضي الإصغاء إليها مثل ما يجب في دعوى المسلمين، وكذلك سماع الحجة، ولكن قُبِلَ الوجوب؛ لما بيّنّا، كذلك هاهنا.

وقد احتج كثير منهم بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ﴾[٤] الآية.

وفي قبول شهادة الكفار على المسلمين قبول شهادة بعضهم على بعض قطعًا.

وقالوا: نسخُ أحدهما لا يوجب نسخ الآخر؛ لأنه عرف قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض من هذه الآية بطريق الأولى، فنسخُه لا يوجب نسخَه، ويصير كنصّين؛ نسخُ أحدهما لا يَنْسَخ الآخر.

ونظيره قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفّٖ وَلَا تَنۡهَرۡهُمَا﴾[٥]، فإن هذا تضمن تحريم الشتم، والضرب من طريق الأولى فلو قدّرنا نسخ التأفيف لم

---

(١) في (ز): الكافر.

(٢) في (ز): بشهادتهم.

(٣) الدست: من الثياب ما يلبسه الإنسان. ينظر: المصباح مادة (الدست) ص١٩٤. والمقصود هنا: قعوده في ثوب القضاء وتلبسه به.

(٤) سورة المائدة، آية (١٠٦).

(٥) سورة الإسراء، آية (٢٣).

يصر الشتم والضرب منسوخًا.

❁ **الجواب:**

قلنا: أما تعلقهم بالولاية مُنِعت، والمذهب التسليم.

ونقول: قياس الشهادة على الولاية باطل؛ لأنهما سببان مختلفان سببًا ومحلًّا وحقيقة.

أما السبب فإن سبب الولاية القرابة، وسبب الشهادة كون الشخص حرًّا عاقلًا بالغًا عدلًا، ومحل الولاية القرابة الخاصة، ومحل الشهادة على العموم، وحقيقة الشهادة: إخبار عن حق واجب سابق خفي على الناس، فيكشفه الشهود، والولاية إنشاء تصرف.

ثم الجواب على الطريقة الأولى ـ وهي الطريقة المعتمدة ـ سهل[1] جدًّا، وذلك لأنا قلنا: إن الشهادة لم توجد؛ لأنها[2] قول صدق على جهة مخصوصة، ووصف مخصوص، وقد فات الصدق في قول الكافر فخرج عن كونه شهادة.

وأما الولاية إنشاء تصرف في محل، وليس في معرض الصدق والكذب حتى يقال: إنه قد فات بعدم الدين.

وعلى الطريقة الثانية، وهي اعتبار كمال الحال نقول: إنما أثبتنا الولاية للكفار لضرورةٍ[3]، وهي أن الولاية للمسلمين عليهم معدومة، فإذا لم تثبت

---

(١) في (ز): سهل لهم.
(٢) في (ز): لأنه.
(٣) في (ز): ضرورة.

لبعضهم على بعض أدّى إلى مفسدة عظيمة، وهي فساد مناكحاتهم، وفي فساد مناكحاتهم فساد أنسابهم، وفيه ما فيه على ما عُرف، وقد نص الله تعالى على إثبات الولاية لبعضهم على بعض، فقال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[١].

ونص الله تعالى على تكريم المسلمين بالشهادة بقوله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا۟ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ﴾[٢]، وهذا ينفي ثبوت الشهادة للكفار لتتحقق كرامة المؤمنين.

وأما اعتراضهم على قولنا: إنه فات دليل الصدق من قول الكافر، وادعاؤهم أن الصدق موجود.

قلنا: دليل الصدق هو الدِّين، ولا دين لهم؛ إذ لا دين سوى دين الإسلام بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ﴾[٣].

ثم نقول: الكافر وإن كان يعتقد أن دينه [٣٣٤/أ] هو الحق عند الله تعالى، وقد جرى على وفاق[٤] مواجب دينه، ولكن قد نُزِّل جميع الكفار منزلة المعاندين المتعنِّتِين، وأُجروا مجرى مَنْ ظهر له الحق ولم يقبله كان ذلك لما[٥] أقام الله تعالى من الدلائل القطعية على دين الإسلام وَنَصَبَ من البراهين عليه ما لم يترك لأحد معها موضع علة[٦] وجعلها كالمكشوفة الظاهرة

(١) سورة الأنفال، آية (٧٣).
(٢) سورة البقرة، آية (١٢٣).
(٣) سورة آل عمران، آية (١٩).
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): بما.
(٦) في (ز): عذر.




لهم ونزلهم منزلة مكابرٍ عارفٍ للحق تاركٍ إياه.

ولهذا لم يُعذر بالجهل، ولولا ما قلناه لَعُذِرَ بالجهل، ولهذا لا يُمهَل وإن طلبَ المُهلة، بل يُسلِم أو يقتل، ولهذا يجوز قتلهم ابتداء، وكذلك يجوز البيات والغارات والرمي بالنيران[1] وإهلاكُهم بأيّ وجهٍ وقعت عليه القدرة.

وأجمعَ أهل الإسلام على أن الكافر المعاند لا تُقبل شهادته لفوات دليل الصدق من قوله، وخرج أهل الأهواء على هذا؛ لأن مَنْ نكفّره منهم لا تقبل شهادتهم، وَمَنْ لم نكفره إنما لم نكفره؛ لأنه بقي له موضع تأويل من الكتاب والسنة والتأويل عذر فلم يُنزل منزلة المعاند المتعنت.

فإن قالوا[2]: لو كان كذلك لجُعلوا بمنزلة المرتدّين.

قلنا: أجمعت الأمة على أنهم منزلون كما قلنا.

وأما حكم المرتد فهو حكم مَنْ قَبِلَ الإسلام وَتَرَكَه، ونحن لا ندّعي أن أمر الكفار على هذا التنزيل، لكن نقول على تنزيل مَنْ عرف الحق ولم يقبله، وهذا غير والأول غير.

وأما الذي قالوا: إن الحاجة وُجدت في قبول شهادة الكفار بعضهم على بعض.

قلنا: لا وَكَلاّ، فإن الحاجة صارت مندفعة بقبول شهادة المسلمين عليهم.

---

(١) في (ز): النار.

(٢) في (ز): قيل.

أما الذي قالوا: من أن المسلمين لا يطّلعون على معاملاتهم ومناكحاتهم.

قلنا: إن كان في العادة كذلك لكن يسهل اطلاع المسلمين عليها، وإذا سهل اطلاعهم عليها اندفعت الحاجة، وينبغي أن يُشهِدوا المسلمين إن أرادوا المرافعة إلى قضاة المسلمين، و(هم بسبيلٍ)[1] من ذلك، والمسلمون مندوبون إلى التحمل والأداء مثل ما في حق المسلمين، فثبت أن طريق إحياء حقوقهم سُهِّلَ[2] عليهم، وأن الحاجة مدفوعة.

وقد أجمعت الأمة على أن الشهادة واجبة على القتل والسرقة وقطع الطريق[3] وأمثال ذلك، وإن كانت عامّة هذه الأشياء يعسُر اطلاع الشهود عليها، ولكن اعتُبر مجرد التصور، فهاهنا لأَنَّ يُعتبَر سهولة الأمر في الإشهاد أولى وأحرى. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْألة):

تقبل شهادة أحد الزوجين لصاحبه عندنا[4].

وعندهم: لا تقبل[5].

---

(١) في (ز): هو أسهل.

(٢) في (ز): يسهل.

(٣) ينظر التهذيب ٧/٤٠٤، ٣٨٧، ٣٣٧، المغني ١٢/٤٦٣، ٣٦٢.

(٤) المهذب ٢/٣٣١، النكت للشيرازي ورقة ٣٠٢/ب، روضة الطالبين ١١/٢٣٧، مغني المحتاج ٤/٤٣٤.

(٥) الأسرار ص٥٧٠، كتاب الشهادات، مختصر الطحاوي ص ٣٣٥، المبسوط ١٦/١٢٢، تبيين الحقائق ٤/٢١٩، أحكم القرآن للجصاص ٢/٢٤٢، رؤوس المسائل ص ٥٣٠.

لنا: أن شهادة كل واحد منهما لصاحبه مقبولة قبل النكاح، فلو رُدّت رُدّت بالنكاح، وهذا لا يجوز؛ لأنه عقد من العقود، فلا يمنع قبول شهادة كل واحد من المتعاقدين لصاحبه كسائر العقود.

وتحقيقه: أن العقد يُعقَدُ لحكمٍ، ويُعتَبر لحقٍ، فكل ما ليس من حقوق العقد وأحكامه يُجعل العقد فيه بمنزلة المعدوم، والشهادة معنى ليس للعقد تعلق به، لا من حيث الحكمية ولا من حيث الحقيّة[1]، فيُجعل[2] بمنزلة المعدوم فيه، وإذا جعلنا[3] كذلك فلابد من قبول الشهادة كما تقبل قبل النكاح.

يدل عليه: أن شهادة كل واحد من الأخوين لصاحبه تُقبَل، وذلك السبب أقوى[4] من هذا السبب، وشأنه[5] أبلغ، ثم الأُخوة إذا لم تمنع قبول الشهادة فالنكاح أولى.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: كل واحد في الشهادة[6] على[7] صاحبه[8] متَّهم، وشهادة المُتَّهم لا تُقبَل؛ لأنه وَرَدَ في الخبر الذي ذَكَر فيه من تُرَد شهادته، (ولا ظِنين في ولاء أو قرابة)[9] أي متهم.

---

(١) في (ز): الحقيقة.

(٢) في (ز): فجعل.

(٣) في (ز): جعلناه.

(٤) في (ز): أحكم.

(٥) في (ز): وبيانه.

(٦) في (ز): شهادته.

(٧) ليست في (ز).

(٨) في (ز): لصاحبه.

(٩) ذكره أبو عبيد في غريب الحديث ١٥٣/٢، ١٥٥، ومعناه: الذي يتهم بالدعاوة إلى غير أبيه،=

وبيان التهمة في مسألتنا: أن منافع الأملاك بينهما متصلة، فإن كل واحد ينتفع بمال صاحبه في العرف والعادة من غير منع.

وربما يقولون: لكل واحد بَسُوطة[١] يد في مال صاحبه، وهذا يُعلم[٢] بالعادات.

ألا ترى أن كل واحد منهما يتجمّل، ويتزين بمال صاحبه، وربما يُعدّ غنيًّا بماله، ومن هذا المعنى قوله تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغۡنَىٰ﴾[٣] قيل: أغنى بمال خديجة، فتمكنت التهمة في هذه الوجوه وبعض هذه الوجوه كافٍ في التهمة فكيف جميعُها؟ وصار[٤] أمر الزوجين كأمر الولد والوالدين[٥] إذا شهد أحدهما لصاحبه؛ فإنه لا يقبل لما بيَّنا، كذلك هاهنا.

قالوا: وليس كالأخوين [٣٣٤/ب]؛ لأن منافع الأملاك بينهما غير متصلة، وليس الحال بين الأخوين بحيث ينتفع كل واحد منهما بمال صاحبه إلا في النادر، بخلاف الزوجين على ما سبق، وليس كالصّديقين؛ لأن منافع الأملاك بينهما أيضًا غير متصلة؛ ولأن الصداقة ليست بعقد شرعي حتى تُعتبر في حكم شرعي بالإيجاب أو بالإسقاط بخلاف النكاح.

يدل عليه: أن الزوجين في الشرع بمنزلة شخص واحد؛ لأن النكاح

= والمتولي غير مواليه، قال أبو عبيد: وقد يكون أن يتهم في شهادته لقريبه كالوالد للولد، والولد للوالد. التقريب ٢/١٥٥.

(١) في (ز): منهما.

(٢) في (ز): مما يُعلم.

(٣) سورة الضحى، آية (٨).

(٤) في (ز): فصار.

(٥) في (ز): الوالد.

للسكن والازدواج، فهما في هذا المعنى بمنزلة زوجي خفٍ ومصراعي باب، وإذا صارا كشخصٍ واحدٍ تصير شهادة كل واحد لصاحبه بمنزلة شهادته لنفسه من وجهٍ.

❁ **الجواب:**

إن التهمة غير معتبرة بدليل أن العدالة تنفي التهمة، فإن ألزموا الأب مع الابن لا تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه وإن كان عدلًا.

قلنا: إنما لم تقبل الشهادة؛ لأن بالبعضيّة التي بينهما يصير كل واحد منهما شاهدًا لنفسه من وجه، بخلاف مسألتنا فإنه لا بعضيّة فيكون شاهدًا لغيره من كلِّ وجه، وعلى أنهم مطالَبون ببيان[1] سبب التهمة.

وقولهم: إن منافع الأملاك بينهما متصلة.

قلنا: لا، بل الأملاك متباينة، ومنافع الأملاك متباينة.

وعلى القطع نقول: إنه لا يجوز أن تنتفع بماله إلا بإذنه.

وأما قولهم: إن له بسط يد في مال صاحبه.

قلنا: إن اعتبر الشرع فلا، وإن اعتبر العادة فيبطل بالصّديقين.

وقيل: صديقُك إنسان[2] هو أنت إلا أنه غيرك[3].

ويقال: القرابة تحتاج إلى الصّداقة، والصّداقة لا تحتاج إلى القرابة.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): كإنسان.

(٣) في (ز): في الشخص غيرك.

ويقال: عزلُ الأخوة ألطف من عزل الصّداقة.

وقولهم: يُعَدّ غَنِيًّا من مال صاحبه.

قلنا: لا يُعدّ، ومن فعل هذا فهو يدهَن رأسَه من قارورة فارغة.

وأما الآية (قلنا: المراد بها)[1] غِنَى القلب.

وقيل: إن خديجة كانت وهبت مالها للرسول ﷺ ورضي عنها.

وأما قولهم: إن الزوجين يصيران كشخصٍ واحدٍ.

قلنا: لا نُسلِّم، والنكاح من ضرورته أن يوجد بين شخصين، فلم يتصور أن يُجعلا بمنزلة شخص واحد، وإن جاز مثل هذا في الزوجين جاز أن يُجعَل في كل متعاقِدَينِ في العالم.

والدليل على أن هذا التنزيل باطل: أنا أجمعنا على أن مَنْ زنى بجارية امرأته يجب عليه الحدّ، ولو جُعلا بمنزلة شخصٍ واحدٍ وجب[2] أن يقال: في هذه المسألة لا يجب الحدّ، ويصير بمنزلة مَنْ وطء جارية نفسه من وجه، (فوجب أن لا يجب الحدّ)[3]. والله أعلم بالصواب.



(١) في (ز): فنقول المراد بالغني هو

(٢) في (ز): لَوَجَبَ.

(٣) في (ز): وهذا لا قائل به.

※ (مَسْأَلَة):

يجوز القضاء بالشاهد واليمين عندنا[١].

وعندهم: لا يجوز[٢].

والمعتمد لنا: السّنة (الغراء الزهراء)[٣]:

روى عبد العزيز[٤] بن محمد، عن ربيعة[٥]، عن سهيل بن أبي صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة أن النبي ﷺ (قضى باليمين والشاهد)[٦].

وكذلك رواه جعفر[٧] بن محمد، عن أبيه[٨]، عن جابر، عن النبي[٩].

---

(١) المهذب ٢/٣٣٥، الأم ٧/٨٦، النكت للشيرازي ورقة ٣٠١/أ، روضة الطالبين ١١/٢٧٨، مغني المحتاج ٤/٤٤٣، معالم السنن ٤/٣٣، شرح النووي على مسلم ١٢/٤.

(٢) الأسرار ص ٧٠٩، كتاب الشهادات، مختصر الطحاوي ص ٣٣٣، شرح معاني الآثار ٤/١٤٨، أحكام القرآن للجصاص ٢/٢٤٧، المبسوط ١٧/٢٩، تبيين الحقائق ٤/٢٩٤، رؤوس المسائل ص٥٣٥.

(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٤) عبد العزيز بن محمد الدراوردي أبو محمد الجهني مولاهم المدني صدوق كان يحدث من كتب غيره، فيخطئ، قال النسائي: حديثه عن عبيد الله العمري منكر، من الثامنة مات سنة ١٧٧هـ، وروى له أصحاب الكتب الستة، ينظر: التقريب ص ٢١٦.

(٥) ربيعة بن أبي عبد الرحمن التيمي مولاهم أبو عثمان المدني المعروف بربيعة الرأي واسم أبيه فروخ، من الخامسة مات سنة ١٣٦هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ١٠٢.

(٦) رواه أبو داود في سننه ٤/٣٤ مع المعالم، كتاب الأقضية، وابن ماجه في سننه رقم ٢٣٦٩، والترمذي في سننه ٦/٨٩، ٩٠ مع العارضة، أبواب الأحكام.

(٧) جعفر بن محمد بن علي بن الحسن بن علي بن أبي طالب تقدم.

(٨) أبوه: محمد بن علي بن الحسن.

(٩) رواه ابن ماجه في سننه رقم ٢٣٦٩. والترمذي في سننه ٦/٩٠ مع عارضة الأحوذيّ،=




وكذلك رواه سيف[1] بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي عليه السلام[2].

وفي بعض هذه الروايات (قضى بشاهد واحد ويمين صاحب الحق)[3].

وفي رواية جعفر بن محمد: وقضى بها عليٌّ بين أظهُركم، يقوله: لأهل العراق[4].

وقد رَوى هذه السنة بضعة عشر نفرًا من الصحابة عن النبي عليه السلام[5]، ولا مطمع لهم في تأويل هذا الخبر، وقد تكلَّف بعضهم في تأويله ما يضيع الوقت بذكره، وذكروا عليه أيضًا ما نذكره في كلماتهم.

وأما الكلام من حيث المعنى فلا ينبغي أن يُعتمد عليه ابتداء، فإن المعتمد هو السنة ولكن نذكر ما يُعارَض به كلامُهم.

ويمكن أن يقال: المدّعي أحد المتداعيين فيكون اليمين حجة له،

= الأحكام، القضاء باليمين والشاهد.

(١) سيف بن سليمان المكي أو ابن أبي سليمان المخزومي، ثقة، ثبت، رمي بالقدر سكن البصرة أخيرًا، ومات بعد سنة خمسين من السادسة، روى له البخاري في الأدب المفرد، ومسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه. ينظر: التقريب ص١٤٢.

(٢) رواه مسلم في صحيحه ١٢/٤ مع النووي، كتاب الأقضية.
وأبو داود في نفسه ٤/٣٣ مع المعالم رقم ٣٩٠٨.
وابن ماجه في سننه رقم ٢٣٧٠.

(٣) رواه الدارقطني في سننه ٤/٢١٢.

(٤) رواه الدارقطني في سننه ٤/٢١٢.

(٥) ينظر: سنن الدارقطني ٤/٢١٢ ـ ٢١٣، سنن الترمذي ٦/٩٠ مع العارضة، نصب الراية ٤/٩٧، نقلًا عن ابن عبد البر.

دليله: المدّعَى عليه.

واعلم أن التعليل لكون اليمين حجة في هذا الجانب قياسًا على الجانب الآخر، والتعليل صحيح في كل موضع أمكن التعليل، فإذا صح التعليل لكون اليمين حجة ففي أيّ موضعٍ استُعملت هذه الحجة عَمِلَت بوفق الحاجة، فإن كانت الحاجة في النفي عَمِلَت في النفي، وإن كانت الحاجة(١) إلى الإثبات عَمِلَت في الإثبات.

ألا ترى أن البيّنة عَمِلَت في الإثبات والنفي، وبيانه في الإثبات معلوم.

وأما النفي فصورته إذا ادّعى المودَع الردّ وأقام البينة، أو حلف يقبل كلاهما، وهما على النفي في هذا الموضع وهو نفي الضمان.

۞ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا(٢) إلى قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾(٣).

والاستدلال المعتمد من وجهين:

أحدهما: أنه تعالى قال: ذلك ﴿وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓا۟﴾، فجعل المذكور أدنى حجة لا تقع فيها ريبة، دلّ أنّ الشّاهد واليمين حجّة فيها ريبة، والحجّة المرتابة فيها غير مقبولة.

---

(١) في (ز): الحجة.

(٢) في (ز): تمسكوا.

(٣) سورة البقرة، آية (٢٨٢).

والوجه الثاني: أنّ الله تعالى أخرج الخطاب مخرج الحصر لوجوه الحجة، مثل قول القائل: جَالِس الحسنَ أو ابنَ سيرين، ويقول أيضًا: اتجر في الطعام أو البُرّ.

وإذا تضمَّنت الآية حصر الحجة في[1] الوجهين المذكورين خرج غيرهما من[2] كونه حجة.

قالوا: وأما الأخبار فهي أخبار آحاد تضمَّنت الزيادة على نص الكتاب، والزيادة على نص الكتاب نسخ كما ذكروا[3] من قبلُ.

ووجهُ الزيادة: أن الآية لما خرجت مخرج حصر الحجة، فلا شكّ أن الزيادة تكون نسخًا.

ولأنه تعالى خيّر بين شيئين، فإذا ضَمَمْنا إليهما ثالثًا زدنا؛ لأن الزيادة على التخيير لا تكون إلا بضم ثالث إلى اثنين، أو بضم رابع إلى ثلاثة، ويتحقق النسخ بهذا الوجه؛ لأنه إذا كان مخيرًّا بين اثنين لا يجوز تركهما (جميعًا إلى شيء آخر)[4]، وإذا[5] ضُمَّ ثالث[6] إلى الاثنين تغيّر الحكم الأول على معنى أنه كان لا يجوز ترك الاثنين جميعًا وإنما كان يجوز ترك أحدهما إلى الآخر، والآن يجوز ترك الاثنين جميعًا إلى الثالث.

---

(١) في (ز): من.
(٢) في (ز): عن.
(٣) في (ز): ذكرنا.
(٤) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٥) في (ز): فإذا.
(٦) في (ز): ثالثًا.

ويحتجون أيضًا بحديث الكندي والحضرمي، وقول النبي ﷺ: (لأحدهما شاهدَاك أو يمينه ليس لك إلا ذاك)[1].

ورووا عن النخعي والزهري أنهما قالا: أوَّل مَنْ قَضَى بالشاهد واليمين معاوية[2].

وأما المعنى قالوا: الحجج لا تعرف إلا بالشرع، وكذلك مواضعُها، فإن القياس لا يهتدي إلى إثبات الحجج أصلًا، وإذا كانت الحجة تُعرف بالشرع، فنقول: الشارع وهو النبي ـ صلى الله عليه ـ وضع البيّنة حجة في جانب المدّعي، ووضع اليمين حجة في جانب المدَّعى عليه.

قالوا: فإذا[3] قلتم: إن اليمين حجة في جانب المدّعي، فإما أن تقولوا: هي حجة في هذا الجانب بالنص أو بالقياس على جانب المدَّعَى عليه.

فإن قلتم: حجة بالنص فقد تكلَّمنا على النّص.

وإن قلتم حجة بالقياس فقياس جانب المدَّعي على جانب المدَّعى عليه باطل؛ لأنه إنما يُلحق به إذا كان في معناه، ويُثبت ما تثبتُه اليمين في ذلك الجانب، وليس في معناه؛ لأن المدَّعى عليه نافٍ، والمدّعي مُثبت، والنافي لا يكون (مثل المثبت)[4]، ولا المثبت مثل النافي؛ لأنه لا مشابهة بين

(١) رواه البخاري في صحيحه ٥/٢٨٠، كتاب الشهادات، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحود.

(٢) ينظر: مصنف ابن أبي شيبة فقد ذكره عن الزهري ٧/٢٩٨، برقم (٣٢٢٦)، وكذا الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٤٨.

(٣) في (ز): إذا.

(٤) في (ز): مثلًا للمثبت.

الإثبات والنفي.

وهذا لحقيقةٍ: وهي أن اليمين ليست بحجة إثبات الملك في جانب المدّعى عليه، إنما هي حجة قطع الخصومة في الحال، بدليل أن القاضي لا يقضي بالملك للمدعى عليه بيمينه.

ألا ترى أن المدَّعِي بعد يمين المدعى عليه متى جاء بالبينة سُمِعت (وقُضِي له بالحق)[1] ولو كان القضاء حصل بالمِلك للمدَّعَى عليه لم يُقَض للمدّعي ببينته؛ لأنه يكون نقضًا لما قُضي به، فثبت أن اليمين ليست بحجة الملك في جانب المدَّعَى عليه فلا يكون حجة الملك في جانب المدعي قياسًا عليه؛ لأن حجة قطع الخصومة لا تكون حجة المِلك.

وربما يقولون يمين المدَّعَى عليه حجة في إبقاء ما كان على ما كان، لا في إثبات أمر لم يكن، وإبقاء الشيء على ما كان أهون وأيسر من إثبات أمر لم يكن، فلا يدل ثبوت أحدهما على ثبوت الآخر.

وحرفهم في هذا كله: أن اليمين في جانب المدَّعَى عليه حجة شرعية في موضع مخصوص، فلا يُجعَل حجة في موضع آخر إلا أن يكون مثله أو دونه، فأما إذا كان[2] فوقه فلا يجوز أن يُلحَق به.

ألا ترى أن شهادة النساء مع الرجال لما كان حجة في الأموال، وما في معناها لم يكن حجة في غيرها من الحدود والقصاص أو النكاح والطلاق والعتاق عندكم؛ لأنه ليس في معنى الأموال، وكذلك ما يطلع عليه (الرجال

(١) في (ز): وقضى القاضي له.

(٢) في (ز): كان فوقه.

مع ما)[١] لا يطلّع عليه الرجال.

قالوا: وأما تعلقكم بوجود شهادة الظاهر بشاهدٍ واحدٍ فلا يصح؛ لأن شهادة الظاهر تجعل اليمين حجة في قطع الخصومة، لا في إثبات الملك.

وعلى أن شهادة الظاهر بوجود شاهدٍ واحدٍ لا يكون مثل شهادة الظاهر باليد.

ألا [٣٣٤/ب] ترى أن الملك الظاهر يوجد مع اليد لصاحب اليد، ولا يوجد لصاحب الشاهد الواحد بحال، وإذا لم يكن مثله لا[٢] يُلحق به.

قالوا: وأما مسألة الوديعة فإنما قبلنا بينة المودَع على ردِّ الوديعة؛ لأنها قد أصابت صورة إثبات فَقُبِلَت البينة لهذا المعنى.

وتحقيقه: بالتخريج على ما ذكروا، وهو أن البينة في هذه المسألة قامت على شيء هو دون ما وُضع[٣] له البينة، فإنها وُضعت للإثبات، وفي هذه الصورة قُبلت على النفي، وأما في مسألتنا تُقبل اليمين عندكم على شيء هو فوق ما وضعت له اليمين على ما سبق بيانه.

ويستدلون بمسألةٍ، وهي: (أنه لو)[٤] شهد امرأتان وحلف مع ذلك لا يثبت الحق، كذلك في الرجل وجب أن يكون الحكم كذلك؛ لأنهما في الشرع واحد.

---

(١) في (ز): النساء مما.

(٢) في (ز): فلا.

(٣) في (ز): وضعت

(٤) ليست في (ز).

۞ **الجواب:**

أما تعلقهم بالآية.

قلنا: الآية وردت[1] في بيان الحجة التي هي الشهادة، وعندنا الحجة في مسألتنا هي اليمين لا الشهادة، إلا أنها حجة حالةٍ مخصوصة، وإذا عرفتَ هذا من المذهب سهُل الكلام على وجهي استدلالهم بالآية.

أما الوجه الأول: وهو تعلّقه[2] بقوله تعالى: ﴿وَأَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓا۟﴾.

فنحن نقول به؛ لأن شهادة رجل وامرأتين أدنى حجة لا يقع فيها ريبة من حجة الشهادة.

وكذلك الجواب عن الوجه الثاني، وهو قوله[3]: إن الله تعالى: أخرج الخطاب مخرج الحصر في الحجة.

قلنا: الحصر قد وقع في الحجة التي هي الشهادة.

وكذلك الجواب عن قولهم: إنه أثبت الخيار بين شيئين، وفيما قلتم إثبات الخيار بين ثلاثة أشياء.

قلنا: لا خيار إلا بين شيئين في حجة الشهادة، وأمّا اليمين فهي[4] حجة أخرى غير الشهادة، وعلى أن الآية وردت في الاستشهاد وهو التحمُّل،

(١) في (ز): إنما وردت.
(٢) في (ز): تعلقهم.
(٣) في (ز): قولهم.
(٤) ليست في الأصل

والتحمُّل إنما يكون في شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، فأما في الشاهد واليمين فلا يتصور.

و[١]قولهم: إن أخبارَكم تضمنت الزيادة في الكتاب.

قلنا: لم تتضمن، وإنما تتضمن ضَمُّ حكمٍ إلى حكمٍ، وقد بيّنا من قبل أن مثل هذا لا يُعدّ زيادة.

وأما الخبر الذي تعلقوا به فلا نعرف ثبوته على الوجه الذي رووا، ولا اعتماد على الأخبار التي وقعت في التعاليق.

ويجوز أن يكون معنى قوله «شاهداك أو يمينه»[٢] إذا أردت إقامة حجة الشهادة، وبه نقول، فهذا وجه الكلام على الظواهر على الاختصار.

وقد تعلّقوا أولًا بظاهر قوله ﷺ: (البينة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه)[٣]، فالنبي ﷺ قسّم الحجة بين الجانبين، فجعل البينة في جانب المدَّعي، وجعل اليمين في جانب المدّعى عليه، فإذا جعلنا اليمين حجة في جانب المدعي بحال أبطلنا قسمة الشرع وهذا حرف معتمد لهم.

والجواب: أنا نقول بالخبر لأنا في الابتداء نطالب المدّعَى عليه باليمين.

فأما[٤] قولهم: إن الشرع قسم الحجة، وفيما قلتم إبطال القسمة.

قلنا: لا يؤدّي إلى إبطال قسمة الشرع؛ لأن المقصود من الخبر وضع

---

(١) في (ز): وأما.
(٢) تقدم تخريجه ٤/٥٤١.
(٣) تقدم تخريجه ٢/١٦٨.
(٤) في (ز): وأما.

الحجة لا حصر الحجة، ونحن نقول: إن الشرع وضع البيّنة في جانب المدَّعِي، واليمين في جانب المدَّعى عليه حتى أن في الابتداء يطالب هذه[1] البينة[2]، ويُطالب الآخر باليمين على ما بيّنا.

و[3]أما اليمين هل تكون حجة للمدّعي أو البينة للمدعى عليه؟ موقوف[4] على دليل آخر.

فإن قالوا: إن الألف واللام للاستيعاب، وقد أدخلهما[5] على اليمين فأوجب ذلك قصرَها على جانبه.

قلنا: الألف واللام هاهنا للتعريف، لا للاستيعاب الذي زعموه.

وعلى أنا نقول: إن البينة حجة المدّعي على العموم واليمين حجة المدّعى عليه على العموم، فصحت القسمة على هذا، وإنما تكون اليمين حجة المدّعي لعارضٍ[6] دليلٍ في موضعٍ خاصٍ، وكذلك البينة حجة المدّعَى عليه في موضع مخصوص فصحت القسمة بما ذكرنا.

وأما تعلقُّهم بالمعنى قولهم[7]: إن الحجج ومواضعها يُعرف بالشرع.

قلنا: الأصل عندنا أن كل ما يمكن التعليل له فإنه يُطلب له التعليل

---

(١) في (ز): هذا.
(٢) في (ز): بالبينة.
(٣) في (ز): فأما.
(٤) في (ز): فذلك موقوف.
(٥) في (ز): أدخلها.
(٦) في (ز): يعارض.
(٧) في (ز): وقولهم.

سواء كان حجة أو موضع حجة أو حكمًا شرعيًا، وقد دَّللنا أن اليمين حجة بالطريق الذي قلنا، فإذا كانت حجة فإن أتى بها المدّعَى عليه لإثبات قوله قُبلت، وإن أتى بها المدّعي لإثبات قوله قُبلت.

وأما قولهم: إن اليمين في جانب المدَّعى عليه لا تُثبت المِلْك.

قلنا: إنما لم يثبت المِلْك؛ لأنه لا حاجة به إلى إثبات المِلْك، وإنما حاجته إلى دفع دعوى [٣٣٥/أ] المدَّعِي وقد دَفَعَ، فأما المدّعي فهو محتاج إلى إثبات الملك فأثبته، وهذا لأن الحجج إنما تُثبت الشيء لوقوع الحاجة إليه فثبت بقدر الحاجة.

وكذلك الجواب عن قولهم: إن الحجة في اليمين لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات أمر لم يكن.

والحرف: أن اليمين في جانب المدّعَى عليه لم تُثْبِت إلا قطع الخصومة، أو إبقاء المِلْك لا لوهنٍ في الحجة؛ لكن لأن حجة اليمين إنما أقيمت لإبقاء الملك على ما كان أو لقطع الخصومة، فلم تُثبت أكثر من ذلك، فإذا أقيمت لإثبات المِلْك في موضع الإثبات تُثبت، وهذا كشهادة رجلين[١] فإنها[٢] تثبت المال، وعقودَ المعاملات، وتُثبت الحدود والقصاص وإن كان الحدود والقصاص أقوى وأدعى للحجة القوية من المال، ولكن قيل: شهادة رجلين أثبتت المال؛ لأنها أقيم على المال فأثبتته، وإذا أقيم على الحدود والقصاص أثبتتهما؛ لأنها حجة قوية لا ضَعَفَ فيها فما أصابته أثبتته، وإثباتها

(١) في (ز): رجل.

(٢) في (الأصل): فإنهما.

الأضعَفَ[١] لا يدل على أنها لا تُثبت الأقوى، كذلك هاهنا، وكذلك في الوديعة يثبت الرد بكلا الحجتين أعني اليمين والبينة.

يبينه: أن البينة في هذه الصُورة قامت على نفي الضمان، وهي للإثبات في الأصل فجاز أيضًا أن يكون اليمين حجة في الإثبات في هذه المسألة وإن كانت في أصلها للنفي.

وأما إذا حلف المدَّعِي ابتداء إنما لا يُقبل؛ لأن شرط كون اليمين حجة شهادة الظاهر للحالف، ولم يوجد والإخلال بالشروط[٢] لا يجوز.

وأما في مسألتنا فقد وُجد الشرط، فإن شهادة رجل واحد توجب ثبوت الظاهر في جانب المدَّعِي.

وأما المسألة الأخيرة فلأن النص في الشاهد المطلق، وهو[٣] يتناول الرجل، وشهادة امرأتين ليست في معنى شهادة رجل إلا لضرورةٍ، فلا يُنَزِّل منزلَته في وجود الظاهر.

والجملة: أن شهادة رجل عدل تُوجدُ شهادة ظاهر على الكمال، وشهادة امرأتين ينتقص[٤] الظاهر، فلهذا[٥] لم تكن حجة[٦] مع اليمين. والله أعلم.



---

(١) في (ز): للأضعف.
(٢) في (ز): الشرط.
(٣) في (ز): وقد.
(٤) في (ز): ينقص.
(٥) في (ز): ولهذا.
(٦) في (ز): الجمع.

※ (مَسْألَة):

شهود الطلاق إذا رجعوا وجب عليهم الضمان، فإن كان بعد الدخول ضمنوا مهر المثل(١).

وإن كان قبل الدخول ضمنوا نصف مهر المثل في قول(٢).

وجميع مهر المثل في قول(٣).

وعندهم: لا يجب شيء عليهم بعد الدخول، وقبل الدخول يضمنون نصف المسمى(٤).

لنا:

أنهم أتلفوا متقوَّمًا بشهادتهم الباطلة فضمنوا.

دليله: إذا شهدوا بإعتاق العبد.

ودليل تقوّم البُضع: تقوّمه بالعقد وشبهة العقد.

يدل عليه: أن منافع البُضع معنىً يقابله(٥) المال شرعًا في العقد الصحيح

(١) المهذب ٥/٦٦٦، النكت للشيرازي ورقة ٣٠٤/أ، أدب القاضي لابن القاص ص ٣٩٥ ـ ٣٩٦، روضة الطالبين ١١/٣٠٠.
(٢) المهذب ٥/٦٦٦، النكت للشيرازي ورقة ٣٠٤/ب، أدب القاضي لابن القاص ص ٣٩٦، روضة الطالبين ١١/٣٠٠.
(٣) المهذب ٥/٦٦٦، النكت للشيرازي ورقة ٣٠٤/ب، أدب القاضي لابن القاص ص ٣٩٦، روضة الطالبين ١١/٣٠٠.
(٤) المبسوط ٦/١٥١ ـ ١٥٢، ١٧/٥، فتح القدير ٦/٥٣٨.
(٥) في (ز): يقابل.

والفاسد، وفي شبهة العقد بدليل مسألة الزفاف، وإذا قابله المال عرفنا تقوّمه.

يدل عليه: أن الإتلاف أبلغ في إيجاب الضمان من العقد بدليل الحر يُضمن بالإتلاف، ولا يُضمن بالعقد، وإذا وجب بالعقد فلأن يجب بالإتلاف أولى.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: منافع البُضع غير متقوّمة[1] بالإتلاف، فلا تُضمن بالحيلولة؛ لأن الحيلولة دون الإتلاف.

ودليل أنه غير مضمون بالإتلاف: أنه لو وطء منكوحة غيره بشبهةٍ يجب المهر للمرأة دون الزوج وإن كان الإتلاف حصل على الزوج، وكذلك إذا ارتدت المرأة بعد الدخول لم يجب عليها شيء، وقد أتلفت بالردة منافع البضع على الزوج.

والمسألتان مشكلتان على المذهب، وليس فيهما منع، وهذا لأن الأصل أن المتقوّم هو المال ومنافع البضع ليست بمالٍ.

وأيضًا فإن الضمان إنما يكون بالمثل على ما وَرَدَ به نص الكتاب، ولا مماثلة بين منافع البضع والدراهم والدنانير دل[2] أن الضمان ساقط على قياس الأصل، وإنما وجب بالعقد شرعًا على خلاف القياس لإظهار شرف البضع، ولولا النص وهو قوله عليه السلام: (فإن مسَّها فلها المهر بما استحل من فرجها)[3]

---

(١) في (ز): مضمونة.

(٢) في (ز): فدل.

(٣) رواه الدارمي في سننه ٢/ ١٣٧، كتاب النكاح، باب النهي عن النكاح بغير ولي.

ما أوجبنا العُقر أصلًا.

قالوا: وأما إذا شهدوا على الطلاق قبل الدخول، ثم رجعوا إنما وجب عليهم ضمان نصف المهر؛ لأنهم أكدوا عليه ضمانًا كان بشرف السقوط؛ لأنه كان يجوز أن يُوجَد معنىً من جهة المرأة يسقط به المهر عن الزوج، فنزل التأكيد منزلة الإيجاب كما نُزِّل التأخير بالشهادة على التأجل منزلة [٣٣٥/ب] الإسقاط.

والعذر المعتمد عليه: أنه من زعم الشهود بعد الرجوع والزوج أيضًا أن الزوج مُنِعَ المملوك بالنكاح قبل الوطء، ومتى كان كذلك لا يجب على الزوج شيء، فمن زعمهم أنه لا شيء عليه حقيقة، وقد ضمن نصف المهر بسبب شهادتهما أنه طلّق فقد وجب عليه هذا المهر بشهادتهما فيضمنان، كما لو شهدا بالمال و[١] رجعا يجب عليهما الضمان.

وجملة الكلام في المسألة: أن مِن مذهبهم أن ملك النكاح ليس بمتقوم، ويبتني على هذا الأصل هذه المسألة، ومسألة الشفعة في الشقص الممهور؛ لأن الشفيع إنما يأخذ الشقص بمثل المسمى إذا كان من ذوات الأمثال أو بقيمته إن كان من ذوات القيمة، والبضع ليس له مثل ولا هو متقوم عندهم.

وعلى هذا الخلاف إذا خالع على شقص من دار ومثال هذا الأصل ملك القصاص.

قالوا: هو غير متقوم حتى لو شهد شاهدان على العفو عن القصاص، ثم رجعا لا ضمان عليهما.

---

(١) في (ز): ثم.

وحجتهم في هذا الأصل: أن ضمان الإتلاف مقيّد بالمثل بالنص والمعقول على ما عُرف، ولا مماثلة بين ملك النكاح وبين المال؛ لأن ملك النكاح ليس بمال، ولا مماثلة بين ما هو مال وبين ما ليس بمال.

ولأن المماثلة إنما توجد صورةً أو معنىً ولا مماثلة صورة؛ لأن ملك النكاح يوصف وصفًا، والدراهم والدنانير يُعاين معاينةً، وكذلك معنىً؛ لأن الدراهم والدنانير خُلقت للابتذال والاستعمال والوصول إلى الآمالِ، ومنافع البُضع للنسل والازدواج والسكن.

ولا شك في المغايرة عند النظر في هذا، والآدمي خُلق للعبادة، والمال خُلق ليتنفع به، وإذا لم يتماثلا صورةً ولا معنىً لم يمكن إيجاب الضمان بالمال إلا أن المستوفَى بالوطء في حكم جزء من أجزاء الآدمي، فمتى أمكن تضمينه بالعقوبة لا يُضمَّن بالمال، وإذا لم يمكن تضمينه بالعقوبة أوجب الشرع فيه المال إعظامًا لأجزاء الآدمي، وصيانةً لها عن الهدر.

وهذا الحرف نظير ما قالوا[١] في موجب العَمد؛ لأن الأصل هو القصاص، وإنما وجب[٢] في الخطأ صيانة للآدمي عن الهدر[٣]، وإذا كان الضمان وجب لهذا المعنى في البضع وفي الدم، فليس في الشهادة على الطلاق إتلاف جزءٍ من الآدمي، بل فيه تخليص نفسها[٤] عن ذل الرق، فكذلك في الشهادة على العفو إحياء نفس القاتل، فإذا انعدم المعنى الذي

(١) في (ز): قالوه.
(٢) في (ز): وجبت.
(٣) في (ز): الإهدار.
(٤) في (ز): نفسه.

وجب به المال لم يجب المال.

ولأن الشرع إنما أوجب المال في الموضع الذي أوجب حقًّا للمتلَف عليه صيانةً لأجزائه عن الهدر؛ لأن الحي[1] إذا صار هدرًا صار كأنه ميت، وإذا أوجبنا الضمان به كان إيجاب الضمان صيانة له عن الموت، وإذا وجب الضمان صيانة لأجزائه فالمتلَف في الوطء[2] جزء من أجزائه؛ لأنه متصل به فوجبت[3] صيانته.

وهذا يوجد في حق المرأة، فأما في حق الزوج فملك النكاح بمنزلة سائر الأشياء؛ لأنه مبائن عنه، وليس بجزء من أجزائه، فإذا صار كسائر الأشياء وجب أن يقوم بالمثل أو القيمة ولم يمكن على ما بيّنا[4] فلا[5] يجب.

واعترضوا بهذا الحرف على قولنا: «إنه متقوم شرعًا»، قالوا[6]: الشرع إنما جعله متقومًا حقًّا للمتلَف عليه صيانة لأجزائه عن الهدر، وهذا في حق الزوج لا يوجد على ما بيَّنا[7] فلم يكن متقوَّمًا شرعًا.

وربما يقولون: جعله الشرع متقوَّمًا عند تحقق الإتلاف بالاستيفاء والحيلولة بالشهادة ليس في معنى الإتلاف.

(١) في (ز): الجزء.
(٢) في (ز): بالوطء.
(٣) في (ز): فوجب.
(٤) في (ز): بيناه.
(٥) في (ز): فلم.
(٦) في (ز): وقالوا.
(٧) في (ز): قلنا.

قالوا: وأما إذا شهد شاهدان على الطلاق قبل الدخول، فإنما وجب الضمان عليهما؛ لأن الطلاق قبل الدخول فسخ، لأنه تضمّن عود المعقود عليه إلى المرأة، كما خرج عن ملكها، والفسخ يُسقط البدل كما لو اشترى عبدًا بألف ثم تقايلا وتفاسخا.

إلا أن ضمان نصف المسمى وجب على الزوج قبل الدخول لوجود الطلاق منه، وهو قاطع للنكاح في الحال.

وإنما أشبه الفسخ من وجه فيُسقط[١] النصف لشبه الفسخ، ووجب النصف[٢] لحقيقة الطلاق القاطع، والشاهدان قد أضافا هذا السبب إلى الزوج، وإذا أضافا إليه السبب الموجب للضمان وجب عليهما الضمان.

۞ **الجواب:**

أما قولهم: إن منافع البضع غير مضمونة بالإتلاف، ليس[٣] كذلك، وهل النزاع والتجاذب إلا في هذا.

وأما المسألتان [٣٣٦/أ] اللتان أوردوهما:

قلنا: أما الأولى، وهي إذا وطء زوجة إنسان فلم يُوجد من الواطئ إتلاف ملك الزوج؛ لأن حقَّه وملكه على ما كان من قبل بخلاف مسألتنا.

هذا في بيان عدم المشابهة بين المسألتين، وأما حرف الجواب فهو: أن

---

(١) في (ز): فسقط.

(٢) في (ز): نصف المهر.

(٣) في (ز): فليس.

مِلْك النكاح ملك لا يُعرف إلا بحل استيفاء الوطء، مثل مِلْك القصاص مِلْك لا يُعرف إلا بجواز استيفاء القصاص، ولهذا لا يملك النقل منه إلى غيره.

ويمكن أن يقال: هو مِلْك ثابت من وجه لا من وجه، إلا أنه من الوجه الذي يثبت هو ملك متقوّم، فإذا أُتلف بالشهادة الباطلة لم يكن بد من إيجاب الضمان، وهذا الإتلاف لم[1] يوجد بالوطء بالشبهة؛ لأن الذي كان له من الملك قائم بحاله لم يدخُله نقصان، فهذا جواب واضح عن هذه المسألة.

وأما مسألة الردة، فقد قال الشافعي في قول[2]: إن المرأة إذا ارتدت بعد المسيس تَرُد المهرَ المسمى، وهو يغرم لها مهر المثل حتى لا يخلو الوطءَ الموجودُ عن مهرٍ يقابله، وإنما كان البضع هاهنا مصونًا بالمسمى في هذه المسألة؛ لأن المرأة عاقد، والمعقود عليه إذا كان مضمونًا عن[3] العاقد يكون مضمونًا بالمسمّى.

دليله: البائع إذا أتلف المبيع قبل القبض يكون مضمونًا بالمسمى، وهو الثمن حتى يسقط عن البائع إلا أنه يَرِدُ على هذا القول الخُلع على المسمَّى، فإنه يجوز ويرد على الزوج فلا يجب على الزوج مهر المثل ليكون بإزاء الوطءُ.

فالأولى أن نقول: إذا ارتدت بعد الدخول لا يغرم شيئًا، ونقول:

أولًا: هذه المسألة لا تشبه مسألتنا؛ لأن الشهادة لإبطال مِلْك النكاح، والردة ليست لإبطال مِلْك النكاح، إنما هي لإبطال الدين، ثم النكاح إنما

(١) في (ز): لا.

(٢) ينظر: روضة الطالبين ٢٨٩/٧.

(٣) في (ز): على.

انفسخ حكمًا من قبل الشرع، فدل أن المسألتين ليس بينهما مشابهة، فلم يجز قياس إحداهما على الأخرى.

ثم الجواب أن الزوجين عاقدان، ومن حكم المتعاقدين أن يستويا في الحكم، وأجمعنا على أن الزوج بعد الدخول لو وطء إلى آخر ملك النكاح لم يجب عليه شيء وجُعِل الوطء الأول بمنزلة الوَطَيَات في أمر العِوَض، ولم يُلتفت إلى ما يستوفى من بعد، كذلك المرأة إذا منعت وفوّتت بعد الدخول بالردة لم يجب عليها شيء وجُعل الوطء الأول بمنزلة جميع الوَطَيَات في أمر العوض، ولم يُلتَفَت إلى ما فوّتت ومنعت من بعدُ.

وهذا المعنى يوجد في حق المتعاقدين، فأما في حق غير المتعاقدين فلا.

ألا ترى أن الزوج لو استوفى الوطء بعد الدخول لا يجب عليه شيء وغير الزوج لو وطء وجب[1] عليه المهر.

وهذا جواب معتمد، وعامة ما قاله الأصحاب مدخول.

ورأيتُ لبعض مَنْ يدّعي التحقيق في هذه المسألة جوابًا طويلًا عن فصل الردة لا يتحصّل منه شيء عند التأمل، والمعاني الفقهية متأبّية إلا على أربابها، وليس يسمح لكل طالب كالبحر ليس يَسمَح بالجوهر لكل غوّاص.

وقد تعلَّق بعض مشايخهم المتقدمين بما لو قتل زوجة إنسان لا يُضمن للزوج شيئًا، وليس هذا التعلق بشيء؛ لأن القتل يلاقي الجسد بالإتلاف لا منافع البضع، وفي مسألتنا الشهود بالشهادة أبطلوا ملك النكاح وفوّتوه على

---

(١) في (ز): يجب.

الزوج فكيف يستقيم هذا التعلق؟

ولهذا قبل الدخول لا يضمن أيضًا شيئًا بخلاف مسألتنا.

وعذرهم عن هذه المسألة بقولهم: إنهما أكّدا عليه ضمانًا كان بشرف السقوط في غاية الضعف، فإنهما لم يُؤكّدا عليه شيئًا إنما أسقطا عنه نصف المهر، فإن المهر يجب جميعُه بالعقد.

وعلى أنه يبطل بما لو شهد شاهدان على المشتري أنه أعتق المبيع قبل القبض، وثمنُه فوق قيمته، فإنهما أكّدا عليه ما كان بشرف السقوط، وذلك بقدر الزيادة على القيمة، ومع ذلك إذا رجعا لم يضمنا ذلك.

ويدخل عليه أيضًا إذا شهد شاهدان على أن الموهوب له عوِّض الواهب، فإنهما أكّدا ملكًا كان بشرف الفوات بالرجوع، ومع ذلك لا يُجعَلان كالموجب للملك عند الرجوع.

وباقي كلامهم[١] الذي قالوه[٢] في المسألة كله دعوى، ونحن ندعي أن البضع متقوم شرعًا؛ بدليل النكاح وشبهة النكاح، وإذا ثبت التقوُّم بالعقد فبالإتلاف أولى؛ لأنه أبلغ وأقوى في الضمان من العقد.

والذي قال: إنما أوجب الشرع ذلك لإظهار شرف البضع أو [٣٣٦/ب] صيانة له عن الهَدر.

فيقال لهم[٣]: إذا وجب الضمان في الوطء بشبهة العقد صيانة لمنافع

---

(١) في (ز): كلامه.

(٢) في (ز): قال.

(٣) ليست في (ز).

البِضْع عن الضياع والهدر فلأن يُصان ملك الزوج عن الهلاك أولى.

وقولهم: إن منافع البضع ليست في حكم الجزء في حق الزوج، وهي في حكم الأجزاء في حق المرأة تفريق لا يقع به فرق؛ لأن الذي يملكه الزوج هو الذي يستوفيه الواطئ.

وقولهم: لا مماثلة بين منافع البضع والمال.

قلنا: المماثلة معتبرة فيما يمكن عنه[١] اعتبار المماثلة فيه، فأما ما لا يمكن فلا، وإنما يُنظر إلى كون المحل متقوّمًا في الشرع، فإذا ثبت تقومُه حينئذٍ يجب الضمان بما جُعل قيمتُه[٢] له، وقد جُعل المهر قيمة للبضع بلا خلاف فوجب أن يجب عند وجود سبب الضمان.

يبينه: أن الشرع جعل مهر المثل مثلًا لمنافع البضع كما جعل الدية مثلًا للنفس، فكما أنه إذا أتلفَت النفس وجب مثلُها شرعًا وهو الدية، فكذلك في مسألتنا إذا أتلِف مِلْك النكاح وجب مثله شرعًا وهو المهر، ولم يُنظَر إلى الصورة والمعنى الذي ذكروه[٣].

والمسألة طالت إلا أنها أصل من الأصول فشرحناها زيادة شرح لكي يُعرفَ وجه الكلام فيها، والله أعلم.



---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): قيمةً.
(٣) في (ز): ذكروهما.




مَسَائلُ منَ الدَّعْوَى[1]

※ (مَسْألة):

بيّنة ذي اليد[2] مسموعة مع بينة الخارجي[3]، ويكون أولى باليد عندنا[4].

وعندهم: لا يُسمع أصلاً[5].

وعند بعضهم: هي مسموعة، لكن بيِّنة الخارجي[6] أولى.

❈ لنا:

إن ذا اليد أقام البيّنة على المِلْك عند دعوى المِلْك وحاجتِه إليها فوجب أن يُقبل.

دليله: الخارج.

بينه: أن بيّنة الخارج مسموعة بالإجماع، وذو اليد مثله في المعنى الذي

(١) في (ز): الدعاوى والبينات.

(٢) ذو اليد: هو الذي العين المُدّعَى بها في يده. ينظر: أدب القضاء لابن أبي الدم ص٢٩٩.

(٣) الخارج: هو المدّعي الذي ليست العين في يده. المرجع السابق ص ٢٩٩.

(٤) النكت للشيرازي ورقة ٢٩٨/ب، شرح السنة ١٠٧/١، روضة الطالبين ٥٨/١٢، مغني المحتاج ٤/٤٨٠ ـ ٤٨١، نهاية المحتاج ٣٨٢/٨.

(٥) الأسرار، كتاب الشهادات ص٢٤٢، المبسوط ٣٢/١٧، بدائع الصنائع ٣٩٢٤/٨، رؤوس المسائل ص٥٣٤.

(٦) في (ز): الخارج.

قُبلت بينة الخارجي[1] لأجله، فوجب أن تُقبل بينته أيضًا[2].

وإنما قلنا: إنهما سواء في المعنى؛ لأن المعنى هو أنه مدَّعٍ للملك مسموع دعواه، وَمَنْ ادعى شيئًا وسُمع منه ذلك يُمكّن من إثباته بالدليل، وإن منعوا سماع دعوى الملك من ذي اليد فمحال؛ لأنه ادّعى[3] شيئًا، ويحتمل أن الأمر على مَنْ[4] ادّعى فيُسمَع.

ولأنه ادّعى ليقيم عليه البينة، وهو محتاج إلى الدعوى ومحتاج إلى إقامة البينة.

ولأن معنى قول المدعى عليه: «أن هذا الشيء ليس للمدّعي أنه لي»، ولا يتم ذلك الإنكار إلا بهذا الدعوى، وإذا ثبت أن الدعوى صحيحة، فلابد من سماع الدليل عليها.

وأما بيان حاجته إلى إقامة البينة أنه لو استغنى عن إقامة البينة إنما يستغنى بيده، ويده لا تُغنيه عن البينة بعد إقامة المدّعي البينة، بل هو محتاج إلى إقامة البينة ليظهر له الِملْك بدليل البينة، فإنه لا ينتفع الآن بملك[5] بدليل اليد، فصارت يده في دليل الملك كالعدم إلا أنها تصلح مرجّحة؛ لأن دليل الصدق باليد يكثر في بينة ذي اليد، فإن العدالة دليل الصدق، واليد دليل الصدق، وإذا كان الصدق ركنًا في البينات فكل بينة تكون دليل الصدق فيها

(١) في (ز): الخارج.
(٢) ليست في (ز).
(٣) في (ز): يدعي.
(٤) في (ز): ما.
(٥) ليست في (ز).

أكثر وأقوى تكون أرجح وأولى.

ثم القياس على النتاج إذا تعارضت بينة الخارج وذي اليد فيه، فإن ذا اليد يكون أولى بالإنفاق، وذلك إذا تعارضت بينة الخارج وبينة[1] ذي اليد في دعوى الشراء من ثالث، فإن ذا اليد يكون أولى أيضًا، وكذلك إذا ادّعى كل واحد منهما الملك مع العتق أو التدبير.

والمسائل الإلزامية عليهم كثيرة، واقتصرنا على هذه المسائل الثلاثة؛ لأنها في الإلزام آكد[2].

ونلزمهم على أصولهم مسألة الشفعة، وهي أن المشتري لو أنكر أن يكون الشقص المشفوع به للشفيع، وهو في يده فأقام الشفيع البينة على أن الشقص له، فإنه يُقبل مع وجود اليد ويستحق به الشفعة.

۞ أمّا حجّتهم:

من وجهين:

أحدهما: أن بينة المدَّعى عليه قامت من غير صاحبها في غير محلها، فوجب أن لا تُقبل كما لو أقامها ابتداء قبل بينة الخارج.

وإنما قلنا: «قامت من غير صاحبها»؛ لأن صاحب البيِّنة هو المدّعي بدليل الشرع وهو قوله ﷺ: (البينة على المدَّعِي)[3]، وهذا لا يعرف إلا بالشرع، فإن القياس لا يهتدي إلى [٣٣٦/أ] معرفة الحجة من البينة، ولا إلى

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): أوضح.
(٣) تقدم تخريجه ٢/١٦٨.

من يُقبَل منه هذه الحجة ؛ لأنه قولٌ من الإنسان على غيره، وهو خبر لا يفيد إلا الظن وقد تعارض الظن في قول الشهود وقول[1] المدعى عليه.

والدليل على أنه لا مدخل للقياس في هذا أنه لا يقوم لفظ آخر سوى لفظ الشهادة مقام لفظ الشهادة، وإن كان الكل في المعنى واحد[2]، وكذلك لا تُقبل شهادة العبيد العدول مع وجود المساواة بين[3] أقوالهم وأقوال الأحرار، بدليل سائر الإخبار، فثبت[4] أن أصل البينة ومحلها عُرف بالشرع، فلو قُبلت البينة من المدَّعِى عليه إنما[5] كانت تُقبل ؛ لأن المدّعَى عليه يصير مثل المدَّعي بإقامة المدّعِي البينة.

وليس كذلك، فإن معنى ذي اليد ملك من حيث الظاهر، ويد حسيّة فلم يزل ذلك بإقامة الخارج البينة بل ملكه ويده على ما كان، وهو مدّعِى عليه والخارج مُدّعِي مثل ما كان من قبل.

وربما يقول[6] المدّعِي قابَله صاحبُ يدٍ يُنكِرُ ملكَه بدليل يده، وهذا المعنى لا يوجد في المدّعى عليه، وإن أقام المدّعي البينة، فعرفنا أن ذا اليد لا يصير في معنى الخارجي[7] ومثله. وإن أقام الخارجي[8] البينة، وإذا لم

(١) في (ز): في قول.
(٢) في (ز): سواء.
(٣) في (ز): في.
(٤) في (ز): فدل.
(٥) في (ز): فإنما.
(٦) في (ز): يقولون.
(٧) في (ز): الخارج.
(٨) في (ز): الخارج.

يصر مثله ولا[(١)] في معناه لا تقبل بيّنته.

وربما احتجوا بتقسيم الشرع البينة واليمين بين المدّعِي والمدَّعَى عليه، وقالوا[(٢)] فيما قلتم من قبول البينة من الجانبين إبطال قسمة[(٣)] الشرع.

قالوا: وأما قولكم هو مُدّعٍ.

قالوا: بلى، ولكن لا مثل المدّعي الذي هو الخارج فلا تقبل بينته؛ لأن مجرد الدعوى غير كافٍ بل يحتاج في قبول البينة إلى وجود مُدّعٍ مثل الخارج ولم يوجد.

قالوا: وكذلك الاعتراض على فصل الحاجة؛ لأن مجرد الحاجة غير كافٍ بل المشروط وجود الحاجة لمدّعٍ هو خارج، أما وجود الحاجة من مُدّعٍ هو صاحب اليد فلا.

يبيِّنه: أن الشرع فرق بين المُدَّعِي وبين المدّعَى عليه، فجعل البينة حجة المدّعي دون حجة المدّعي عليه، وإنما البينة حجة للمدّعي عند الحاجة فلا يكون حجة المدّعى عليه عند الحاجة؛ لأن النبي - عليه السلام - لم يجعل البينة حجة المدّعَى عليه في الحال الذي جعل البينة فيها حجة المدّعِي ليصحّ التفريق، وإنما يصح هذا إذا فارقه المدّعَى عليه في قبول البينة فلم تُقبل بَيِّنته عند الحاجة، فأما إذا لم تقبل بيِّنته عند عدم الحاجة فجانب المدّعَى عليه مثل هذا فلا يصح التفريق.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) ليست في (ز).

(٣) في (ز): لقسمة.

قالوا: وأما فصل النتاج فكل واحد منهما مُدّعٍ فيه؛ لأنه إنما يصير ذو اليد مُدّعًى عليه لأجل يده، واليد تدل على المِلْك، فأما النتاج فلا يدل عليه، فصار ذو اليد بمنزلة الخارج في النتاج.

وكذلك في مسألة دعوى النسخ[1] إذا كانت الدعوى فيما لا ينسخ[2] إلا مرة واحدة.

وكذلك مسألة دعوى الشراء من ثالث، فإن كل واحد مدّعٍ، وليس لليد دليل على ما يدّعيه واحد منهما، ثم صاحب اليد أولى؛ لأنها توكِّد العقد فتوجب ترجيحهُ، ولأن إبطالَ يده بالبِّينة التي تُعارضُها بِّينة مثلُها لا يجوز.

وكذلك قالوا في مسألة دعوى المِلْك والعتق؛ لأن مرجع الدعوى هناك إلى الولاء، وكل واحد منهما مُدَّعٍ فيه، وليس لليد دليل عليه أصلًا.

وكذلك مسألة الشفعة إنما قُبلت البيِّنة هناك لدعوى الشفعة لا لدعوى المِلْك، وهو مُدَّعٍ في حق الشفعة.

وأما أبو زيد[3] في هذه المسألة يقول: إن بينة الخارج أولى؛ لأن بينته أرجح فيما شُرعت البينة له فيكون أولى.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن البينة للإثبات، وبينة الخارج أكثر إثباتًا فيكون أولى؛ لأنه يُثبت الملك واليد من كل وجه، وبينة ذي اليد تُثبت الملك واليد من وجهٍ دون وجهٍ؛ لأنهما ثابتان للمدَّعى عليه من حيث الظاهر، ومن الوجه

---

(١) في (ز): الفسخ.
(٢) في (ز): يفسخ.
(٣) ينظر: الأسرار ص ٢٥٠، كتاب الدعوى والشهادات.

الذي هو ثابت لا يتصور إثباته بالبينة إنما يتصور إثباتهما من الوجه الذي ليس بثابتٍ.

ولأن بيِّنة الخارج تفيد الاستحقاق على ذي اليد، وبيِّنة ذي اليد لا تفيد استحقاق شيء على الخارج؛ لأنه لا شيء للخارج حتى يستحق عليه فترجّحت بينة الخارج بالاستحقاق مع الإثبات، فصارت بينة ذي اليد مرجوحة لوجود الإثبات فيها من غير استحقاق.

وخرجوا فصل النتاج على ما [٣٣٧/ب] قدمنا، وادّعوا أن الإثبات في البينتين هناك واحد.

﴿ الجواب:

أما الوجه الأول فالقاعدة ممنوعة، وعندنا: البينة قد قامت من صاحبها في موضعها.

وأما قولهم: إن كون البينة حجة لا يُعرف إلا بالشرع.

قلنا: بلى، ولكن يمكن استخراج المعنى المؤثر في كون البيِّنة حجة للمدّعِي وتعديته إلى جانب المدّعَى عليه فيفعل ذلك؛ لأن الدليل القائم في جواز التعليل عام لا يجوز منعه في موضعٍ مًّا.

وأما الخبر فنحن نقول به، وإنما يتناول ابتداء الأمر، وفي الابتداء نقول: البيِّنة حجة المدّعِي[1]، واليمين حجة المدَّعَى عليه على معنى أنه إذا حصلت الدعوى والإنكار يُطالَب المدّعي بالبينة، ويُطالَب المدّعى عليه

(١) في (ز): للمدعى.

باليمين، فإذا أقام المدّعي البينة، وتغيَّر الأمرُ عن حال الابتداء هل تُسمَع البينة من المدَّعَى عليه أم لا؟ يُنظر في قيام الدليل وعدم قيامه، وقد قام الدليل على القبول.

وقولهم: إنه لم يصر في معنى المدّعِي.

قلنا: قد صار (في معنى المدّعِي)[١] فيما قُبلت البينة به من الخارج، فإن البينة لم تُقبل من الخارج لصورة كونه خارجًا؛ لأنه ليس لهذا تأثير، إنما قُبلت منه لوجود دعوى صحيحة منه، وكون البينة حجة في دعواه وحاجته إليها، وهذه المعاني موجودة من ذي اليد.

فإن قالوا: هو غير محتاج إلى دعوى الملك بل يكفيه الإنكار.

قلنا: هذا قبل إقامة الخارج البينةَ، فأما بعده فهو محتاج إليه ليقيم البينة، فلابد له الآن من مِلْك بدليل البيِّنة، ولا يكفيه ملك بدليل اليد، وهذا لأن بإقامة الخارج البينة سَقَطَ دليل اليد، وأشرف ملكه على الزوال، وزال الظاهر من جانبه إلى جانب المدّعي، فصار كَمَنْ لا يد له، ولا مُلكَ له ونُزِّل منزلة الخارج المدّعي في جميع صور الدعاوي.

فإن قالوا: إن كان ذو اليد مدّعيًا فمن المدَّعى عليه؟

قلنا: الخارج مُدّعٍ عليه في المعنى، وإنما يشتَرط[٢] وجود المدّعى عليه عند دعوى الاستحقاق، فأمّا في دعوى الإثبات لا يحتاج إلى مُدّعٍ عليه،

---

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

(٢) في (ز): شرط.

وإنما يحتاج إلى مجرد دعوى الملك، وحاجته إلى البينة في إثبات دعواه، وأما قياسهم على ما إذا أقام ذو اليد البينة ابتداء فقد منعوا.

وعلى التسليم يخرج عليه[1] فصل الحاجة وأيضًا فإن في الابتداء لا معنى لدعواه؛ لأن الإنكار له كافٍ وبعد أن أقام الخارج البينة لابد من الدعوى ولا كفاية في الإنكار.

ونُلزمهم على فصل الابتداء مسألة النتاج، ومسألة الشفعة، ومسألة دعوى العِتْق مع المِلْك، وأعذارهم عن هذه المسائل واهية عند التأمل.

وأما طريقة أبي زيد فيقول: بينة ذي اليد أرجح على ما سبق بيانه.

والذي قالوا: إن بينة الخارج أكثر إثباتًا.

قلنا: الجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنهما سواء في الإثبات؛ لأنا بينّا أن يد ذي اليد سقط دليلها؛ لأن ملكه أشرف على الزوال، فصارا كالعدم، فقد استوى[2] البينتان في الإثبات.

وهذا الجواب[3] يؤيِّد بمسألة النتاج، فإن على الوجه الذي قالوا: لاشك أن بينة الخارج أكثر إثباتًا، ومع ذلك كانت بينة ذي اليد أولى بالطريق الذي قلنا، كذلك هاهنا.

---

(١) في (ز): على.

(٢) في (ز): استوت.

(٣) في (ز): جواب.

الجواب الثاني: أن بينة الخارج إن كانت أكثر إثباتًا من بينة ذي اليد، فبينة ذي اليد أظهر صدقًا وأكثر دليلًا في حجة الصدق.

فإن قالوا: الرجحان الذي قلناه فيما وُضعت البينة له.

قلنا: والرجحان الذي قلناه فيما قُبلت البينة لأجله، وهذا أولى؛ لأن البينة إنما صارت بينة باعتبار الصدق، وموجبه من الإثبات فرع الصدق؛ لأن الدلائل أصول لمدلولاتها، فترجح هذا الجانب من هذا الوجه، وصار أولى، والجواب معتمد. والله أعلم.



※ (**مَسْأَلَة**):

القضاء بالنكول[1] عندنا باطل[2].

وعندهم: يجوز في الأموال[3].

وأما عندنا إذا نكل المدّعَى عليه عن اليمين تُرَدُّ اليمين إلى المدَّعي، فإذا حلف استحق ما ادّعاه[4].

---

(١) النكول: الامتناع. ينظر: تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٣٥.

(٢) النكت للشيرازي ورقة ٢٩٧/أ، التهذيب ٢٥١/٨، روضة الطالبين ٤٣/١٢، أسنى المطالب ٤٠٤/٤.

(٣) الأسرار، كتاب الدعوى ص٥٤، مختصر الطحاوي ص ٣١٤، المبسوط ٣٤/١٧، رؤوس المسائل ص٥٣٧، نصب الراية ١٠١/٤، الهداية مع فتح القدير ٢١٠/٨، بدائع الصنائع ٣٩٣٤/٨.

(٤) أدب القاضي لابن القاص ص٢٧٦، النكت للشيرازي ورقة ٢٩٧/أ، التهذيب ٢٥١/٨.

وعندهم: يمين المدعي لا تكون حجة في الاستحقاق بحال[١].

❊ لنا:

إن النكول معنى لا يَنُص على عين الحق، فلا يكون حجة في ثبوت الحق.

دليله: النكول عن جواب الدعوى، وهذا لأن حجة الحق ما ينص على الحق.

ألا ترى أن في سائر الحجج لا تكون حجة ما لم يوجد منها [٣٣٨/أ] النص على الحق بدليل البينة من جانب المدَّعي، والإقرار من قِبَل المدَّعَى عليه، وكذلك يمين المدَّعي على أصلنا.

يدل عليه: أن الحق لا يثبت إلا بمُثبت، والنكول امتناع من[٢] اليمين، وليس فيه إثبات أصلًا، ولابد للثبوت من إثبات، والامتناع لا يتضمن الإثبات لا صريحًا ولا دلالةً.

أما الصريح معلوم[٣].

وأما الدلالة فلأن الامتناع من اليمين ليس فيه دلالة على ثبوت الحق لجواز أن يمتنع عن اليمين مع عدم ثبوت الحق، فإن وجوه الامتناع من[٤] اليمين كثيرة.

فيجوز أن يمتنع تحرجًا فيدُل على ثبوت الحق.

---

(١) شرح معاني الآثار ٤/١٥٠، بدائع الصنائع ٨/٣٩٣٥.

(٢) في (ز): عن.

(٣) في (ز): فمعلوم.

(٤) في (ز): عن.

ويجوز أن يمتنع ترفُّعًا ؛ لأن فيه نوع ابتذالٍ وامتهانٍ.

ويجوز أن يمتنع تحرُّزًا عن مقال[1] الناس ؛ لجواز أن يُدركه قضاءٌ من السماء ببلاء ، فيقال: إنه أدركه لأجل يمينه.

وقد رُوي عن عثمان أنه امتنع من يمين توجه عليه ، وكان صادقًا (وقال:)[2] خشيتُ أن توافق قضاء (فيقال من شؤم يمينه)[3][4].

والدليل على وجود هذا الاحتمال: أنه لو جمع بين الامتناع عن اليمين ونفي الحق عن نفسه يكون جمعه بينهما صحيحًا لا تناقُض فيه من حيث المعقول.

ونقول أيضًا في هذه المسألة: إن اليمين حجة المدّعى عليه.

ألا ترى أنه يَحلف على ما يوافق قوله من نفي حق المدّعي ، أو إثبات حقه مثل البينة في جانب المدعي يُقيمُها على ما يوافق دعواه.

يبينه: أن المدَّعَى عليه هو الذي ينتفع بيمينه دل أنها حقه ، وإذا ثبت أنها حقه ، فنقول: امتناع أحد المتداعيين عن حقه لا يكون حجة في حق صاحبه ، بدليل المدعي إذا امتنع عن إقامة البينة.

ونستدل بالنكول في دعوى القصاص في النفس ، ومَن فرض من

---

(١) في (ز): قالة.

(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٣) ما بين القوسين زيادة من (ز).

(٤) رواه البيهقي في السنن عن الشافعي بلاغًا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ١٠/١٧٧ ، كتاب الشهادات ، باب تأكيد اليمين بالمكان.

أصحابنا في القصاص في الطرف وقاس على القصاص في النفس، فقد ضيّق عليهم الكلام جدًّا في الفرق[١]، والكلام واضح من غير الفرض[٢].

❁ **وأمّا حجّتهم:**

ادّعوا وجود الرواية عن جماعة من الصحابة، مثل ما يوافق مذهبهم في حوادث مختلفة.

و[٣]رووا عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن عباس، وغيرهم، قالوا: ولم يُروَ عن أحد من الصحابة خلاف ذلك فصار قولهم حجة[٤].

وأما المعنى قالوا: اليمين حق المدّعي خلفًا عن حقه في المدَّعَى فإذا فات هذا الحق بنكول المدّعى عليه يُرد إلى أصل حقه.

ألا ترى أن من اشترى عبدًا بجاريةٍ فوجد بالعبد عيبًا له أن يَرُدَّ العبد ويسترد الجارية؛ لأن حقه في الجارية انتقل إلى خَلفٍ وهو عبدٌ سليمٌ من العيوب، فإذا فات الخَلَفُ أُعيد أصل حقه، وكذلك نفس المرأة حقها نُقِل إلى خَلَفٍ، وهو النكاح بشرط الإمساك بالمعروف فإذا فات بالجَبّ والعِنّة أُعيدت[٥] إلى أصل حقها[٦]، حتى أن القاضي يُفرق بينهما، ويردّ الأمر الأول على قضائه كما كان من قبل.

---

(١) في (ز): الفرض.

(٢) في (ز): فرض.

(٣) ليست في (ز).

(٤) ينظر: بدائع الصنائع ٨/٣٩٣٥.

(٥) في (ز): أعيد.

(٦) في (ز): حقه.

قالوا: والدليل على أن اليمين حق المدَّعِي أن النّبيّ ﷺ قال للمدَّعي: (لك يمينه)[١] دل[٢] أنها حقه.

ويدل عليه: أن المدّعَى عليه لا يحلف إلا بطلب المدّعي، وهذا علامة كون الشيء حقًّا للإنسان، فإن حقوق بني آدم لا تعرف إلا بهذا، وهو وقوف استيفائها على طلبهم.

وحرفهم: أن اليمين لو كانت حقًّا للمدّعَى عليه وجب أن يُمكّن من استيفائه حق نفسه متى أراد، ويكون إليه اختيار الترك والاستيفاء كسائر الحقوق.

قالوا: وأما قولنا: إنها[٣] خلَفٌ عن حقه في المدَّعَى.

فإنما قلنا: ذلك لأن مَنْ ادّعى شيئًا لنفسه، فقوله محمول على الصدق في حق نفسه؛ لأن الأصل في الإخبار الصدق خصوصًا في دعوى الأملاك[٤].

ألا ترى أن مَنْ كان في يده شيء، فقال: «هَوَ لي» حُمِل قوله على الصدق.

و[٥]لأن الخبر وإن كان يحتمل الصدق وغيره ولكن قد[٦] وُجد دليل الصدق، وهو دينُه وعقله، فإنهما معنيان حاملان على الصدق فترجح جانب

---

(١) رواه مسلم في صحيحة ١٥٩/٢ مع النووى كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة وأبو داود في سننه ٤٢/٤ مع المعالم رقم (٣٦٢٢)، (٣٦٢٣).

(٢) في (ز): فدل.

(٣) في (ز): أنه.

(٤) في (ز): الملك.

(٥) ليست في (ز).

(٦) ليست في (ز).

الصدق، وحُمل خبرُه عليه.

يدل عليه: أن الله تعالى خلق الأشياء لعباده بدليل قوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي ٱلۡأَرۡضِ جَمِيعٗا﴾[1].

فدعواه أن الشيء له يُوافق ما جعله الله له، وإذا وافقه (استحقاق شيء على الخارج)[2]؛ تسمع دعواه، ويُحلف المدَّعَى عليه، فعرفنا أن قوله محمول على الصدق في حقه.

وأما في حق المدَّعَى عليه فقوله عليه غير مقبول؛ لتعارض القول من الجانبين.

ولأن قوله يكون حجة في حقه [٣٣٨/ب]، ولا يكون حجة في حق غيره، إلا أن الشرع نظر له، فنقل حقه من المدّعَى إلى اليمين من قبل المدَّعَى عليه، لأنه يحتمل أن يكون الأمر على ما قال المدّعي في حق المدَّعَى عليه، إلا أنه عجز عن إقامة البينة فجعل لحقه خلفًا، وهو استحلافه حتى لو كان الأمر على ما قال المدّعِي، وحلف المدَّعى عليه كاذبًا تَوِي في الآخرة، فيكون تَوَاه في الآخرة في مقابلة إتواء حق المدّعِي في الدنيا، وإن كان صادقًا لم يضره دينه[3]؛ لأن اليمين الصادقة لا مضرة فيها على الحالف، فيكون هذا عملًا بالحق والعدل من قاضٍ لا بعلم الغيب.

وهذا؛ لأنه لا يَمكن أكثر من هذا على هذا الأصل.

---

(١) سورة البقرة، آية (٢٩).

(٢) في (ز): حُمِلَ عليه ولهذا المعنى.

(٣) في (ز): يمينه.

قالوا: والدليل على الأصل الذي قلناه أن المدَّعَى عليه لو تَرَكَ المنازعة وقال: «ليس لي ولا أدري لمَن هو، وليست لي منازعة في هذا الشيء»، فإن للمدَّعِي أن يأخذ ما ادعاه، ويجوز للقاضي أن يُمكِّنه منه، وإنما يجوز له الأخذ باعتبار الأصل الذي قدَّمناه، وإذا ثبت أن اليمين حقه خَلَفًا عن حقه في المدّعَى، فإذا امتنع المدعَى عليه من إيفاء حقه يعاد إلى حقه في الأصل ويمكّن من أخذ ما ادّعاه.

وربما يقولون: يصير المدَّعى عليه بالنكول مُمكِّنًا للمدعي من أخذ ما ادعاه، وهذا هو المعنى في البدل الذي يقوله أصحابهم، وليس معناه هو الهبة المعروفة في الشرع، إنما المعنى ما ذكرنا[1].

قالوا: وليس كالنكول في القصاص وفي النفس؛ لأن النفوس أصلها على الحرمة والحظر، فنفس الدعوى لا توجب حقًّا في المدّعَى.

ولأنا جعلنا نكول المدَّعى عليه تمكينًا للمدعي من أخذ المدّعَى، والتمكين يصح في المال.

فأما في النفس فلا يصح وهذا هو المعنى الذي قالوه: إن البذل يصح في المال، ولا يصح في النفس.

قالوا: وأما الأطراف فهي جارية مجرى الأموال على ما عُرف من قبل.

ولأن الأموال خُلقَت بذلة ومهنة للنفوس، وكذلك الأطراف خُلِقت بذلة ومهنة للنفوس، فصارت بمنزلة الأموال من هذا الوجه.

---

(١) في (ز): ذكرناه.

قالوا: وأما القصاص إنما جرى[1] في الأطراف ؛ لأن إتلاف الطرف[2] طريق إتلاف النفس فوجب القصاص فيها ، وإن جرت مجرى الأموال صيانةً للنفوس .

وأيضًا فإن البذل يجري في الطرف بدليل أنه لو وقعت في يده آكِلَة فَأَمر غيره ليقطع طرفَه يُباح له ذلك[3] ، فلا[4] يتصور في النفس مثل هذا .

ولا يجوز أن يقال: إنما جازت إباحة قطع الطرف للحاجة في مسألة الآكلة ؛ لأن الحاجة في مسألتنا موجودة ، وهو دفع التَوِى عن نفسه في الآخرة .

وعَبَّر القاضي الزّوزني[5] عن هذه الطريقة ، وقال: دفع الظلم واجب ، والمدّعَى عليه ظالم بامتناعه عن اليمين ، فوجب أن يُمكِّن المدَّعِي من المدَّعَى دفعًا للظلم عنه ، وتقريره ما سبق من قبل .

قالوا: ولا يجوز أن يقال: إنا دفعنا الظلم عنه حيث نقلنا اليمين إليه ، وجعلناه حجة له ؛ لأن اليمين لا يتصور أن تكون حجة للمدّعي بحال على ما سبق في مسألة القضاء بالشاهد واليمين ، فلم يبق وجه في[6] دفع الظلم إلا

---

(١) في (ز): يجري .

(٢) في (ز): الأطراف .

(٣) بدائع الصنائع ٨/٣٩٣٦ .

(٤) في (ز): ولا .

(٥) القاضي الزوزني هو: محمد بن الحسن بن سليمان الزوزني الحاكم البحاث أخذ الفقهاء المبرزين قضاة المسلمين ، تولى القضاء بنواحي خراسان وماوراء النهر ، توفي سنة ٣٧٠هـ . ينظر ترجمته في: طبقات الفقهاء الشافعية لابن الصلاح ص ١٣١ ، وطبقات السبكي ٣/١٤٣ ـ ١٤٤ .

(٦) ليست في (ز).

القضاء بالشيء للمدَّعِي.

وقد قال كثير من مشايخهم: إن النكول معنى أسقط البينة عن المدَّعي مع ثباته على دعواه، فدل أن الحق ثبت بنكوله.

وربما يقولون: معنى من جهة المدَّعَى عليه أغنَى المدَّعِي عن الاستحقاق بالبينة، فيكون هو السبب في الاستحقاق.

دليله: إذا أقر، وعلى التقرير الذي سبق ظهر به الاعتراض على كلماتنا.

۞ الجواب:

أما روايتهم عن الصحابة فلا يثبت عن أحد[1] منهم على الوجه الذي قالوا، وإنما الاختلاف بين التابعين في ذلك.

فحكى ابن المنذر مثل ما ذهبنا إليه عن شريح، والشعبي، وابن سيرين[2]، وسوار القاضي[3] وعبيد الله[4] بن الحسن العنبري.

قال: وهو قول مالك[5]، والشافعي، وأبي عبيدة، وأبي ثور، والمزني.

---

(١) في (ز): واحد.

(٢) ينظر: المغني ١٤/٢٣٣، ٣٣٥، وهذا القول هو المذهب عند الحنابلة، قال ابن قدامة: والأول هو المذهب.

(٣) سوار القاضي هو: سوار بن عبد الله بن سوار أبو عبد الله بن قدامة التميمي العنبري البصري، قاضي الرصافة، ثقة، من العاشرة، غلط مَنْ تكلم فيه، مات سنة ٢٤٥هـ، وله ثلاث وستون، روى له أبو داود والترمذي والنسائي. ينظر: التقريب ص١٤٠.

(٤) عبيد الله بن الحسن العنبري البصري قاضيها، ثقة، فقيه، لكن عابوا عليه مسألة تكافؤ الأدلة من السابعة، مات سنة ١٦٨هـ، وليس له عند مسلم سوى موضع واحد في الجنائز، روى له مسلم وأبو داود في الناسخ.

(٥) ينظر: الإشراف في مسائل الخلاف ٢/٢٨٦، ٢٨٧.

ثم قال: وقالت طائفة: إنه يلزم الحقُ بنكول المدَّعَى عليه، ولم يُنقَل هذا القول إلا عن أبي حنيفة، وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين[١].

وحُكي عن ابن أبي ليلى أن المدَّعَى عليه إذا قال: لا أُقِر ولا أُنكر لا يدعُه القاضي حتى يقرّ أو يُنكر[٢]، فالاختلاف في المسألة على هذا الوجه، ولا يثبت عن أحد من الصحابة على ما يوافق واحدًا من المذهبين[٣]، فدعوى أقوال الصحابة [٣٣٩/أ] لا أصل له.

وأما المعنى:

قولكم[٤]: إن اليمين حق المدَّعِي.

لا[٥] نسلم، بل هي حق المدَّعَى عليه وحجته.

أما قوله ﷺ «لك يمينُه».

قلنا: إن ثبت على هذا الوجه، ولا ندري[٦] الثبوت، فمعناه: أن لك أن تطالبه باليمين.

وأما قولهم: إن الاستحلاف يقف على طلب المدَّعي.

قلنا: إذا كان المدّعي مُصرًّا على المنازعة والمخاصَمة يُستَحلف

---

(١) المغني ١٤/٢٣٥.
(٢) المغني ١٤/٢٣٤.
(٣) في (ز): المدعبين.
(٤) في (ز): وأما قولهم.
(٥) في (ز): فلا.
(٦) في (ز): ولا يعرف.

المدَّعى عليه وإن لم يطلب لحق الشرع، وحق المدَّعى عليه، فإن القاضي لابدَّ له من حيث الشرع فصلُ[1] هذه الخصُومة ليصل إلى غيره من أشغاله.

وعلى أنا نقول: إذا لم يطلُب فقد ترك الخصومة، واليمين حجة المدَّعَى عليه بشرط خصومة المدَّعي؛ لأنه إذا لم يخاصم فقد سقطت الحاجة إلى اليمين، والحجة متى سقطت الحاجة إليها سقطت.

والحرف: أن عندنا طلب المدَّعي شرط في حجة المدّعى عليه مثل إنكار المدَّعَى عليه شرط في حجة المدَّعي وهي البينة.

وأما قولهم: إنها خلَف عن الحق في المدَّعي.

قلنا: هذا باطل؛ لأن بالدعوى لا يثبت الحق في موضع ما، وقد قال النبي ﷺ: (لو أُعطي الناس ودعواهم)[2] أخبر أنه لا يُعطَى المدَّعِي بالدعوى شيءٍ مّا).

وقوله[3]: يثبت الحق في حق المدّعي.

قلنا: لا يثبت أصلًا، لا في جانبه، ولا في جانب المدَّعى عليه؛ لأن قول المدَّعِي: «هُوَ لي» قد عَارَضَه قول المدَّعى عليه: «إنه لي»، وإن لم يقل ففي ضمن قوله: إنه ليس للمدَّعي «أنه لي» وعلى قوله دليل وهو يده، فكيف يثبت الحق بقول المدَّعِي أن الشيء له؟ وقد عَارَضَه قول المدَّعى عليه مع وجود الدليل على قوله.

---

(١) في (ز): من فصل.

(٢) تقدم تخريجه ٣٦٩/٢.

(٣) في (ز): وقولهم.

وقولهم: إن الأشياء خُلقت للعباد مِلكًا.

قلنا: هذا فيه كلام، وليس ينفع في هذه المسألة؛ لأن ذلك القول عند عدم المُلاّك، فأمَّا إذا وُجد صاحبُ يدٍ ومالكٌ فهو له، وقول غيره: «إنه لي» غير مسموع ولا مقبول.

وهذا؛ لأن ظاهر ملك المدَّعى عليه حكم[1] ثابت في حق جميع الناس؛ لأن اليد دليل الشرع، ودليل الشرع عام في حق جميع الناس، وهذا الدليل ينفي ثبوت الملك للمدَّعِي وغيره.

وعلى أن ما قالوه يؤدِّي إلى أمر في نهاية القبح؛ لأنه إذا ثبت الملك في حق المدَّعي بالمدَّعَى، فيجيء[2] آخر، ويدَّعي فيحتاج أن يثبت له أيضًا، وهكذا ثالث[3] ورابع[4] وخامس[5] إلى ما لا يتناهي، فيكون قد أُثبتَ الملك في العين الواحدة لمائة نفر وألف بدعاويهم لكل واحدٍ في كلها، وإنما يمكن إثبات هذا من طريق الحكم إذا تصور في موضع هذا.

وأما الاستحلاف فقد ذكرنا الكلام عليه.

وقولهم: إن المدَّعَى عليه لو[6] لم ينازع المدَّعِي له أن يأخذ ما ادَّعاه.

لا نسلم، فلا يجوز للقاضي أن يمكِّنه من ذلك.

---

(١) في (ز): بحكم اليد.
(٢) في (ز): فيجيء مدعٍ.
(٣) في (ز): الثالث.
(٤) في (ز): والرابع.
(٥) في (ز): والخامس.
(٦) زيادة من (ز) يقتضيها المقام.

وقولهم: إن ما قلناه هو القضاء بالعدل بقدر الإمكان من قاضٍ لا يعلم الغيب.

هذا المقال بعيد من العدل على الوجه الذي قلناه، وكيف يمكن دعوى العدل في هذا؟

والحرف الذي يرجع كلامهم إليه أنه يُردُّ إلى أصل حقه عند نكول المدَّعى عليه، وأصل حقه على أساس طريقتهم هو ثبوت الحق في حق المدَّعي، لا في حق المدَّعى عليه، فوجب أن يُرَدّ إلى هذا.

ويقال: حَقُّك ثابت في حَقِّك، ولا سبيل لك على المدَّعى عليه، وينبغي أن يُقنَع بهذا ويُرضى، فهذه فائدة عظيمة، ورأس مال كثير ومتجر واسع، وَمَنْ دخل في أمثال هذا فقد ضحك على نفسه، وإنما الإنصاف والعدل أن تُرَد اليمين إلى المدَّعِي لانتقال الظاهر إلى جانبه؛ فإن الغالب أن المدَّعَى عليه لا يمتنع عن اليمين الصادقة إلا أنه مع هذا لا تكون حجة لما بيَّنا من الاحتمال، وهو كاليد في جانب المدَّعى عليه سبب للشهادة[١] الظاهرة إلا أنها ليست بحجة لأجل وجود الاحتمال في جهات اليد.

وأما قولهم: إن بالنكول يوجد التمكين من الأخذ، (وهو معنى البدل، فليس بشيء؛ لأنه يتصور الجمع بين النكول عن اليمين وترك اليمين من الأخذ)[٢][٣].

---

(١) في (ز): لشهادة.

(٢) ما بين القوسين ليست في (ز).

(٣) في (ز): فممنوع.

وقولهم: إن دفع الظلم واجب.

قلنا: قد دفعنا حين[١] قلنا ترد اليمين، وعلى أن الظلم لا يُدفَع بالظلم، وفي القضاء على المدَّعى عليه بمجرد النكول ظلم على ما سبق بيانه، ثم ينتقض بالقصاص في النفس.

وأمَّا فرقهم بين القصاص في الطرف والقصاص في النفس فبعيدٌ مرامه.

والذي قالوا: إن الأطراف تجري مجرى [٣٣٩/ب] الأموال، قد أجبنا[٢] من قبل.

وقولهم: إن البذل يجري في الأطراف.

قلنا: لا يجري بحال، وأما مسألة الآكِلَة فذاك مداواة ومعالجة ودفع ضرر بضرر أهون منه، ومثل ذلك في النفس يوجد بأن قال: «لأحرّقنك بالنار»، أو «لتقتلَنّ نفسك بالسيف» له أن يقتل نفسَه بالسيف.

وقولهم: إن الأطراف بذلة النفوس.

قلنا: (والنفوس بذلة للنفوس)[٣] ونفس كل إنسان بذلة نفسه.

وأما قولهم: إن اليمين سقطت عن المدَّعِى عليه.

قلنا: هو لانتقالها إلى جانب المدَّعِي، وكذلك استغنى المدَّعِي عن البينة؛ لوجود[٤] حجة اليمين.

---

(١) في (ز): حتى.

(٢) في (ز): أجبنا عنه.

(٣) ليست في (ز).

(٤) في (الأصل): لوجوده.

وعلى أنه لو أقام البينة تقبل، ولو كان الحق ثبت بنكوله لما قُبلت بينة المدعي كما لو أقرَّ. والله أعلم بالصواب.



※ (مَسْأَلة):

لا يجوز إثبات نسب الولد من رجلين عندنا[1]، وكذلك من امرأتين لكن الولد إذا ادّعاه اثنان، يُرى القافة[2]، فيثبت من أيّهما ألحقه[3] به.

وعندهم: يثبت من رجلين[4].

وعند أبي حنيفة: يثبت من امرأتين أيضًا[5].

قالوا: ولا يجوز الرجوع إلى قول القافة أصلًا[6].

❖ لنا:

الخبر الثابت برواية الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي ﷺ دخل

(١) المهذب ١/٤٤٤، التهذيب ٨/٣٤٧، مغني المحتاج ٤/٤٨٨، شرح السنة ٩/٢٨٤، روضة الطالبين ١٢/١٠٢، شرح صحيح مسلم ١٠/٤٢.

(٢) القافة: جمع، وَقَافَ أثره تبعه، القائف: من يعرف الآثار. وفي الشرع: من يلحق النسب بغيره عند الاشتباه بما خصه الله تعالى به من علم بذلك. القاموس المحيط مادة (قوف)، مغني المحتاج ٤/٤٨٨.

(٣) في (ز): ألحقته.

(٤) الأسرار ص ٢١٣، كتاب الدعوى، المبسوط ١٧/٦٩، مختصر الطحاوي ص ٣٥٧، شرح معاني الآثار ٤/١٦٤، فتح القدير ٥/٥٠، بدائع الصنائع ٨/٣٩٦٧.

(٥) الأسرار ص ٢٣٥، كتاب الدعوى، بدائع الصنائع ٨/٣٩٨٦، ٣٩٨٩.

(٦) مختصر الطحاوي ص ٣٥٨، رؤوس المسائل ص ٥٣٧، فتح القدير ٥/٥٠، بدائع الصنائع ٨/٣٩٦٧.




عليها مسرورًا تبرق أسارير[١] وجهه، فقال: ألم تسمعى ما قال مجزّز المدلجي لزيد[٢] وأسامة[٣]، قال: (إن هذه الأقدام بعضها من بعض)[٤].

وفي هذا الخبر: أن مجزِّزًا كان مر[٥] بهما، وقد ناما وغطّيا رؤوسهما، وانكشفت أقدامهما، والخبر نص، وموضع الحجة في السرور بقول القافة وتقريره عليه، ولا يجوز أن يُسَرّ بباطل، ولا أن يُقرّ عليه أحدًا[٦].

(والمعنى وهو: أن)[٧] ما يستحيل وجوده لا يُحكم بوجوده.

دليله: سائر المستحيلات.

وبيان الاستحالة: أن نسب الولد يتبع الماء بدليل أن مَنْ لا ماء له لا يثبت النسب منه، مثل الصبي، وكذلك لا يثبت النسب في مدة لا يتصور العلوق فيها، وذلك إذا أتت المرأة[٨] الإنسانَ بولدٍ لأقل من ستة أشهر، هذا

---

(١) أسارير: هي الخطوط في الجبهة، واحدها: سَرَرَ وسَرُور، وجمعه: أسرار، وجمع الجمع أسارير، شرح صحيح مسلم ٤٢/١٠.

(٢) زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي أبو أسامة مولى رسول الله ﷺ صحابي جليل مشهور من أول الناس إسلامًا، استشهد يوم مؤتة في حياة النبي ﷺ سنة ٨هـ، وله خمس وخمسين، روى له النسائي والترمذي. ينظر: التقريب ص١١٢.

(٣) أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي الأمير أبو محمد وأبو زيد صحابي مشهور، مات سنة ٥٤هـ وهو ابن خمس وسبعين بالمدينة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ٢٦.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٥٦/١٢، كتاب الفراض، باب القائف.
ومسلم في صحيحه ٤٠/١٠، كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(٥) في (ز): قد مَرّ

(٦) ليست في (ز).

(٧) في (ز): وأما المعنى في المسألة فنقول.

(٨) في (ز): امرأة.

من طريق الحكم.

وأما[١] من طريق الحسّ فنحن نعلم قطعًا أن ولد الإنسان هو الذي خُلق من مائه.

وإذا ثبت هذا[٢] فنقول: لا يتصور خلق الولد من ماء رجلين؛ لأن الولد إذا علق[٣] به امرأة من رجل لا يتصور أن يعلق به من رجل آخر.

وقد قيل: إن المرأة إذا علقت بالولد انسدّ فم الرحم بحيث لا يدخله شيء أصلًا، ولهذا لا تحيض المرأة[٤] الحامل.

ولهذا المعنى لو ولدت المرأة ولدين جُعلا توأمين[٥] على معنى (أنه يُجعَل)[٦] كأنهما خُلقا من ماء واحد بدفعة واحدة حتى لا يتصور أن ينفصل أحد الولدين عن الآخر في نفي نسبٍ ولا في ثبوت نسبٍ.

يبينه: أنه إن أشكل هذا في الرجلين لا يُشكل في المرأتين، فإنه لا يتصور ولادة (بعد ولادة)[٧] من امرأتين في ولدٍ واحدٍ، وهذا أشد استحالة من كل مستحيل يُذكر، وكذلك في عشرة نفر ومائة[٨] نفر.

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): ذلك.
(٣) في (ز): علقت.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): كولدٍ واحد.
(٦) في (ز): أنهما جعلا.
(٧) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٨) في (ز): وفي مائة.

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: يثبت نسب الولد الواحد من مائة نفر وألف إذا استووا في الدعوة والحجة[١] واتفق ذلك، وقوله في هذا يتبادر إنكارُه إلى العقول ويتسابق قبحُه إلى الأسماع ولهذا خالفه أصحابه في كلتا[٢] الصورتين.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

رووا عن عمر[٣] وعلي[٤] رضي الله عنهما أنهما في هذه الصورة، وهي إذا ادّعى اثنان ولدًا قالا: هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما.

ومن جهة[٥] المعنى قالوا: النسب لا يُقصَد لعينه، وإنما يقصَد به[٦] ما يتعلق به من الحقوق والأحكام، والاشتراك يتصور فيهما بين رجلين، فصار[٧] كأنهما[٨] أقاما البينة على الحقوق التي يتعلق بالنسب، واستويا في الحجة، وإذا استويا في الحجة فيقضَى بها بينهما.

وحقوق النسب مثل النفقة، والميراث، وحق الحضانة والتربية، وولاية

---

(١) الأسرار ص٣، كتاب الدعوى.

(٢) في (ز): كلا.

(٣) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٦٣، والبيهقي في سننه ١٠/٢٦٤، وعبد الرزاق في مصنفه ٧/٣٦٠.

(٤) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٦٤، البيهقي ١٠/٢٨٦، وعبد الرزاق في مصنفه ٧/٣٥٩ - ٣٦٠، بدائع الصنائع ٨/٣٩٦٨.

(٥) في (ز): حيث.

(٦) في (ز): منه.

(٧) في (ز): فصارا.

(٨) في (ز): بمنزلة ما لو.

النكاح، والمال، والتواصل، والتناصر الذي يثبت بين الأقرباء خصوصًا بين الآباء والأولاد.

واستدلوا في أن الرجوع إلى قول القافة(١) باطل بأنه من أحكام الجاهلية، والرجوع إلى أحكام الجاهلية باطل؛ بقوله تعالى: ﴿أَفَحُكْمَ ٱلْجَٰهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾(٢).

وبأنه(٣) قول عن مجرد الظن، والظن يخطي ويصيب، ولهذا في اللعان لا يرجع إلى قولهم.

ولو كان قول القافة متبعًا لكان [٣٤٠/أ] أولى المواضع عند قذف الزوج زوجته، ونفي نسب الولد.

ولأن قول القائف عندكم بمنزلة النص، وينزل منزلة الأب يقول: «هو منّي»(٤)، ومع وجود مثل هذا النص لا يجوز الرجوع إلى اللعان.

ولأن اللعان أيمان المتنازعين وإنما يُرجع إلى التحالف بين المتنازعين عند إعواز جميع الحجج، فأما إذا لم يُعوز فلا يجوز الرجوع كما في اختلاف المتبايعين في الثمن.

قالوا: ولا يجوز الرجوع إلى الشَّبه؛ لأن الشَّبه في هذا الموضع ليس بشاهد صدق.

ألا ترى أن الولد يشبه أباه تارة، ويشبه أمه تارة، ويشبه الأجنبي تارة.

---

(١) في (ز): القائف.
(٢) سورة المائدة، آية (٥٠).
(٣) في (ز): ولأنه.
(٤) في (ز): ابنى.

وقيل: إن الخال أنزعُ شبهٍ[1]، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦ خَلْقُ ٱلسَّمَـٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱخْتِلَـٰفُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَٰنِكُمْ﴾[2] ومع هذا الاختلاف كيف يصح الرجوع إلى الشَّبه؟.

قالوا: وأما الخبر فهو صحيح، ونحن لا نخالفه، فإنه ما وَرَدَ مورد إثبات شرع، ولكن[3] وَرَدَ مورد الحطم[4] على المنافقين؛ فإنهم كانوا يطعنون في نسب أسامة بن زيد، فإنه[5] كان بينهما خلاف في اللون، وقد كانوا يعتقدون الصدق في قول القافة، فظهر تناقضهم في قولهم وتبيّن كذبُهم، وخرصُهم من[6] مظانِّ[7] عقيدتهم، فبهذا المعنى سُرَّ النبي صلى الله عليه لا بثبوت شرع من قولهم، فإن قول مجزِّز إنما كان في موضع نسب ثابت من[8] فراش.

وفي هذا الموضع[9] أجمعنا على أن الرجوع إلى قولهم باطل.

❁ **الجواب:**

أما تعلقهم بالآثار فاعلم أنه لا يثبت عن أحد من الصحابة على وفق ما

---

(١) في (ز): شبهًا.
(٢) سورة الروم، آية (٢٢).
(٣) في (ز): وإنما.
(٤) في (ز): الخطر.
(٥) في (ز): بأن.
(٦) في (ز): في.
(٧) في (ز): مكان.
(٨) في (ز): في.
(٩) في (ز): المعنى.

يقولونه، وقد اشتهر عن عمر أنه دَعَى القائف في مثل هذه الحادثة، فألحق الولد بهما فَعلاه، بالدِّرة، وقال: قد علمتُ أن الكلبة تلقح من عدة كلاب، ولم أعلم أن المرأة تعلق من رجلين[١].

ولا أدري من أين وقعت تلك الرواية عن عمر وعلي رضي الله عنهما على ما قالوه.

وفيما يرويه[٢] أصحاب الرأي تخبط[٣] كثير، ولا أعرف فيه ما يكون محلّ الاعتماد إلا القليل.

وقد قال بالرجوع إلى القائف[٤] كثير من الصحابة ومن التابعين، وقد ذكر ابن المنذر ذلك[٥] ولم يَنقُل عن أحد من الصحابة على ما يوافق قولهم.

وأما المعنى الذي قالوه فنقول:

الدعوى وقعت في النسب، فلا يجوز إلغاؤه، واعتبار أحكامه وحقوقه؛ لأن تلك الأحكام والحقوق من فروع[٦] النسب، فلا يجوز الإعراض عن الأصول والتعلق بالفروع.

والحرف: أنه إنما يجوز الاشتراك في هذه الحقوق إذا لم تكن مبنية على النسب، فأما إذا كانت مبنية على النسب فلا.

---

(١) رواه الطحاوي في شرح معاني الآثار ٤/١٦٣.

(٢) في (ز): يروونه.

(٣) في (ز): تخليط.

(٤) في (ز): القافة.

(٥) ينظر: المغني ٨/٣٧٢.

(٦) في (ز): فرع.

وهذا كما نقول[١] في النكاح ؛ فإنه إذا تنازع فيه رجلان لا يثبت منهما ، ولا تُقبل بينة واحدٍ من المتداعيين إذا تعارضت البينتان.

ولا يقال: لا يثبت الاشتراك في النكاح ، ويثبت الاشتراك في حقوقه وأحكامه مثل استحقاق النفقة والإرث وثبوت الحبس وما أشبه ذلك.

وعلى أنا نقول: النسب مقصود لعينه لما يشتمل عليه من الشرف، واندفاع العار والدناءة عنه.

والدليل عليه: أنه يجوز ثبوت النسب في موضع لا يثبت به شيء من هذه الأحكام، وتُقبلُ البينة عليه، وذلك في النسب من العبيد، ونسب المسلمين من الكفار.

وأما الكلام في الرجوع إلى قول القافة فهو عندنا ثابت بالنص على ما ذكرنا ، وإذا ثبت بالنص لم يجز أن يقال: إنه من حكم[٢] الجاهلية.

وأما قولهم: إنه دليل[٣] بالظن.

قلنا: بلى ، ولكن بظنٍ عن دليلٍ ، والظن عن دليل يكون حجة كالقياس ، وذلك الدليل هو شبه الفروع بالأصول ، وهو أصل عظيم في جميع الأشياء ؛ فإن من حكم الفروع[٤] أن توافق الأصول[٥] وتشبهها ، وقد قال النبي ﷺ في

(١) في (ز): نقوله.
(٢) في (ز): أحكام.
(٣) في (ز): قول.
(٤) في (ز): الأصول.
(٥) في (ز): الفروع.

قصة الملاعنة على هذا الأصل: (إن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو لهلال[1] ابن أمية، وإن جاءت به على نعت كذا وكذا فهو لشريك[2] بن سحماء)[3].

وإنما اعتبرِ الشبه الذي ذكرنا[4] إليه.

ويدل عليه أنه عليه السلام قال لسودة[5] في قصة وليدة بنت زَمْعَةَ حين أُثْبِت شَبَهُهُ من زَمْعة (واحتجبي منه: يا سودة)[6].

إنما قال ذلك لما رأى من الشبه بآل أبي[7] وقاص، فدل أن القول [٣٤٠/ب] بدليل الشبه حجة.

وأما قوله: إن الشبه يختلف.

---

(١) هلال بن أمية بن عامر الأنصاري الواقفي أحد الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك شهد بدرًا وما بعدها. ينظر: الإصابة في أسماء الصحابة ٥٧٤/٣ رقم (٨٩٨٠).

(٢) شريك بن سحماء وهي أمه واسم أبيه عبدة بن مغيث بن الجد بن العجلان البلوي حليف الأنصار. ينظر: الإصابة في أسماء الصحابة ١٤٧/٢ رقم (٣٨٩٨).

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٤٤٩/٨ مع الفتح، كتاب التفسير ـ تفسير سورة النور. ومسلم في صحيحه ٢٢٨/١٠ مع النووي، كتاب اللعان.

(٤) في (ز): أشرنا.

(٥) سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس العامرية القرشية، أم المؤمنين تزوجها النبي ﷺ بعد خديجة وهو بمكة، وماتت سنة ٥٥هـ على الصحيح، روى لها البخاري وأبو داود والنسائي.
ينظر: التقريب ص٢٦٩.

(٦) رواه البخاري في صحيحه ١٢٧/١٢ مع الفتح، كتاب الحدود، باب للعاهر الحجر.
ومسلم في صحيحه ٣٧/١٠ مع النووي، كتاب الرضاع، باب الولد للفراش.

(٧) ليست في (ز).

قلنا: لا[١] ننكر الاختلاف، ولكنه نادر، والنادر[٢] لا يُعتَبر، وإنما يُعتَبر غالب الأمور.

وأما فصل اللعان.

وقولهم: إنه لا يُرجَع إلى قول القافة فيه ويلاعَن بين الزوجين.

قلنا: إنما يُرجَع إلى (دليل الظن)[٣] إذا لم يوجد نص[٤] من الشرع يخالفه[٥]، فأما إذا وجدنا[٦] فلا، وكلمات اللعان نص من الشرع في نفي النسب، والفراشُ بدون اللعان نص في ثبوت النسب، وإذا وُجد النص من الشرع في أحد الحكمين سقط الرجوع إلى دليل الاجتهاد، وكما يسقط القياس بالنص في سائر الحوادث. والله أعلم بالصواب.



(١) في (ز): نحن لا.

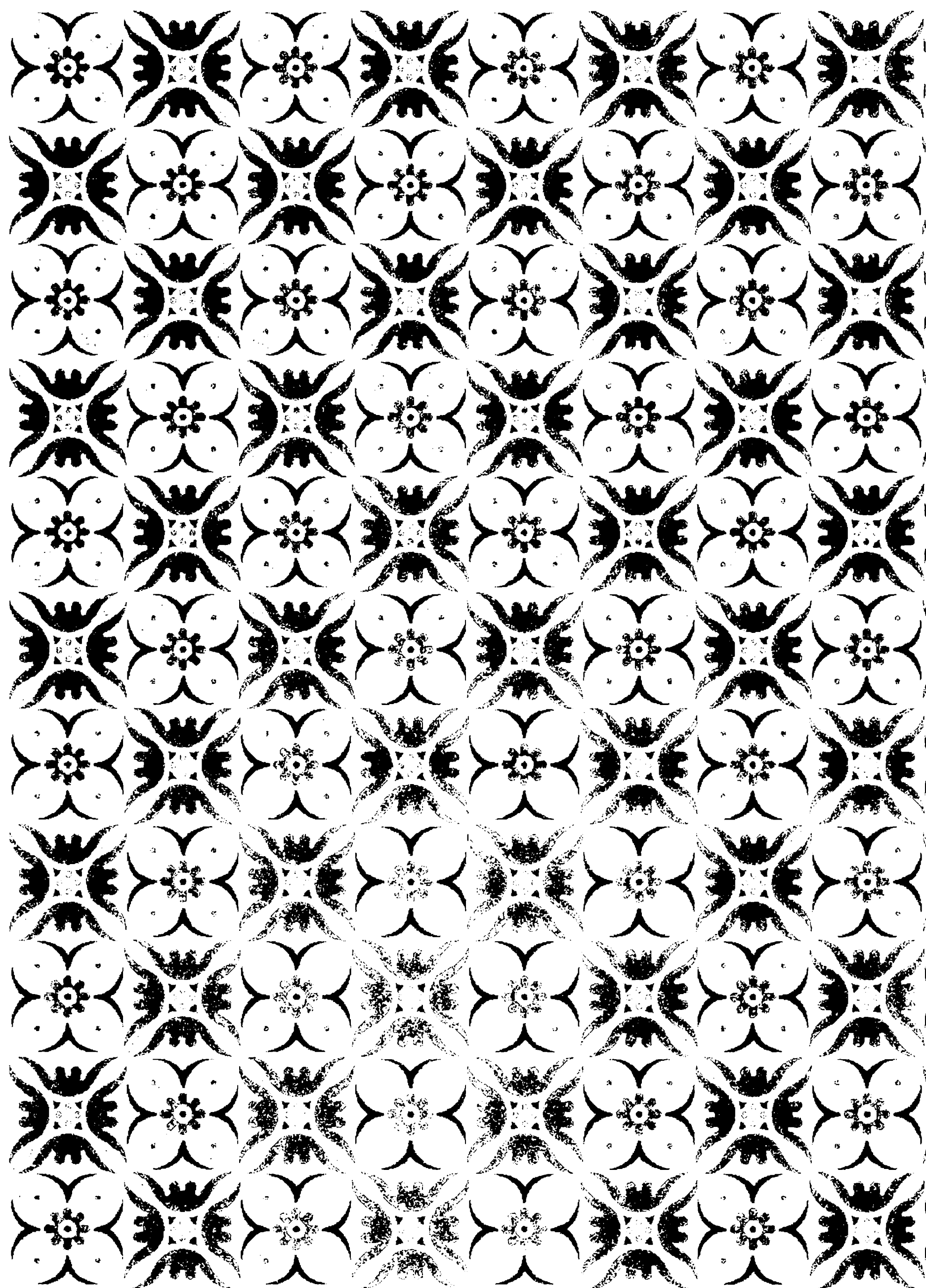
(٢) في (ز): النوادر.

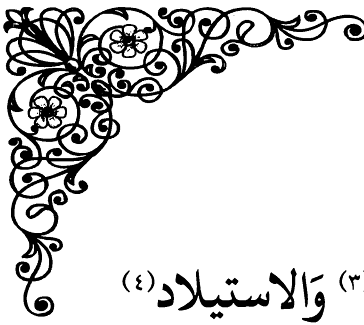
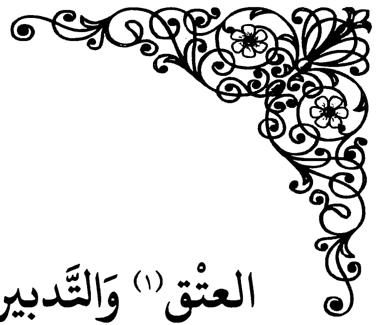
(٣) في (ز): الدليل الظني.

(٤) في (ز): النص.

(٥) في (ز): بخلافه.

(٦) في (ز): وجد.



مَسَائِلُ مِنَ
العتْق[1] وَالتَّدبير[2] وَالكتَابَةِ[3] وَالاستيلاد[4]

❊ (مَسْأَلَة):

يتجزأ العتق في حال الإعسار عندنا[5]. ولا يتجزأ في حال اليسار على أشهر الأقاويل، ويعتق الكل في الحال، والقول بسعاية العبد باطل.

وعند أبي حنيفة رحمة الله عليه: لا[6] يتجزأ في الصورتين، ويجب التكميل بالضمان أو السعاية في حال اليسار وبالسعاية في حال الإعسار[7].

❊ لنا:

ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه قال: (مَنْ

---

(١) العتق: الحرية، يقال عتق يعتق عتقًا عتاقًا فهو عتيق مشتق من قولهم: عتق الفرس إذا سبق ونجا. وعتق الفرخ إذا طار واستقل، والعبد بالعتق يتخلص ويذهب حيث شاء. تحرير الألفاظ ص٢٤٣.

(٢) التدبير: المدبر مأخوذ من الدبر، لأن السيد أعتقه بعد موته، والموت دبر الحياة. تحرير الألفاظ ص٢٤٤.

(٣) الكتابة: تعليق عتق بصفة على معاوضة مخصوصة. فتح الباري ٥/١٨٤.

(٤) الاستيلاد: طلب الولد من الأمة. ينظر التعريفات ص٢٢.

(٥) المهذب ٤/١٠، ١٣، النكت ورقة ١٨٨/أ، معالم السنن ٤/٢٦٨، شرح صحيح مسلم للنووي ١٠/١٣٧.

(٦) زيادة من (ز).

(٧) الجامع الصغير ص ٢٤٤ مع شرحه للكنوي، تبيين الحقائق ٣/٧٢ ـ ٧٤، رؤوس المسائل ص٥٤٠، شرح معاني الآثار للطحاوي ٣/١٠٨.

أعتق شركًا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوِّم عليه قيمة عدل وأعطي شركاؤه حِصصَهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ما عتق) والخبر مخرَّج في الصحيحين[1].

وروى يحيى بن سعيد الأنصاري عن نافع عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه: (مَنْ أعتق نصيبًا له في مملوكه[2] كُلِّف عتق نصيبه[3] وإن لم يكن عنده ما يُعتِقه فقد جاز ما صنع)[4].

والاستدلال بقوله: (وإلا فقد عتق منه ما عتق).

وروى الأصحاب (ورقّ منه ما رقّ)[5]، وهذا نص في التجزئ عند الإعسار.

واللفظ الذي وَرَدَ في الخبر الثاني (وإن لم يكن عنده ما يعتقه فقد جاز ما صنع)[6] ظاهر في التجزّئ عند الإعسار؛ لأن الجواز المطلق أن يثبت على هذا الوجه، فلا يُغَيِّر.

ويستدل في جانب الموسر بحديث النضر[7] بن أنس ....

---

(١) صحيح البخاري ١٥١/٥ مع الفتح، كتاب العتق، باب إذا أعتق عبدًا بين اثنين.
صحيح مسلم ١٣٥/١٠ مع النووي، كتاب العتق.

(٢) في (ز): مملوك.

(٣) في (ز): بقيته.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ١٥١/٥ مع الفتح رقم ٢٥٢٤، وأبو داود في سننه ٢٥٦/٤ مع المعالم رقم (٣٩٤٠)، والبيهقي في سننه ٢٧٧/١٠، كتاب العتق.

(٥) رواه الدارقطني في سننه ١٢٤/٤.

(٦) رواه الدارقطني في سننه ١٢٤/٤.

(٧) النضر بن أنس بن مالك الأنصاري، أبو مالك البصري ـ ثقة من الثالثة، مات سنة بضع=

عن بشير[1] بن نهيك عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: (من أعتق شقصًا من مملوك فهو حرّ)[2].

وروى[3] جويرية[4] بن[5] أسماء عن نافع، عن ابن عمر (أنه كان يفتي[6] في العبد والأمة يكون أحدهما بين الشركاء، فيعتق أحدهما نصيبَه منه فقد وجب عتقه عليه إن كان للذي اعتقَ نصيبه من المال ما يبلغ ثمنه يقام في ماله قيمة العدل، فيُدفَع إلى الشركاء نصيبُهم ويُخلّى سبيلُ المعتَق، ذكر ذلك عبد الله بن عمر عن النبي ﷺ)[7].

وقوله: (ويُخلَّى سبيلُ المُعتَق) دليل على أنه قد عتق في الحال.

وهم يروون في إثبات السعاية من طريق قتادة عن النضر بن أنس عن بشير ابن نهيك عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه قال: (مَنْ كان له شقص في مملوك فاعتقَه فعليه خلاصُه في ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال استُسعي العبدُ في رقبته غير مشقوق عليه).

= ومائة، وروى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص ٣٥٧.

(١) بشير بن نهيك السدوسي ويقال السلولي أبو الشعثاء البصري، ثقة من الثالثة، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٤٦.

(٢) لم أجده بهذا اللفظ، وأما معناه فموجود في الأحاديث السابقة.

(٣) في (ز): روت.

(٤) جويرية ـ تصغير جارية ـ ابن أسماء بن عبيد الضُبعي البصري، صدوق من السابعة، مات سنة ٧٣هـ. روى له البخاري ومسلم وأبو داود، والنسائي، وابن ماجة. ينظر: التقريب ص ٥٨.

(٥) في (ز): بنت.

(٦) زيادة من (ز)، ومن صحيح البخاري ٥/١٥١ مع الفتح.

(٧) رواه البخاري في صحيحه ٥/١٣٧، ١٥١ مع الفتح، كتاب الشركة، كتاب العتق.

وهذا الخبر متَّفق على صحته[١].

ونحن نقول: هذا الذي رووه من رواية سعيد[٢] بن أبي عروة، عن قتادة[٣] وقد رواه همام[٤] بن يحيى عن قتادة، وميّز لفظ الاستسعاء من الحديث، فجعله من قول قتادة[٥].

قالوا: وكذلك رواه شُعبة[٦]، وهشام الدستُوائي[٧][٨]، والأصح هذا إن

---

(١) صحيح البخاري ١٣٢/٥ مع الفتح، كتاب الشركة.
ومسلم في صحيحه ١٣٧/١٠ مع النووي، كتاب العتق.

(٢) سعيد بن أبي عروبة مهران اليشكري مولاهم أبو النضر البصري، ثقة، حافظ، له تصانيف، كثير التدليس، واختلط، وكان من أثبت الناس عن قتادة، من السادسة، مات سنة ١٥٧هـ. روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص١٢٤.

(٣) قتادة بن دعامة بن قتادة السدوسي أبو الخطاب البصري، ثقة ثبت، يقال: أنه ولد أكمه، وهو رأس الطبقة الرابعة، مات سنة ١١٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٢٨١.

(٤) همام بن يحيى بن دينار الأزدي العوذي أبو عبد الله البصري، ثقة، ربما وهم، من السابعة، مات سنة ١٦٤ ـ ١٦٥هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣٦٥.

(٥) ذكر ذلك الدارقطني في سننه بعد إيراده للروايات ١٢٥/٤ ـ ١٢٦.

(٦) شعبة بن الحجاج بن الورد العتكي مولاهم أبو بسطام الواسطي ثم البصري، ثقة، حافظ، متقن، كان الثوري يقول: هو أمير المؤمنين في الحديث، وهو أول من فتش بالعراق عن الرجال، وذبّ عن السُّنة وكان عابداً من السابعة، مات سنة ١٦٠هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر التقريب ص١٤٥.

(٧) هشام بن أبي عبد الله شبر أبو بكر البصري الدستوائي، ثقة، ثبت، وقد رمي بالقدر، من كبار السابعة، مات سنة ١٥٤هـ، روى له أصحاب الكتب الستة. ينظر: التقريب ص٣٦٤.

(٨) سنن الدارقطني ١٢٥/٤، وقال وافقه ـ أي شعبة ـ هشام الدستوائي فلم يذكر الاستسعاء، وهشام أحفظ مَنْ رواه عن قتادة ورواه همام فجعل الاستسعاء من قول قتادة وفصله من كلام النبي ﷺ.
=

شاء الله تعالى، والأثباتُ يقع لهم الغلط.

وعلى أنهم حملوا لفظ الاستسعاء على ما لو كان برضا العبد، ويجوز إذا رضي العبد، فإنه قال: «غير مشقوق عليه»، وهذا إنما يكون إذا رضي به العبد.

وأما الكلام من حيث القياس فالدليل عليه في جانب المعسر: أنه تصرف من حيث العتق[1] في بعض العبد، فيقتصر تصرفه على المحل الذي تصرف فيه، كما لو تصرف من حيث البيع.

يبينه: أن العتق إزالة المِلْك من المحل مثل البيع، إلَّا أن البيع إزالة إلى المشتري، والعتق إزالة لا إلى أحدٍ ولا فرق [٣٤١/أ] بينهما من حيث الإزالة فيما يرجع إلى المزيل، فإذا تجزأ أحدهما وجب أن يتجزأ الآخر.

ولأنه[2] لو أعتق الكلّ يعتَق الكلّ، وإذا لم يُعتق شيئًا منه بقي الكل على الرق، فإذا أعتق البعض دون البعض ينفذ عتقه في ذلك البعض دون الباقي اعتبارًا للبعض بالجملة.

والحرف: أنه لا مانع من التجزئ والتبعيض، وليس بمستنكر ولا مستحيل في العقول أن يعتق البعض، ويبقى الباقي على الرق؛ لأنه تصرف إضافي بسبب شرعي فإذا وجبت[3] الإضافة إلى بعضه اقتصر على المحل

= ورواه ابن أبي عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعل الاستسعاء من قول النبي ﷺ، وأحسبهما وَهِمَا فيه لمخالفة شعبة وهشام وهمام إياهما» ا. هـ. ٤/١٢٥، ١٢٦.

(١) في (ز): الإزالة.

(٢) في الأصل: ولا أنه.

(٣) في (ز): وجدت.

الذي أُضيف إليه إلا أن يقوم دليل من حيث الحسّ في أنه لا يتصور في البعض دون البعض مثل القتل، فإنه فعل محسوس لا يتصور في البعض دون البعض محسوسًا، أو يقوم دليل شرعي مثل ما إذا كان المعتق موسرًا على ما سنبيّن.

وليس معكم دليل من حيث الشرع أنه لا يجوز أن يوجد في البعض دون البعض.

وليس يدخل على هذا العفو عن بعض القَوَد؛ لأنه إنما لم يتبعّض لما بيّنا أن القتل فعل محسوس لا يتصور وجوده في بعض النفس دون البعض، فإذا أسقط البعض لم يتصور استيفاء الباقي إلا باستيفاء ما تناوله العفو، ولا بد من ترجيح أحد الجانبين إما بالاستيفاء أو الإسقاط فترجح جانب السقوط؛ لأنه يندرئ بالشبهات.

وكذلك فصل النكاح؛ لأن ملك النكاح ملك حل يُعرف بالاستيفاء، ولا يتصور الوطء من بعض المحل دون البعض، فلهذا المعنى لم يتجزأ ولم يتبعض بخلاف مسألتنا على ما سبق بيانه.

وإذا ثبت جواز التبعض والتجزئ بطل القول بالسعاية. ولأن السعاية إجبار العبد على أداء مال ليعتق، وهذا لا يجوز. ألا ترى أن المكاتب لا يُجبر على أداء بدل الكتابة.

(يبينه: أن المكاتب إذا كان لا يُجبر على أداء بدل الكتابة مع التزامه ذلك بعقد الكتابة)[1] فلأن لا يُجبَر العبد في مسألتنا ولم يسبق منه التزام

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).

واستجباب أولى.

ولأن المعتق لا يضمن إذا كان مُعسرًا فلأن لا يضمن العبد وهو أعسر من المولى أولى.

وأيضًا إذا لم يجب على المعتِق وهو فاعل العتق والضمان ضمان العتق فكيف يجب على محل العتق؟ هذا كله في جانب المعسر.

فأما في جانب الموسر فقد قام الدليل من حيث الشرع أنه لا يتجزأ، وهو الخبر الذي بيّنا.

يبينه: أن الأخبار ترادفت وتظاهرت في أنه لا يجوز قصر العتق في حال اليسار على بعض المحل، فإن الشرع أوجب عتق الباقي ففي بعض الألفاظ ما يدل على التنجّز في الحال وفي بعض الألفاظ ما يدل على وجوب التكميل بأداء الضمان.

وأيضًا فإن وجوب الضمان على المعتِق الموسر دليل قاطع على أنه لا يجوز قصر العتق في بعض المحل، فإنه لو جاز لم يكن لإيجاب الضمان على المعتق معنى، فإنه[1] تصرف في ملكه ولم يتصرف في ملك شريكه.

ولا يجوز إيجاب ضمان ملك الشريك على مَنْ يتصرف في ملكه، فدل أن الضمان إنما وجب لأن الشرع منع من التبعيض في هذا المحل، فثبت بما قلناه أنه قام الدليل الشرعي على المنع من التبعيض وَالتجزأ في حال يسار المعتِق.

---

(١) في (ز): لأنه.

وإذا ثبت هذا فلا بد من التنجز في الحال، ولا معنى للتوقف فيه؛ لأن ما امتنع التجزئ فيه شرعًا حُكم بتنجُزه في الحال.

❁ أمّا حجّتهم:

إنهم ادّعوا في المعسر أنه لا يجوز القول بالتجزّئ والتبعض فيه على القرار والثبات؛ لأنه يؤدّي إلى التضاد والتناقض من حيث الأحكام، فإن أحكام الحُرية تضاد أحكام الرق.

ألا ترى أن الرق يوجب سلب الولاية والشهادة والمالكية، والحرية توجب ثبوت هذه الأشياء، وبين السلب والثبوت في هذه الأشياء مضادة ومنافاة.

يبينه: أنه لا يمكن إثبات بعض الولاية، وبعض الشهادة وبعض المالكية للعبد ونفي البعض، وإذا ثبت المضادة والمنافاة وجب التكميل مثل ما يجب في الموسر إلا أن هناك قد أوجب الشرع الضمان على الموسر، وفي المعسر لم يوجب، فأوجبنا السعاية على العبد؛ لأن حق الساكت[(١)] قد احتبس عنده من حيث إنه لا يملك التصرف في نصيبه من العبد لحق العبد، فصار كأنه بعتق بعضه حال بينه وبين نصيبه.

وإذا ثبت الاحتباس من هذا الوجه يضمَن العبدَ مثل ما لو هبت الريح بثوب إنسان، فألقته في صبغ غيره، فإن صاحب الثوب يضمن لصاحب الصبغ صِبغَه؛ لأنه عين مال الإنسان صارت[(٢)] محتبسة عنده [٣٤١/ب]، كذلك هاهنا.

(١) في (ز): السيد.
(٢) تبيين الحقائق ٧٥/٣.

وأما إجبار العبد عليه فيجوز نظرًا للعبد، وأيضًا فإن السيد يجوز أن يستكسبَ غلامَه، ويُجبرَه عليه، وليس في السعاية إلا هذا القدر فجاز ولم[1] يمنع منه.

وأما كلامهم في الموسر فإنهم زعموا أن العتق إزالة الملك (عن المال)[2]، وليس بإسقاط الرق، فإن الرق معنىً في العبد يُملك به المحل[3] مالًا مثل الحياة معنى في المحل يصير به المحل محلًا للملك والتصرفات.

وإذا كان العتق إزالة الملك عن المال[4] فإنه يتجزّؤ ويتبعض مثل البيع ولم يتنجز في الحال إلا أن التكميل وجب للمضادة في الأحكام على الوجه الذي بيّنا.

ولم يزل شيء عن الرق في الحال عن المحل إلى أن يعتق الكل، وذلك بأن يزول ملكه عن المال في جميع المحل فحينئذٍ يعتَق جميعه ويسقط الرق؛ لأنه لم يبق للرق فائدة، فإن الرق إنما يثبت لفائدة ملك المال، فإذا لم يبق في المحل ملكُ المال[5] لابد[6] من سقوط الرق لعدم الفائدة في بقائه.

وهذا هو (معنى قولهم)[7]: إن المعتَق بعضه بمنزلة المكاتب إلى أن

(١) في (ز): ولا.
(٢) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): المملوك.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): فلابد.
(٧) في (ز): المعنى بقولهم.

يؤدِّي السعاية، فحينئذٍ يعتق.

وكذلك قالوا في الموسر: إن العبد بمنزلة المكاتب إلى أن يؤدّي المعتِق الضمان.

قالوا: وإنما لم يتنجز العتق في الحال نظرًا للشريك الذي لم يُعتِقه[1] فإنه يؤدّي تنجيزُ العتق إلى الإضرار به من حيث إن ملكه يزول في الحال ويبقى حقه، إما في ذمة المعتق أو في ذمة العبد إلى أن يصل إليه.

(فأما إذا)[2] لم يتنجز العتق في الحال فقد نظرنا للعبد من حيث وجوب التكميل، ونظرنا للشريك الذي لم يعتقه[3] من حيث إبقاء مِلكه إلى أن يصل إليه حقه فيكون هذا أولى (مما قالوه)[4]، هذا وجه كلامهم في الفصلين على الاختصار.

۞ **الجواب:**

أما منع التجزئ في المعسر لأجل المضادة والمنافاة في الأحكام.

فليس بشيء؛ لأنا نقول: إن المالكية تثبت للعبد بقدر ما عتق[5].

وأما الولاية والشهادة فثبوتها معلق بكون الشخص حُرًّا من كل وجه، أو بوجود الحرية في جميع الشخص، فإذا وُجد في البعض دون البعض لم

(١) في (ز): لم يعتق.
(٢) في (ز): فإذا.
(٣) في (ز): لم يعتق.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): عتق منه.

يوجد الشرط، فلم يثبت شيء من الولاية ولا الشهادة.

وأما كلامهم في إيجاب السعاية فبعيد جدًّا؛ لأنه لم يحتبس عنده شيء من ماله إنما عتق بعضه، وبقي بعضه على الرق كما كان وعلى أن هذا الحبس من قبل الشرع لا من قبل العبد فكيف نوجب عليه الضمان؟.

ومسألة الصبغ ممنوعة، وعندنا: يُباع الثوب مصبوغًا، ويَقسمان قيمته على قدر[1] الحصص.

وأما كلامهم في الموسر فقد أثبتوا التجزّئ ونحن نقول به.

وقولهم: إن العتق ليس بتصرف في الرق من حيث الإزالة إنما هو إزالة المِلْك عن المال فكلام في غاية البعد، ومِلْك المال في العبد والجارية هو الرقّ، والرقّ مِلْك المال فلا يتصور التفصيل والتفريق.

وهذا؛ لأن العتق إثبات الحُرية، ولا يتصور إثبات الحرية مع بقاء الرقّ.

وقولهم: يبقى رقيقًا إلى أن يضمن المعتِق، أو يَسعَى العبد لا يصح؛ لأنه قد أُعتق النصف فلا يتصور بقاء جميعه على الرقّ مع الإعتاق كما لا يتصور بقاء شيء منه على الرقّ مع إعتاق الكل.

والذي قالوا على التكميل يبطل على أصولهم بإعتاق بعض أم الولد يعتق كلها في الحال، وكذلك في استيلاد الجارية المشتركة تصير جميعُها أم ولد في الحال.

---

(١) زيادة من (ز).

وعلى أن النظر فيما قلنا(١) من بقاء ملكه في نصيبه إذا كان معسرًا يتصرف فيه كما يُحب، وفي الموسر إذا أوجبنا الضمان، وألزمناه في الحال انتفى الضرر، والله أعلم.



※ (مَسْأَلة):

إذا أعتق ستة أعبد في مرض موته، وقيمتهم على السواء يُجزّؤون ثلاثة أجزاء، ويقرع بينهم، ويعتق اثنان، ويرقّ أربعة(٢).

وعندهم: يعتق من كل واحد ثُلُثُه، ويبقى الثلثان على الرقّ، ثم يعتَقُ بالسعاية(٣).

وقالوا: القول بالقرعة باطل(٤).

※ لنا:

حديث الحسن عن عمران بن الحصين أن رجلًا من الأنصار أعتق ستة أعبد لا مال له غيرهم، فجزّأهم رسول الله صلى الله عليه ثلاثة أجزاء، وأقرع بينهم فأعتَق اثنين، وَرَدّ أربعةً في الرق(٥). وهذا نص.

---

(١) في (ز): قلناه.
(٢) المهذب ٢/٧ ـ ٨، معالم السنن ٤/٢٦٨.
(٣) الأسرار ٢/٣٦٣/أ، عارف حكمت، المبسوط ٢٩/٧١، رؤوس المسائل ص٥٤١.
(٤) الأسرار ٢/٣٦٣/أ، عارف حكمت.
(٥) رواه مسلم في صحيحه ١١/١٣٩ ـ ١٤٠، كتاب البيوع، باب صحبة المماليك، وأبو داود في سننه ٤/٢٦٧ مع المعالم، كتاب العتق.

والمعنى[1] نقول: العتق في المرض وصية، والوصية محلها الثلث بدليل سائر الوصايا، وثُلث ستة اثنان، فوجب أن ترد هذه الوصية [٣٤٢/أ] إلى محلّها، وفي إعتاق اثنين رَدّ الوصية إلى (محل الوصية)[2]، فوجب رَدّ الوصية، وهي العتق إلى اثنين وإبطالها في الزيادة؛ لأن التصرف في غير محله باطل.

وتستعمل القرعة في تعيين الاثنين بالنص ولنفي التهمة، كما يستعملها القضاة في قسمة المواريث وقسمة الغنائم.

قالوا: على هذا، ونحن إذا أعتقنا من كل عبد ثُلُثَه، فقد رددنا الوصية إلى الثلث وهو أولى مما قلتم؛ لأنه بالإعتاق أثبت الحق لجميع العبيد، فلا يجوز أن يُحرَم البعضُ، ويُعطَى البعضُ مع الاستواء في السبب.

❁ **الجواب:**

قلنا: لا، بل ما قلناه أولى، وهو محزّ الكلام في المسألة.

وإنما قلنا: إن هذا أولى؛ لأن المعادلة واجبة بين الثلث والثلثين للموصَى لهم والورثة[3]، ولا يجوز التخيير[4] بواحد من الحَقَّين.

ومن المعادلة أن لا يُسلَّم شيء للموصَى له إلا ويُسلَّم مثلاه للورثة، ولا يقدِّم حق الموصَى له على حق الوارث؛ لأنه ظلم وجور.

---

(١) في (ز): ومن حيث المعنى.
(٢) في (ز): محلها.
(٣) في (ز): للورثة.
(٤) في (ز): البخس.

وفيما قلناه تعديل بين الجانبين، وفيما قلتم ظلم وجور، وذلك لأنا إذا جمعنا الثلث في عبدين معَّينين سلمت العبيد الأربعة للورثة عن الثلثين، فيكون سلامة الثلث في مقابلة سلامة الثلثين، فتحصل المعادلة والموازنة، وينتفي البَخْس والنقص.

وأما إذا أعتقنا من كل عبد ثُلثَه فإنه يَسْلَم حق الموصَى لهم في الحال، ويصير حق الورثة في مال السعاية، ويتأخر إلى أن يسعى العبيد، ويُسَلَّم لهم فتكون هذه السلامة على خطرٍ عظيم، وتفوت المعادلة التي أمر بها الشرع، فإنه لا معادلة ولا مساواة بين حَقَّينِ يتعجل أحدهما ويتأخر الآخر.

وهذا لأن التأخير أخو[1] الإبطال، فإذا لم يصح القول بالإبطال فلا يصح القول بالتأخير.

قالوا: في جمع الثلث في اثنين معَّينين إبطال حق الأربعة، وهذا[2] لا يجوز.

يبينه: أن فيما قلتم إبطال، وفيما قلناه تأخير، والتأخير أهون من الإبطال.

وقالوا أيضًا: إذا كان هذه الستة أعبُد بين شريكين في الثلث والثلثين، فأعتقهم أحدُهما فإنه لا يُجمع حقُّه في عبدين معَّينين، بل عندكم يعتق من كل واحد ثلثه، ويُترك الباقي على الرق، فهلا عملتم في مسألتنا هكذا.

والجواب: أن الحرمان الذي زعمتم[3] لابد منه إلا أن عندكم في

---

(١) في (الأصل): أخ.

(٢) في (ز): وذلك.

(٣) في (ز): نقمتم.

الأشقاص وعندنا في الأشخاص، والذي قلنا أولى بدليل ما بيَّنا.

قالوا: فيما قلتم حرمانُ بعض العبيد، وتقديم البعض على البعض بلا دليل مع وجود المساواة بينهم في السبب.

قلنا: وفيما قلتم ترك بعض الشخص على الرق مع إضافة العتق إلى الجملة.

وتحقيق هذا أن يقال لهم: لم قلتم لا يجوز حرمان بعض العبيد؟

فإن قالوا: لأنه أضاف سبب الاستحقاق إلى جميع العبيد.

قلنا: وكذلك وجب أن لا يجوز عتق بعض الشخص والمنع في البعض مع إثبات العتق في الكل.

قالوا: ليس في هذا إسقاط حق ذي حق، (وفيما قلتم إسقاط حق ذي حق)[1]، ولا يجوز تقديم ذي حق على ذي حق مع الاستواء، أما التسوية بين ذوي الحقوق في قدر الحقوق[2] جائز.

قلنا: نحن إنما ادّعينا[3] ما ادّعينا لبيان أن كلَّ واحدٍ مِنَّا ومنكم قد نقص من الحق الواجب بالسبب.

يبقى قولهم: إن فيما قلتم إسقاط حق ذي حق وتقديم غيره عليه.

قلنا: لا نسلم، بل إعتاقُ العبيد الستة إعتاق اثنين عندنا؛ لأن الدليل

(١) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٢) في (ز): الحق.
(٣) في (ز): ما ادعيناه.

قام عندنا على أن الوصية لا يجوز أن تتجاوز ثُلثَ المال، وعرفنا قطعًا أن عبدين ثلث ماله، وقام الدليل أيضًا على وجوب المعادلة والتسوية وهي فيما قلناه لا فيما قلتم.

فجاء من مجموع هذا أن إعتاق الستة إعتاق عبدين، فلم يتضمن ما قلناه حرمان ذي حق أصلًا، وإنما أفادت القرعة تمييز المستحق من غير المستحق هذا منتهى[1] الكلام.

وأما مسألة الشريكين التي أوردوها قلنا: الفرق بين الصورتين أن الشريك ليس بسبيل من جمع حقه في عبدين معينين، فتعين الحكم الذي قلتم، وهو أن يُعْتَقَ من كل واحد ثلثُه الذي هو نصيبه، ويبقى نصيب صاحبه على الرق.

وأما في مسألتنا فإن المالك بسبيل من جميع حقه في عبدين معينين بدليل أنه لو أعتق في الابتداء عبدين معينين فإنه يجوز، ولهذا لو أعتق الجميع لسعى الشرع في جمع الثُلث في عبدين مُعَيَّنين، فصار هذا أولى مما قالوه بالطريق الذي بيَّنا[2].

ولأن الجمع في عبدين [٣٤٢/ب] سعى في التكميل على ما قصده، وفيما قالوه تفريق وتشقيص وهو خلاف ما قصده، وما قلناه أولًا كافٍ، وعليه الاعتماد.

۞ أمّا حجّتهم:

فهو ما قلناه، وذلك أن العبيد استووا في استحقاق العتق، فوجب أن

(١) في (ز): تمام.
(٢) في (ز): قلناه.

لا يجوز إثبات الحق للبعض وحرمان البعض، أو وجب أن لا يجوز تقديم بعض الموصَى لهم على البعض بالقرعة، كما لو أوصى برقاب العبيد الستة لستة نفرٍ أو أوصى بهم لآبائهم، وتحقيقه ما سبق من قبل.

وتكلموا على قولنا[١]: إن في إعتاق الثُلث من كل واحد تأخيرُ حق الورثة وتعجيل حق الموصَى لهم.

قالوا: ليس كذلك، فإن عندنا المعتق بعضه بمنزلة المكاتب، والمكاتب عبد فلا يسلم شيء في رقبة المعتق بعضه له إلا بعد سلامة حق الورثة للورثة، وذلك بعد أداء بدل مال السعاية، فيكون سلامة بسلامة.

ثم ألزموا على ما قلنا[٢] إذا كان مال الميت دينًا[٣] على إنسان فأبرأه، فإنه يتعجّل حق صاحب الدين ببراءة ذمته، ويتأخر حق الورثة إلى أن يؤدّي الدَين ورُبما يكون على معسر فيتأخر لا إلى نهاية، ومع ذلك لم يُبال بهذا التقديم والتأخير؛ لأن رد الإبراء الحاصل لا يمكن، كذلك هاهنا لا يُبالى بهذا التقديم والتأخير؛ لأن صرف العتق من محل إلى محل لا يمكن، وردُّهُ بعد أن تحقق سببه لا يمكن.

وأما كلامهم على فصل القرعة فزعموا أنها باطل، وهي قمار؛ لأنها تتضمن ثبوت الاستحقاق بالقرعة، وهي نظير الميسر الذي كان يفعله أهل الجاهلية، وضَمَّه الله تعالى إلى عبادة الأصنام[٤].

---

(١) في (ز): قلنا.

(٢) في (ز): قلناه.

(٣) في الأصل: دين.

(٤) الأسرار ٢/٣٦٤/أ، عارف حكمت.

واعترضوا بهذا الطريق على الحديث الذي روينا، وقالوا: هو خبر واحد يخالف الأصول، والأصول مُجمع عليها، فالخبرُ الذي لا يوجب العلم لا يُقبَل على معارضة الأصول التي هي موجبة للعلم.

ثم حملوا قوله في الخبر (اعتق اثنين) أي أعتِق اثنين شايعين، وإذا أعتقنا من كل عبد[١] ثُلثًا فقد أعتقنا اثنين شايعين، فهو مثل ما وَرَدَ في الخبر (في أربعين من الغنم شاة)[٢] يعني شاة شائعة في الجميع[٣].

قالوا: وأما القرعة فهي بمعنى الضرب، ومعناه: ضَرَبَ لكل واحد منهم بسهم في نفسه، وذلك السهم هو الثلث.

❁ **الجواب:**

عن المعنى الذي ذكروه بالطريق الذي قدمنا[٤].

والحرف: أنه لم يعتق الستة في الحقيقة، إنما أعتق اثنين غير مُعَيَّنين على ما سبق ذكره.

وأما مسألة الدَّين وما ألزموا من فصل الإبراء فمن أصحابنا مَنْ منعها، وقال: لا يبرأ مَنْ عليه الدَّين في الحال، والمنع بعيد.

والجواب على التسليم: أن هذا المسألة لا تُشبه مسألتنا؛ لأن تأخير حق

---

(١) في (ز): واحدٍ

(٢) تقدم تخريجه في باب الزكاة.

(٣) الأسرار ٢/٣٦٤/أ، عارف حكمت.

(٤) في (ز): قدمناه.

الورثة لم يكن لتعجل حق (الموصَى له)[1]، فإن الدَين في أصله مؤجل سواء أبرأ مَنْ عليه الدَين أو لم يُبرءه، والمسألة في هذه الصورة.

وأما في مسألتنا فإن تأخر[2] حق الورثة كان لتعجل حق الموصَى له، فإنه ما لم يعتق من كل عبد ثلثه لا يجب السعاية في ثلثي قيمته.

وأما الذي قالوا: إنه لا يُسَلّم لواحد من العبيد شيء من العتق ما لم يُسَلّم حق الورثة لهم بوصُول مال السعاية إليهم.

فقولٌ حائدٌ من[3] الصواب؛ لأن العتق قد أوقع على العبيد، ولا[4] يحتمل التأخير، ولابد من الحكم بنزوله ووقوعه، وإذا وقع ونزل فقد تحققت السلامة التي قلناها مع تأخر[5] حق الورثة.

وقولهم: إنه بمنزلة المكاتَب.

فقول[6] لا[7] يمكن تمشيته، ولا إقامة الدليل عليه، وتأخير نزول العتق في العبد[8] بعد إعتاق العبد محال.

وأما ما قالوه في إبطال القول بالقرعة، فهو في معارضة النص فلا يُقبل.

(١) في (ز): المبرأ.
(٢) في (ز): تأخير.
(٣) في (ز): عن.
(٤) في (ز): فلا.
(٥) في (ز): تأخير.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): فلا.
(٨) في (ز): المعنى.

ودعوى القمار باطلة، ولا نقول: إن الاستحقاق يتعلق بالقرعة، بل الحق ثابت لعبدين غير مُعَيَّنين من الستة وتمَّيز بالقرعة.

وقولهم: إن هذا خبر واحد.

قلنا: الخبر إذا ثبت صار أصلًا من الأصول، ولا يجب عرضُه على أصلٍ مَّا، وليس هذا إلا رد الخبر بالقياس، فإن قياس هذه الحادثة على سائر أخواتها يوجب أن لا تُستَعمل القُرعة، والخبر (وَرَدَ على استعمال القرعة)[1]، فيكون (رد الخبر)[2] بالقياس وهذا لا يجوز.

وأما التأويل ففي غاية البعد.

وقوله: (اثنين) ينصرف ظاهره إلى اثنين معَّينين غير شائعين فلا يجوز تركه إلا بدليل.

وأما تأويل القرعة ففي نهاية البعد، والمعتبر القرعة في المحل الذي وَرَدَ فيه الخبر وهو [٣٤٣/أ] أنه ﷺ (جزّأ العبيد ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم)[3] لا يحتمل سوى المعنى الذي بيَّنا.

وربما قالوا: إن القرعة جماد لا تمييز له، والرجوع إلى تمييز مَنْ لا (تمييز له)[4] محال.

قلنا: عندنا المميّز هو المُستعمِلُ للقرعة إلا أنه بآلة القرعة لنفي التهمة،

---

(١) في (ز): قد دلّ على استعمالها.
(٢) في (ز): ردًا للخبر.
(٣) ينظر: ص ٦٠٤.
(٤) في (ز): تميز.

كما يفعل القاضي في تقديم الخصوم، وفي تمييز الأنصباء من[1] القسمة للتركات، والإمام في قسمة الغنائم. والله أعلم.



❋ (مَسْأَلَة):

إذا قال لغلامه وهو أكبر سنًّا منه: هذا ابني، أو أصغر سنًّا منه: هذا أبي، لم يعتق عندنا[2].

وعندهم: يعتق[3].

وقول أبي يوسف ومحمد مثل قولنا[4].

❋ **لنا:**

إنه مُحيل في كلامه، فلا يُحكم بصحة كلامه.

دليله: إذا قال: أعتقتك قبل أن أُخلَق، أو قبل أن تُخلَق، أو قبل أن أُولَدَ، أو قبل أن تُولَد.

وكما لو قال: قطعتُ يدَك، ويده صحيحة، فإنه لا يجب عليه الأرش.

وأما قولنا: «مُحيل في كلامه»، فظاهر لا يخفى على أحد، وهذا لأن

---

(١) في (ز): في.

(٢) النكت ورقة ١٩٠/أ.

(٣) الأسرار ٢/٣٥٣/أ، عارف حكمت، مختلف الرواية ورقة ١٧٤/ مخطوط، الأسرار ص٤٨٤، كتاب النكاح بتحقيقنا، المبسوط ٥/١٤٥.

(٤) الأسرار ٢/٣٥٣/أ، عارف حكمت، مختلف الرواية ورقة ١٧٤، مخطوط، المبسوط ٥/١٤٥.

الكلام المحال باطل في نفسه، والباطل لا حكم له.

يدل عليه: أن الحكم تبعُ[١] الحقيقة، فإذا لم يكن للكلام[٢] حقيقة، فلا يكون له حكم، وإذا لَغَى في نفسه لَغَى في حكمه.

❁ أمّا حجّتهم:

زعموا أن قوله: هذا ابني إقرار بالحرية؛ لأن البنوة تضاد الرقّ على معنى أنه لا يتصور أن يكون الشخص ابنًا للشخص عبدًا[٣] له، ونفي الشيء إثبات لما يُضادُّه.

وعلى هذا قال أهل الأصول: إن الأمر بالشيء نهي عن ضده.

والدليل على المضادة: أنه لا يتصور اجتماعُ البنوة والرق بحال، وعلى هذا المعنى وَرَدَ قوله تعالى: ﴿وَمَا يَنۢبَغِى لِلرَّحۡمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ﴿٩٢﴾ إِن كُلُّ مَن فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ إِلَّآ ءَاتِى ٱلرَّحۡمَٰنِ عَبۡدًا﴾[٤]، فقد نفي البنوّة عن نفسه بإثبات العبودية على خلقه.

وإذا ثبت هذا الأصل فيكون الإقرار بالبنوة إقرارًا بالحرية، فصار كما لو صرّح بالإقرار بالحرية، وهو كما قال لمعروف النسب: «هذا ابني»، فإنه يعتق[٥] للمعنى الذي ....

(١) في (ز): يتبع.
(٢) في (ز): الكلام.
(٣) في (ز): وعبدًا.
(٤) سورة مريم، آية (٩٢ ـ ٩٣).
(٥) في (ز): يعتق عليه.

بيَّنا[١]، فكذلك[٢] هاهنا.

يبينه: أن النسب في هذه الصورة منتفٍ شرعًا، وفي مسألتنا منتفٍ حقيقة، والمنتفي شرعًا كالمنتفي حقيقة، ولهذا لا تُسمع البيّنة على النسب في الموضعين.

وأما أبو زيد[٣] فإنه قال: كلام العاقل إذا لم يُمكن استعمالُه على حقيقته[٤]، فإنه يُستعْمل[٥] على مجازه، فإن قصد العاقل من كلامه تصحيحَه، فإذا وجدنا وجهًا لتصحيحه بالحقيقة أو المجاز لا يجوز إلغاؤه.

وهذا لأن الحقيقة والمجاز طريقان مستعملان في كلام العرب على العموم، فإذا أمكن تصحيح الكلام بواحد منهما لم يجز إلغاؤه.

ووجه المجاز هاهنا أن يُجعل مجازًا على حكمه، وحكم البنوة أن يعتق الابن عند دخوله في ملكه، فيصير مجازًا عن هذا الحكم[٦]، ويُجعل[٧] كأنه قال: عتقتَ عليّ حين دخلتَ في ملكي، ولو قال: هكذا[٨] عَتَقَ كذلك هاهنا.

قالوا: وليس كما لو قال: اعتقتُك قبل أن أُخلقَ أو قبل أن تُخلَق؛ لأنه

(١) في (ز): قلناه.
(٢) في (ز): كذلك.
(٣) الأسرار ٢/٣٥٣/أ، ب، عارف حكمت.
(٤) في (الأصل): حقيقة.
(٥) في (ز): يحمل.
(٦) ليست في (ز).
(٧) في (ز): يصير.
(٨) في (ز): هذا.

لا يمكن أن يجعل مجازًا عن حكمه.

وليس كما لو قال: قطعتُ يدك ويده صحيحة؛ لأن حكمَه الأرش، ولا يمكن إيجاب الأرش مع فقد الجراحة فإنه لا يكون أَرْشًا.

الجواب:

أما دعواهم أنه إقرار بالحرية فدعوى باطلة، ودعوى البنوة غير، والإقرار بالحرية غير.

وقولهم: إن بين البنوة والرقّ مضادة ومنافاة.

قلنا: بلى، ولكن أين البنوة حتى (يوجب المضادة)[1]!، والشيء إذا كان ينتفي بوجود ضده ولم يُوجد الضد[2] فكيف ينتفي؟ وهذا لأن الحُرية حكم البنوة فإذا لم تُوجد البنوة لم يثبت حكمًا[3].

وأما فصل معروف النسب:

قلنا: إنما سقطت الحرية هاهنا، لإحالته في كلامه، وفي تلك المسألة هو غير محيل في كلامه؛ لجواز أن يكون الأمر على ما قال، فلأجل هذا الجواز أثبتنا النسب في حقه وإذا ثبت النسب في حقه تثبت الحرية.

وفي مسألتنا لا يتصور ثبوت النسب أصلًا فلم تثبت الحرية؛ لأن النسب الذي لا حيلة في تصحيحه لا يثبت له حكم؛ لأنه هذيان، والهذيان لا حكم له.

---

(١) في (ز): توجهت المنافاة.
(٢) في (ز): ضده.
(٣) في (ز): حكمها.

والدليل على الفرق بين معروف النسب وبين مسألتنا: أن في معروف النسب تثبت أُميّة الولد للجارية إذا كانت في ملكه، وفي مسألتنا لا يثبت وقد نَصُّوا على هذا، وهو إلزام معتمد.

وأما طريقة أبي زيد:

قلنا: يدخل على هذه الطريقة فصل أُمِّيَّة الولد للجارية، فإن ثبوت أُمِّيَّة [٣٤٣/ب] الولد للجارية حكم دعوى البنوة، ومع ذلك لم يصر مجازًا عنه.

وكذلك إذا قال: أعتقتُك قبل أن أُخلَق، أو قبل أن تُخلق، فإن التحريم حكم العتق، ومع ذلك لم يصر مجازًا عنه وكذلك وجوب المال في قطع اليد والدِّيَة في دعوى القتل، والمقتولُ حيٌّ قائم.

وقولهم: إنه(١) لا يكون أَرْشًا ولا دية.

قلنا: الأرش عبارة عن مال يجب، والدية اسم لما يؤدّى.

ثم نقول من طريق المعنى: إن العتق حكم لبنوة ثابتة على معنى أنه يثبت عتق من طريق الحكم لا بإعتاقه، وفي مسألتنا يصير المالك مُعتقًا عندكم بهذا القول، والبنوة لا تكون سببًا لإعتاق من المالك بحال، ولا يجوز أن يُجعل مجازًا عنه.

وصار الحرف: أن ما يثبت بالبنوة لا يمكن إثباته هاهنا، وما يثبت هاهنا لا يكون حكمًا للبنوة بحال، فبطل هذا الكلام من أصله.

---

(١) ليست في (ز).

وفي المسألة إلزامات سوى ما ذكرنا(١) اقتصرنا على هذا القدر ؛ لأن فيه كفاية وغُنية(٢) ، والله أعلم.



※ (مَسْأَلَة):

الحر إذا اشترى أخاه لم يعتق عليه، وهو مثل ما لو اشترى أجنبيًّا منه(٣).

وعندهم: يعتق عليه(٤).

❖ لنا:

إن الشراء سبب لملك دائم ما لم يُوجد قاطع ، وإنما قلنا ذلك ؛ لأن الثابت في حال البقاء هو الثابت في حال الابتداء ، فإذا كان الشراء سببًا للملك ابتداءً صح أن يقال: هو سبب لملك مستدامٍ ما لم يوجد قاطع ، ولم يوجد قاطع في مسألتنا فدام الملك بالسبب الذي قدَّمنا.

فإن قالوا: قد وُجد هاهنا قاطع.

قلنا: هذا الشخص إنما صار محلًا للملك بالرقّ الذي فيه ، والرقّ الذي فيه موجود في حق الناس أجمع ، فكان محلًا للملك في حق الناس أجمع.

---

(١) في (ز): ذكرناه.
(٢) زيادة من (ز).
(٣) النكت ورقة ١٨٩/أ، المهذب ٢/٦ ، الحاوي ١٨/٧١ ، معالم السنن ٤/٢٦١.
(٤) اللباب ٢/٦٢١ ، فتح القدير ٤/٤٤٨ ، شرح معاني الآثار ٣/١١٠ ، رؤوس المسائل ص٥٣٩.




يبينه: أنه محل شرائه فيكون محل ملكه ؛ لأن الشراء سبب الملك ، فإذا كان الشخص محل سبب الملك كان محل الملك ؛ لأن الأسباب[1] تراد لأحكامها[2] ، لا لأعيانها.

ألا ترى أن الأخت لما لم تكن محل حل النكاح لم تكن محل النكاح.

وعلى هذا الكلام تنقطع المطالبة أصلًا ، ولا يبقى إلا تعلقهم بفصل الأب ، وبيان المعنى الذي قالوا في الأب أنه يعتق عليه وتعديته إلى الفرع.

۞ وأمّا حجّتهم:

ذهبوا إلى ما رواه الحسن عن سمرة أنّ النبي عليه السلام قال: (مَنْ مَلَكَ ذا رَحِمٍ مُحَرَّم فهو حُرّ)[3].

وبملك[4] الأخ قد مَلَكَ شخصًا على هذا الوصف فيتحرر بنص الرسول صلى الله عليه.

ومن جهة المعنى قالوا: قرابة الأخوة قرابة محرّمة للنكاح ، فتفيد العتق عند الملك.

---

(١) في (ز): الأحكام.
(٢) في (ز): لأسبابها.
(٣) رواه أصحاب السنن: سنن أبي داود ٢٦٠/٤ مع المعالم ، كتاب العتق ، باب فيمن ملك ذا رحم محرم رقم (٣٩٤٩). سنن الترمذي ٩٧/٦ مع العارضة ، الأحكام ، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم ، وقال: «هذا الحديث لا يفرقه مسندًا إلا من حديث حماد بن سلمة». وابن ماجه ٨٤٣/٢ في العتق ، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر رقم (٢٥٢٤).
(٤) في (ز): ومن ملك.

دليله: قرابة الولادة، وهذا[1] لأن هذه القرابة علة مؤثرة في إيجاب الصلة، وتحريم القطيعة.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن القرابة علة مؤثرة في جانب[2] الكرامات، ومن الكرامة وجوب الصلة وحرمة القطيعة.

(وقد وردت نصوص كثيرة في القرآن والسنة تدل على حرمة القطيعة)[3]، قال الله تعالى: ﴿وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ﴾[4].

معناه: واتقوا الله الذي تتساءلون به، واتقوا الأرحام أن[5] تقطعوها.

وقيل: هو[6] قول الإنسان لغيره: أنشِدُك اللهَ والرحمَ.

ويدل عليه قوله تعالى: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِن تَوَلَّيْتُمْ أَن تُفْسِدُواْ فِى ٱلْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوٓاْ أَرْحَامَكُمْ﴾[7].

وفي الخبر: (الرحم شِجْنة[8] تتعلق بعرش[9] الرحمن، فتقول: يا رب قُطِعتُ، ولم أُوصلْ، فيقولُ الله تعالى: (لأَقطعنَّ من قَطَعَكَ وأصِلَنّ مَن

---

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): جلب.
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) سورة النساء، آية (١).
(٥) في (ز): أي لا تقطعوها.
(٦) في (ز): هي.
(٧) سورة محمد، آية (٢٢)
(٨) قال أبو عبيد: يعني قرابة مشتبكة كاشتباك العروق. الغريب في الحديث ٢٠٩/١.
(٩) في (الأصل): بحقو.

وصلك)[1]، والأخبار في هذا كثيرة.

قال ﷺ عند بيان المعنى في تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها: (فإنكم إذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم)[2].

ثم الدليل على أن هذه القرابة محرمة للقطيعة: أنها محرَّمة[3] للنكاح، وليس تحريم نكاح الأخت إلا الاحتراز عن القطيعة، فإن النكاح نوع رق على ما وَرَدَ فيه النص.

ولأنه عقد الاستفراش، والاستفراش قهرٌ وإذلالٌ، والقهر والإذلال قطيعة الرحم[4]، وبهذا الطريق مُنِع الكافر من نكاح المسلمة لشرف الإسلام في المحل، فمُنِع كرامةً للمسلمة إلا أن ظهور هذه الكرامة يكون في حق الكافر؛ لأنا لو منعنا المسلم من نكاح المسلمة لشرف الإسلام أبطلنا جميع الأنكحة، ولا يخفى ما فيه من المفاسد.

وأما في مسألتنا هذه الكرامة للقرابة، والقرابة إنما تكون مع [٣٤٤/أ] شخص مخصوص، فثبت هذا المنع في حقه على الخصوص.

وإذا ثبت أن تحريم[5] النكاح لحرمة القطيعة، فمعنى القطيعة في ملك اليمين أكثر وأظهر، فالمنع منه أولى؛ لأن النكاح يشبه الرق، وملك اليمين

---

(١) رواه البخاري في صحيحه ٤١٧/١٠ مع الفتح، كتاب الأدب، باب من وصل وصله الله (مع اختلاف في اللفظ)، وأحمد في مسنده ٤٠٦/٢ ـ ٤٥٥، واللفظ لأحمد.
(٢) رواه الطبراني ٣٣٣/١١، وابن حبان في صحيحه. ينظر التلخيص الحبير ١٦٧/٣.
(٣) في (الأصل): محرّم.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (ز): حرمة.

حقيقة الرق، ولأنه يوجب الابتذال في الاستخدام والامتهان في الأعمال، وهذا عين القطيعة إلا أنا مع هذا لا نمنع من الشراء؛ لأنه موصل إلى العتق، والشراء في نفسه ليس بابتداء تملكٍ.

وسبب العتق هو أن القرابة كما تحرّم القطيعة توجب الصلة، وكذلك المِلْك (موجب للصلة)[1].

أما القرابة فتوجب صلة الإرث والنفقة.

وأما بالملك[2] توجب صلة الزكاة، والعتق صلة، ولا تتصور هذه الصلة بالقرابة إلا في محل الملك، فجاز أصل الشراء، وثبت الملك ليحصل صلة العتق.

وأما في النكاح فهو ابتداء ملكٍ، وليس بموصل إلى العتق، فامتنع ابتداءه لهذا المعنى.

وأيضًا فإن الابتذال والامتهان إنما يوجد في الاستخدام، وهو في بقاء الملك لا في ابتداء الملك.

وقالوا[3]: ألا ترون[4] في قرابة الولادة صَحَّ أَصْلُ الشراء، وثبت الملك لأجل العتق، ولم يصح النكاح أصلًا.

والكلام المختصر لهم من هذا كله: أن هذه القرابة لمّا صينت عن أدنى

(١) في (ز): يوجب الصلة.
(٢) في (ز): الملك.
(٣) ليست في (ز).
(٤) في (ز): ترى.




الذُّلين وهو النكاح وجب أن يُصانُ عن أعلاهما وهو ملك اليمين.

قالوا: ولا يدخل على ما قلنا[١] الرضاع؛ لأنه لا قرابة ثَمَّ حتى يوجب الصلة، والعتق صلة.

وأما حرمة النكاح إنما كان لشبهة البعضية؛ لأن الماء سبب ابتداء الخلق، واللبن سبب النشْء، والماء علة البعضية، فإذا كان اللبن سبب تربية البعضية لابد[٢] من ثبوت شبهة البعضية فيه.

قالوا: ولا يدخل[٣] تحليل حليلة الأخ؛ لأنه ليس في نكاح امرأة الغير قطيعة الرحم؛ لأن الأول قد فارقها ورفَضها، ثم تزوَّجها الثاني، وهذا لا يدل على الأذى[٤].

ألا ترى أن المسلم إذا فارق امرأة، وكانت يهودية أو نصرانية، وتزوَّجها كافر يجوز، ولو تضمَّن الأذى[٥] لمُنِع منه؛ لأن الكافر يُمنَع من أذى المسلم.

وأما الأب فإنما لا يجوز له نكاح حليلة الابن، والابن لا يجوز له نكاح امرأة الأب بنص الكتاب من غير أن يُعقل له معنىً.

قالوا: وأما وجوب القصاص على الأخ بقتل أخيه ليس فيه قطيعة الرحم؛ لأنه مجازاة على جناية (فلا يتضمن القطيعة)[٦].

---

(١) في (ز): قلنا.
(٢) في (ز): فلابد.
(٣) في (ز): يلزم عليه.
(٤) في (ز): أذى.
(٥) في (ز): أذى.
(٦) ما بين القوسين ليس في (ز).

ألا ترى أن الابن يُقتل بأبيه، ولا يُعَدُّ قطيعةً للمعنى الذي قلنا[1].

وأما المكاتَب إذا مَلَكَ أخاه فإنما[2] لا يتكاتب عليه؛ لأنه ليس للمكاتب مِلْك حقيقة، ولئن كان له ملك فليس يحتمل الصلة[3] بدليل النفقة والميراث، وليس يدخل المكاتب على الحر.

وأما الأب المكاتَب إذا اشترى ابنه، أو الابن المكاتَب إذا اشترى أباه فلا نقول: يتكاتب عليه، إنما نمنع من بيعه فحسب لأجل البعضية، فأما أن يكون على طريق الصلة فكلاّ ولَمّا[4].

وقالوا: ونحن إنما ادّعينا حصول العتق هاهنا بطريق الصلة فَمَا لَا يكون صلة لا يدخل على كلامنا.

وقالوا أيضًا: إن ملك المكاتَب ضعيف، وقرابة الأخوة ضعيفة، فلم يقوما على إثبات عتقٍ وَلاحَقّ عتقٍ، وفي الوالد والولد المِلْك وإن ضَعُف[5]، ولكن[6] القرابة قوية فتقوّى الملك بالقرابة، وفي الحر القرابة وإن ضعفت لكونها قرابة أخوة، لكن قَوِيَ المِلْكُ لثبوت حقيقته فتقوّت القرابة بالمِلْك، فأفادت الحرية، وهذا لأن الضعيف يتقوّى بالقويّ، (فأما لا)[7] يتصور تقويتُه

---

(١) في (ز): قلناه.
(٢) في (ز): إنما.
(٣) في (الأصل): الصدق.
(٤) ليست في (ز).
(٥) في (الأصل): ضعفت.
(٦) في (ز): لكن.
(٧) في (ز): ولا.

بضعيفٍ مثله.

هذا جملة كلامهم تحقيقًا واعتراضًا.

❁ **الجواب:**

أما الخبر فقد رواه الحسن مرسَلًا[1]، والمرسل لا يكون حجة، ورواه مسندًا مرة[2].

وقد قيل: إن رواية الحسن عن سمرة لا تصح إلا في حديث العقيقة[3].

وقد قيل: لا تصح إلا في ثلاثة أحاديث، وليس هذا من جملتها، وعلى أن التخصيص بدليلٍ داخلٌ في العمومات، ويمكن حمله على قرابة الولادة.

وأما المعنى الذي قالوه فالمطالبة داخل عليه، ويقال: قد وجدنا أسبابًا تحرم النكاح، ولا يوجب العتق، وأقرب من[4] ذلك كله الرضاع.

يبينه [٣٤٤/ب]: أن الرضاع نَزَلَ عن القرابة بدرجة لفقد حقيقة النسب، وكذلك قرابة الأخوة نزلت عن قرابة الولادة بدرجة لفقد الولادة، ثم تقاصر درجة الرضاع عن درجة الولادة وإنما يظهر[5] في العتق لا في تحريم المناكحة

(١) سنن أبي داود ٤/٢٦١ مع المعالم. فالذي رفعه حماد بن سلمة والذي وقفه سعيد بن أبي بردة قال أبو داود: «وسعيد أحفظ من حماد»، سنن أبي داود ٤/٢٦٢ مع المعالم.

(٢) ينظر: سنن أبي داود ٤/٢٦٠ مع المعالم.

(٣) حديث العقيقة رواه البخاري في صحيحه سماعًا منه، صحيح البخاري ٩/٥٩٠ مع الفتح، كتاب العقيقة.

(٤) ليست في (ز).

(٥) في (ز): ظهر.

فكذلك تقاصر درجة الأخوة عن درجة الولادة وجب أن يظهر في[1] تحريم المناكحة.

ويقال أيضًا: إن العتق لا يشبه تحريم المناكحة بوجهٍ مَّا، ألا ترى أن أصل النكاح باطل، وأصل الشراء صحيح.

وأيضًا فإن النكاح ابتداء إثبات مِلْك، وليس في الشراء ابتداء إثبات مِلْك، إنما هو نقل[2] من شخص إلى شخص.

وأيضًا فإن في النكاح تحريم عقد لم يُعقد، وفي العتق إسقاط ملك ثابت، فلم يستقم قياس العتق على النكاح بوجهٍ مَّا.

ونقول: لا يخلو إما أن توجبوا العتق في مسألتنا لإيجاب الصلة أو تحريم[3] القطيعة أو بهما[4].

ولا يجوز[5] أن يقال: يعتق لوجوب[6] الصلة؛ لأنه لو كان كذلك لوجب الشراء؛ لأن تمام الصلة في إيجاب الشراء، فإن الصلة إذا وجبت وجب الاتصال بالصلة[7]، كما أنه لما وجب الإنفاق على الولد وجب شراء ما يُنفقه عليه من طعامٍ وكسوةٍ.

---

(١) في (ز): في العتق لا في

(٢) في (ز): نقل ملك.

(٣) في (ز): لتحريم.

(٤) في (ز): لهما.

(٥) في (ز): لا جائز.

(٦) في (ز): بوجوب.

(٧) في (ز): إلى الصلة.

ولأن الفقير إذا اشترى أباه أو ابنه يعتق عليه، ونصوّر فيما إذا لم يكن له مال غير ما اشترى به، فلا يتصوَّر وجوب الصلة على الفقير، وكيف تجب الصلة من المال لجميع[1] المال؟ هذا محال.

ولا يجوز أن يثبت العتق لتحريم القطيعة؛ لأن حرمة القطيعة في المِلْك، والمِلْك كان ثابتًا من قبل، وليس هو شيء ثبت من قِبَله حتى يقال: إنه يؤدي إلى القطيعة.

وعلى أنا وإن سلمنا أن فيه قطيعة[2]، ولكن تحريمه إنما يوجب العتق إذا كانت جهة العتق متعينة للمنع من القطيعة، وهي غير متعينة؛ لأن المنع من القطيعة كما يحصل بالعتق يحصل بالمنع من البيع، ويحصل بإيجاب البيع بعد الشراء، فدل أن واحداً من هذين المعنيين لا يصلح لإيجاب العتق، وإذا لم يجز أن يكون واحدٌ[3] منهما علة عند الانفراد كذلك بمجموعها[4] لا يصلح أيضًا علة.

وخرج النكاح على هذا، فإن المنع من النكاح متعين للاحتراز من القطيعة، وكذلك في الجمع بين الأختين.

وعلى أن المضادّة[5] التي تكون بين الأختين عند الجمع قد مُنع مثلُها في الأجانب بدليل أنه لا يجوز الجمع بين خمس نسوة، وليس سبب المنع

---

(١) في (ز): بجميع.
(٢) في (ز): قطيعة الرحم.
(٣) في (ز): واحدًا.
(٤) في (ز): مجموعهما.
(٥) في (ز): المضارّة.

إلا المضادّة[١]، فإن الشرع منع من المضادّة[٢] في خمس نسوة بعضهن ببعض.

فإن قالوا: إذا أبطلتم المعنيين فما المعنى عندكم في قرابة الولادة؟

قلنا: الموجب للعتق هو مجرد النص.

وقد قال بعض أصحابنا: إن العلة هي البعضية، لكنها ليست بموجبة، ولا يمكن التعويل بالعتق عليها على الانفراد؛ لأن البعضية قد انقطعت بالانفصال، ولهذا لا يسرى العتق من الأم إلى الولد بعد الانفصال، ونحن نعلم قطعًا أنه لا بعضية بين (الولد والوالد)[٣]، وكيف يتصوَّر أن يكون شخص بعضًا لشخصٍ مثله؟

فإن قالوا: إذا اعتبرتم النص فلا تُثبِتوا عتق الابن على الأب؛ لأن النص في عتق الأب على الابن، وكذلك الجد.

قلنا: الولد في معنى الوالد؛ لأن البعضيّة الحسيّة، وإن انقطعت بالانفصال لكن بقيت بعضيّة شرعية؛ لأن النبي عليه السلام قال لفاطمة رضي الله عنها: (إنها بضعةٌ مني)[٤].

ولأجل النسب، والجَدُّ في معنى الأب لوجود البعضيّة الشرعية، فإذا كان مثله يُلحق به في حكمه.

---

(١) في (ز): المضارّة.

(٢) في (ز): المضارّة.

(٣) في (ز): الأب والولد.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٩/٣٢٧ مع الفتح، كتاب النكاح رقم الحديث (٥٢٣٠).

وأما الأخ ليس مثل الوالد ولا الولد؛ لانعدام البعضيّة حسًّا وشرعًا، فلم يجز أن يُلحقَ بهما، بل يُرَدّ[1] أمر الأخ إلى القياس الأصلي، قد بيَّنا أن القياس الأصلي أن لا يجب العتق عند المِلْك بحالٍ، هذا هو الكلام المعتمد في المسألة، وقد استمر بحمد الله تعالى.

وقد تعلق الأصحاب بفصل المكاتَب في هذه المسألة، وهو إن كان قويًّا في الإلزام.

وما ذكروا من العذر فليس بشيء عند التأمل، ويَسهل على مَن شمَّ شيئًا من طريق الجدال دَفْعُه، لكنا إنما اعتمدنا في جميع المسائل على المعاني الفقهية، ولم نتعلق بالأحكام إلا على جهة ضرب مثالٍ[2]، وقد استمر المعنى الذي اعتمدنا عليه، والله تعالى أعلم بالصواب.



※ (مَسْألَة):

يجوز بيع المدبَّر عندنا[3].

وكذلك يجوز الرجوع عن التدبير ونقضه على أصح القولين[4].

وعندهم: لا يجوز بيعه ولا نقضه[5].

---

(١) في (ز): رد.

(٢) في (ز): المثال.

(٣) النكت ورقة ١٩١/أ، المهذب ٢/١٠، الحاوي ١٨/١٠٢، معالم السنن ٤/٢٦٤. شرح صحيح مسلم للنووى ١١/١٤١.

(٤) المهذب ٢/١٠، الحاوي ١٨/١١٤.

(٥) اللباب ٢/٥٢٨، فتح القدير ٥/٢٠.

❁ لنا:

حديث جابر رضي الله عنه: (أن رجلًا أعتق غلامًا له [٣٤٥/أ] عن دُبُر فباعه رسول الله ﷺ من نعَيم[(١)(٢)] بن النَّحام بثمانمائة درهم)[(٣)].

والذي يروون بطريق ابن عمر عن النبي عليه السلام أنه قال في المدبَّر: (لا يُبَاع ولا يُوهَب ولا يُورث وهو جُزء من الثلث).

إنما هذا[(٤)] من[(٥)] ابن عمر بطريق ضعيف، ولا يثبت عن النبي عليه السلام في هذا الموضع أصلًا، وهذا اللفظ متن خبر آخر وَرَدَ في الولاء، ونقله بعضُ مَنْ لا يعرف إلى المدبّر، وزاد قولَه: «وهو جزء من الثلث».

والمعنى[(٦)] نقول: التدبير وصية، والوصية يجوز الرجوع عنها، والموصَى به يجوز بيعه.

وإنما قلنا: إنه وصية؛ لأن للوصية حكمًا وحقيقة.

---

(١) نعيم بن عبد الله بن أسير بن عبد عوف القرشي العدوي المعروف بالنحام له صحبة.
ينظر: الإصابة في أسماء الصحابة ٥٣٨/٣ رقم ٨٧٧٨.

(٢) كذا في المخطوط قال النووي في شرح صحيح مسلم: «هكذا هو في جميع النسخ ابن النحام بالنون، قالوا: وهو غلط، وصوابه: فاشتراه النحام فإن المشتري هو نعيم، وهو النحام سمى بذلك لقوله ﷺ: (دخلت الجنة فسمعتُ فيها نحمة لنعيم)، والنحمة: الصوت»، ١٤٢/١١ ـ ١٤٣.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٣٥٤/٤ مع الفتح، كتاب البيوع، باب المزايدة.
ومسلم في صحيحه ١٤١/١١ ـ ١٤٢ مع النووي، كتاب الأيمان، باب جواز بيع المدبر.
وأبو داود في سننه ٢٦٦/٤ مع المعالم، كتاب العتق، رقم (٣٩٥٧).

(٤) في (ز): ذلك.

(٥) في (ز): عن.

(٦) في (ز): وأما المعنى.

أما (حقيقتها هو)[1] إيجاب حق بعد الموت، وأما حكمُها اعتبارُها من الثلث، وقد وُجد في التدبير حقيقة الوصية وحكمُها، فيكون وصية.

أما حقيقتها لأن التدبير ليس إلا إيجاب العتق بعد الموت، والعتقُ حقّ من الحقوق فهو كسائر الحقوق،.

أما حكمُها فلأن[2] المدبَّر يُعتَبَر خروجه من الثلث وإذا كان له حكم الوصايا كان من الوصايا.

يبينه: أن الأصل أن تعليق إيجاب الحقوق بالموت لا يجوز؛ لأن الموت مسقط للحقوق، فلا يجوز تعليق إيجاب الحقوق به[3]؛ لأن المسقط لا يكون موجبًا بحال إلا أن الشرع جَوّز الوصية بخلاف القياس نظرًا للناس، فكل[4] حقّ يتعلق بالموت ويكون سببه عقد من الآدمي فيكون وصية منه[5].

فأما إذا لم نجعله وصية يبطل أصلًا أخذًا بأصل القياس، وإنما يجوز إذا جعلناه وصية، وهذا كلام معتمد، وإذا ثبت أنه وصية ثبت ما قلناه من جواز البيع وجواز الرجوع.

❁ **وأمّا حجّتهم:**

تعلق عامة مشايخهم بأم الولد، وقالوا: العتق في أم الولد تعلق بالموت

---

(١) في (ز): الحقيقة هي.
(٢) في (ز): فإن.
(٣) في (ز): بالموت.
(٤) في (ز): وكل.
(٥) ليست في (ز).

شرعًا، وفي مسألتنا تعلق بالموت قصدًا، فإذا كان أحدهما يمنع البيع لئلا يبطل العتق، فكذلك الآخر وجب أن يمنع البيع.

وتحريرهم: مملوك تعلق عتقه بموت سيده مطلَقًا فلا يجوز بيعه كما بيَّنا[١].

وأما أبو زيد فزعم أن التدبير إثباتُ خلافة ثمرته العتق، وكذلك الوصية إثبات خلافة ثمرتُها الملك، وهذا لأن القياس أن لا يجوز تعليق ملكٍ ولا حقٍ بالموت، (إلاّ أن الله تعالى جعل للإنسان ولاية على إثبات الخلافة لنفسه على وفق ما أثبته الله تعالى)[٢]. فإن الله تعالى جعل الوارث خليفة المورث، كذلك بالوصية يُثبت خليفة لنفسه في الثلث، وهو محض نظر من الله تعالى لعبده ليحوز به ثواب الآخرة.

قالوا: ولا يمكن تصحيح الوصايا إلا على هذا الوجه فإن القياس يأباه، وإنما يجوز على موافقة مثال من الشرع، ولا مثال لها سوى الميراث.

فالوارث خليفة للمُورِث في الثلثين، فكذلك الموصَى له خليفة للمُورث في الثلث، إلا أنه إذا كان عقد خلافة في المِلْك، فكما أن المِلْك يقبل النقض والفسخ فعقد الخلافة فيه أيضًا يقبل (النقض و)[٣] الفسخ.

وإذا كان عقد خلافة في العتق فكما أن حقيقة العتق لا تقبل النقض والفسخ فكذلك عقد الخلافة فيه لا يقبل النقض والفسخ، وأما[٤] البيع فهو

(١) في (ز): بيناه.
(٢) ما بين القوسين زيادة من (ز).
(٣) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٤) في (ز): فأما.

بناء على هذا.

وربما قالوا: التدبير تعليق عتق[1]، والأصل في تعليق العتق هو اللزوم بدليل التعليق في سائر المواضع، فلم يصح الرجوع عن هذا التعليق مثل ما لا يصح الرجوع في سائر التعليقات، وأما منع البيع يعتمد ثبوت الحق في الحال.

وفي مسألتنا قد يُثبت[2] له حق الخلافة في الحال وثبوت هذا الحق يمنع جواز البيع، فأما في سائر المواضع لم[3] يُوجَد إلا مجرد التعليق للعتق فيكون ثبوت الحق معلَّقًا[4] بوجود الشرط.

وأما ثبوت الحق في الحال فإنما يكون إذا كان الحق بطريق الخلافة فيثبت حق الخلافة في الحال، وهذا إنما يكون فيما يكون طريقه طريق الوصايا، فأما إذا كان مجرد التعليق فلا يثبت به[5] حق في الحال، وإذا لم يثبت حق في الحال جاز البيع.

وأما[6] اللزوم وامتناع النقض والفسخ فإنما يدور على وجود تعليق العتق فإن تعليق العتق لا يقبل النقض والفسخ، فصار حرفهم في امتناع البيع ثبوت الحق في الحال، وإذا امتنع البيع امتنع النقض والفسخ.

(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): ثبت.
(٣) في (ز): فلم.
(٤) في (ز): متعلقًا.
(٥) ليست في (ز).
(٦) في (ز): فأمّا.

وربما يعتمدون في امتناع النقض والفسخ على أن التدبير تعليق العتق بشرطٍ، وتعليق العتق بالشروط[1] لا يقبل النقض والفسخ لقوة العتق وكون حقيقته غير قابل للنقض والفسخ أصلًا.

وأما البيع فإنما جاز في المعلَّق [٣٤٥/ب] عتقُه بالشرط؛ لأنه لم يثبت حق في الحال؛ لأنه تعليق محض، وعندنا إنما يصير طلاقًا أو سببًا للطلاق عند وجود الشرط.

وهذا لأنا إنما أثبتنا في مسألتنا في الحال حق الخلافة؛ لأن الوصية عقد خلافة، ومثل هذا لا يوجد في سائر التعليقات[2].

قالوا: ولا نقول في التدبير: إنه تعليق محض إنما التعليق في ضمن ما ذكرناه من الحق.

قالوا: خرج على ما قلنا، المدبّر المقيد؛ لأن حق الخلافة إنما يثبت في موت مطلق، فأما الموت المقيد الذي يجوز أن يوجد على ذلك التقييد ويجوز أن لا يوجد فلا يثبت به حق الخلافة[3] في الحال.

وهذا لأن الموت من مرضه أو سفره لا يكون سببًا لحقٍ مًّا في الشرع بخلاف الموت المطلَق[4].

قالوا: ولا يلزم ما ذكره في الجامع، وهو أنه لو قال: كل مملوك أملِكُه

---

(١) في (ز): بالشرط.

(٢) في (ز): التعليق.

(٣) في (ز): خلافة.

(٤) الجامع الصغير ص ٢٤٨.

فهو حرٌّ بعد موتي، فَمَلَكَ مملوكًا بعد هذا القول حيث يتعلق عتقُه بموت السيد ويجوز بيعه.

قالوا: ما يَملكه بعد اليمين لا يصير مدبِّرا في الحال، وإنما يصير مدَبّرًا قُبيل الموت؛ لأن المعتَبَر إما طرف اليمين أو طرف الحنث، ولم يكن هذا العبد مملوكًا له في طرف اليمين فنفي طرف الحنث، فإذا وُجد في ملكه عبد في طرف الحنث صار مدبِّرًا قبيل الموت ثم عتق بعد الموت، وتلك الحالة لا تسع للبيع حتى يقال: هل يجوز بيعه أو لا يجوز بيعه؟

قالوا: وأما إذا قال: أنت حر بعد موتي بيوم لا يعتق بموت السيد، وإنما يجب على الورثة إعتاقه فلم يدخل على ما قلناه.

۞ الجواب:

أما التعلق بأم الولد فلا[1] يجوز، وهو خارج على الأصل الذي قلناه؛ لأن عتق أم الولد ليس على طريق الوصية حقيقة وحكمًا.

أما الحقيقة فلأن الوصية تمليك من الإنسان في ملكه معلَّقًا[2] بالموت، وهو نظيرُ البيع في حال[3] الحياة، أعني في[4] التمليك، وهذا لا يوجد في أم الولد؛ لأنه إيجاب عتق من قِبَل الشرع، لا صنع للعبد فيه.

وأما الحكم فالدليل عليه أن عتق أم الولد يكون من جميع المال، وعتق

---

(١) في (الأصل): لا.
(٢) في (ز): متعلقًا.
(٣) في (ز): حالة.
(٤) في (ز): من.

المدبّر يكون من الثلث.

وقد اعتذروا عن الفصل الثاني، وقالوا: إنما افترق أم الولد والمدبّر في الاعتبار من الثلث وجميع المال؛ لأن المالية في أم الولد مصروفة إلى حاجته، كالمال الذي يُنفقه المريض في مرضه على نفسه.

وأمَّا المالية في المدبّر فغير مصروفة إلى حاجته، ونحن نقول: هذا الفرق بعينه يدل على أن عتق أم الولد ليس طريقه طريق وجوب[1] الوصايا؛ لأن ما يكون مصروفًا إلى حاجة الإنسان لا يتصور أن يكون وصية، فالفرق على ما قلنا[2]، والتخريج صحيح.

وعلى أن عند الخصم أن مالية أم الولد ساقطة القيمة، بدليل أنها لا تُضمَن بالعتق، ولا بالغصب ولا يَسعَى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبِّر في هذه الأحكام، والبيع يعتمد مالية متقوّمة فكيف يصح هذا القياس؟

فإن ألحُّوا في طلب المعنى الفقهي في أم الولد الذي لأجله امتنع بيعُها، فعندنا: علة عتق أم الولد هي عتق الولد، وعتق الولد ثابت في الحال، فكان ينبغي أن (يثبُت العتق في)[3] أم الولد في الحال إلا أنها لم تعتق نظرًا للعباد حتى لا تفسد أملاكهم.

ولأن الماء وإن كان جزءًا لكنه يصير نفسًا في ثاني الحال، فتعارض دليلان، فأثبتنا حكمًا بين حكمين.

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): ما ذكرنا.

(٣) في (ز): تعتق.

وقلنا: يثبت حق العتق في الحال، وحقيقة العتق في ثاني الحال على ما نحققه في مسألة الاستيلاد.

وأما المعنى الذي قالوه: فاعلم أنهم إذا سلّموا أن التدبير في المرض وصية فقد شق عليهم تمشية الكلام، وهذا لأن الوصية عقد إيجاب بعد الموت، فلا يجب به شيء قبل الموت، وإذا لم يثبت(١) به شيء قبل الموت لم يتصور امتناع البيع، ولا الرجوع.

وأما قولهم: إن الوصية إثبات خلافة.

قلنا: هذا تكلُّف بعيد، وإذا أمكن تصحيح الوصية من غير تعرض لإثبات الخلافة كيف تُثبت الخلافة؟

يبينه: أنهم قالوا: الموصَى له لا يَردُّ بالعيب على البائع من المُوصِي.

وقالوا: الوارث يَردُّ بالعيب على البائع من المورّث، ولو كان عقد خلافةٍ لاستويا.

وعلى أنا وإن سلمنا أن الوصية إثبات خلافةٍ لكن هو إثباتها بعقد، والعقود تقبل النقض والفسخ، فكذلك [٣٤٦/أ] الخلافة التي تثبت بها.

قولهم: إن الواجب به العتق.

قلنا: بلى، ولكن العتق في ضمن الوصية، والوصية يصح الرجوع عنها فإذا رجع عنها فات ما في ضمنِها، وهذا لأن الرجوع لا يلاقي العتقَ بالنقض والإبطال إنما يلاقي الوصية وهي قابلة لهذا الحكم.

---

(١) في (ز): يجب.

وقولهم: تثبت حق الخلافة في الحال.

قلنا: بلى، ولكن بعقدٍ يحتمل النقض والفسخ.

وهذا؛ لأنه ما ثَبَتَ في الحال عتق، ولا حق عتق، إنما تثبت خلافة بثمر العتق فلا يُعطى له[1] حكم العتق.

وأمّا فصل تعليق العتق بالشرط.

قلنا: هذا ليس تعليق للعتق بالشرط، لكن إيجاب حق بعد الموت على طريق الوصية ثم التعليق بالموت في ضمنِه.

فإن قالوا: قد صرّح بالتعليق.

قلنا: معناه ما بيَّنا.

فإن قالوا: فإذا كان وصية لِمَ لا يفتقر إلى القبول؟

قلنا: وأنتم سلّمتم إنه وصية، وعلى أن عندنا لا تفتقر الوصية إلى القبول على أحد القولين[2]، والمسائل لازمة خصوصًا مسألة جامع الصغير[3].

وعذرهم في غاية الضعف، وإذا لم يصر مدبِّرًا عند الملك، وقد سبق العقد لم يتصور أن يصير مدبِّرًا من بعد ذلك، والله أعلم.



(١) في (ز): لها.

(٢) المهذب ٢/٤٩٠.

(٣) الجامع الصغير ص٤٤٨.

※ (مَسْأَلة):

إذا مات المكاتَب عن وفاءٍ(١) بطل عقد الكتابة عندنا(٢).

وعندهم: لا يبطل(٣).

لنا:

إنه لا يمكن الحكم بإيفاء(٤) هذا العقد فيبطل، كما لو هَلَكَ المبيع قبل القبض.

ودليل أنه لا يمكن؛ لأنه(٥) لو بقي هذا العقد لبقي لتحصيل العتق، وتحصيل العتق في العبد الميت محال، فبطل العقد لفوات فائدته.

وهذا لأن العقد كما لا ينعقد إلا لفائدةٍ لا يبقى إلا بفائدةٍ(٦)، والعقد (عقد تحصيل)(٧) العتق، فإذا وقع اليأس عن تحصيل العتق لم يتصور بقاء العقد.

وهذا (الكلام في)(٨) الابتداء أحسن مما قاله الأصحاب: إن(٩) المعقود

---

(١) في (ز): وفاء وولد.
(٢) النكت ورقة ١٩٢/ب، الحاوي ١٦٢/١٨.
(٣) الأسرار ٣٦٧/٢/ب، عارف حكمت، مختصر الطحاوي ص ٣٨٤، المبسوط ٢١٦/٧، أحكام القرآن للجصاص ٣٢٢/٣، رؤوس المسائل ص ٥٤٦.
(٤) في (ز): ببقاء.
(٥) في (ز): الحكم ببقاء هذا العقد أنه.
(٦) في (ز): لفائدةٍ.
(٧) في (ز): عُقِدَ لتحصيل.
(٨) ما بين القوسين ليس في (ز).
(٩) في (ز): من أن.

عليه قد هَلَكَ، وهلاك المعقود عليه قبل حُصول المقصود يُبطل العقد؛ لأن الخصم ربما يُنازع في المعقود عليه فإن بعضهم زعم أن المعقود عليه هو فكّ الحجر والعتق تمامه.

قالوا: ولهذا وَجَبَ العِوَضُ في الحال على العبد، ولا يتصور وجوب العوض على أحدٍ إلا بعد وجوب المعوِّض لصاحبه.

وربما يقولون أيضًا: قد حصل بعض المقصود بنفس العقد، وهو فكّ الحجر وسلامة الأكساب والأولاد، وكونُه في يد نفسه.

فنظير مسألتنا مبيع قد سُلِّم إلى المشتري وحصل في يده وهذه[١] أسولة ضعيفة.

والجواب عنها سهل، وقد ذكرنا الكلام عليه في التعليق[٢] غير أن الابتداء الذي ذكرناه أحسن وأبعدُ من المنازعة.

فإن قالوا: «لا يبقى لتحصيل العتق»، فهو كلام باطل قطعًا؛ لأن عندهم يبقى عقد الكتابة لأجل العتق، حتى يؤدِّي بدلُ الكتابة (عن ما)[٣] تركه، ويُحكَم بعتقه.

وكذلك قالوا إذا خلّف ولدًا يسعَى على النجوم، ويعتق.

وإن قالوا: إن الميت محل العتق (والحرية)[٤]، فيدفعُه المعقول؛ لأن

(١) في (الأصل): هو.
(٢) هذا كتاب للمؤلف سبق التنبيه عليه.
(٣) في (ز): مما.
(٤) ليست في (ز).

العتاق تصرفٌ في الرق بالإسقاط، والميت لا يكون محل الرق فلا يكون محل الحرية.

وهذا لأن هذه الصفات صفاتُ ذاتٍ، فإذا هَلَكَت[1] الذات لم تتصور الصفات.

ويدل من أصولهم في أن الميت لا يكون محل العتق أنهم قالوا: إذا أدِّيَ بدل الكتابة بعد الموت حُكم بعتق المكاتَب في آخر جزء من أجزاء حياته، ولهذا يكون ماله لورثته، ولو كان الميت محل العتق لثبت العتق فيه من غير حكم بإسنادٍ.

۞ **وأمّا حجّتهم:**

قالوا: المكاتَب أحد عاقدي الكتابة، فلا يبطل العقد بموته كالسيد.

ودليل أنه عاقد أنَّ العقد لابد له من متعاقدين[2]، والمولَى أحدهما فلم يبق الآخر سوى المكاتَب.

يدل عليه: أن السيد[3] ثبت له بالعقد حق ملك في البدل ينقلب حقيقة ملك (في الاستيفاء)[4]، والمكاتَب ثبت له حق عتق ينقلب حقيقة بالأداء ثم بقي العقد بعد موت السيد، لينقلب حقه حقيقة، فوجب أن يبقى بعد موت المكاتَب لينقلب حقه حقيقة، والتعلق بالسيد معتمد لهم.

---

(١) في (الأصل): هلك.

(٢) في (ز): عاقدين.

(٣) في (ز): المكاتِب.

(٤) في (ز): بالاستيفاء.

ووجه التعلق به: أنه بَقي العقد بعد موت السيد، لأن في بقائه فائدة وهو أداء بدل الكتابة إلى وارثه ليعتق المكاتب من السيد قُبيل موته، فكذلك يبقى العقد بعد موت المكاتَب، لهذه الفائدة وهو أن يُودّي وارثه بدل الكتابة فيعتق [٣٤٦/ب] المكاتَب قُبيل موته، وكما أن موت العبد ينافي عتاقه فموت السيد ينافي إعتاقه بل المنافاة في جانب السيد أكثر؛ لأن الإعتاق تصرف، والميت جماد، والجماد يكون محل التصرف فيه، ولا يكون محل التصرف منه، فإذا بقي العقد بعد موت السيد ليصحُ التصرف منه، فلأن يبقى بعد المكاتب ليصح التصرف فيه أولى.

قالوا: فإن قلتم: كيف تصححون العتق فيه وهو ميت؟

نقول[1]: إنه يبقى حيًّا حكمًا فيصح العتق فيه، كما أن السيد إذا مات بقي حيًا حكمًا حتى صح العتق منه، وهذا ظاهر.

وإن قلتم: إن السيد مالك، والمكاتَب مملوك.

فنقول: إذا جاز هذا التقدير في أحدهما جاز هذا التقدير في الآخر، وهذا لأن الشرع قدّر الحياة في المالك حكمًا لفائدة ثبوت العتق منه، فيعتق المكاتَب فوجب أن يقدِّر الحياة في المكاتَب لفائدة ثبوت العتق فيه، فيعتق أولاده، ويسلّم لهم أكسابه إرثًا.

وكما أن في إثبات العتق من الميت فائدة الميت[2] من حيث إثبات

(١) في (ز): فنقول.
(٢) في (ز): للميت.

الخيريّة[١] ففي إثبات العتق للميت فائدة الميت[٢] من حيث إثبات الخيريّة، قال النبي ﷺ: (إنك إن تدع ورثَتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس)[٣].

فإذا صح الأول لإثبات خير لإنسان صح الثاني لإثبات خيرٍ من إنسانٍ.

والمراد من إثبات الخير عتق أولاده وسلامة كسبه[٤] لهم على ما بيَّنا[٥].

قالوا: وأما في سائر المواضع التي تقولون: إن العبد الميت لا يُجعل حيًّا حكمًا مثل المدبَّر بموتٍ، وكذلك أم الولد، وكذلك المُوصَى بعتقه إنما لم نجعل كذلك؛ لأنه لا فائدة في إبقاء الحياة له حكمًا فلا تبقى، وهو مثل المالك الذي ليس له عليه دين، ولا منه وصية لا تُثبتُ له الحياة حكمًا؛ لأنه لا فائدة فيه كذلك هاهنا في هذه المواضع.

قالوا: وأما قولكم: إن عندكم يُحكم بإسناد العتق، ولا يُقتصر على حالة الأداء، هذا مثل السيد يموت، ويُؤدّي بدل الكتابة، فإنا نُسنِد إعتاقَه إلى آخر جزء من آخر حياته، كذلك في مسألتنا في المكاتب.

وإن وُجد الأداء بعد الموت لكن نُسند عتاقه إلى أجزاء جزء من آخر

---

(١) في (ز): الخير له.

(٢) في (ز): للميت.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٥/٣٦٣ مع الفتح، كتاب الوصايا، (باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس).

(٤) في (ز): أكسابه.

(٥) في (ز): قلنا.




حياته، وهذا لأن الحياة الحكمية لا تقبَل[١] العتاقَ، والإعتاق حقيقة فلابد من الإسناد غير أن إثبات الحياة حكمًا في الحال؛ لإمكان الإسناد، فإن المسند لابد فيه من اعتبار الحال، فأثبتنا الحياة حكمًا ليمكن اعتبار الحال من وجه، وهو مثل مسألة نصب الشبكة وحفَر البئر في الملك والضمان، فإنا نجعله حيًّا من حيث الحكم في الملك والضمان، ونُسند إلى حال[٢] الحياة.

قالوا: وأما قول أصحابكم: إن المعقود عليه هالك، فنحن لا نبقى[٣] العقد من حيث إن المكاتَب معقود عليه لكن من حيث إنه عاقد، وهذا لأن المكاتَب عاقد ومعقود عليه، فيبقى العقد بعد موته من حيث إنه عاقد؛ لأن موت العاقد لا يبطل العقد.

ثم إذا بقي من حيث إنه عاقد بقي من حيث إنه معقود عليه ضرورة، وجُعلت المحلية هاهنا تبعًا للعاقدية، وهذا لأن العاقدية علة العقد، والمحلية شرط العقد، والشروط أتباع ويبقى التبع ببقاء المتبوع.

وربما يقولون: إن فات المعقود عليه بموت[٤] المكاتَب نقيم بقاء الولد مقام بقائه ليبقى العقد في محل الولد، كما لو أهلك إنسانٌ المبيع قبل القبض يبقى العقد ليبقى في محل القيمة، وإن كان الأصل إنما عُقِدَ في العين، كذلك هاهنا، هذا جملة كلامهم ابتداء واعتراضًا.

---

(١) في (ز): لا يفيد.
(٢) في (ز): حالة.
(٣) في (ز): بقى.
(٤) في (ز): بفوات.

❁ **الجواب:**

نقول: قياس العبد[١] على السيد باطل؛ لأن السيد مالِك، والمكاتَب مملوك، وقد وَرَدَ الشرع بإبقاء المالكية بعد الموت، ولم يرد بإبقاء المملوكية، وكل أمر يُحكَم به بخلاف الحقيقة فلابد أن يكون بأصلٍ صحيحٍ من الشرع، وفي جانب السيد قد وجد أصلًا[٢] صحيحًا[٣] من الشرع.

ألا ترى أن من أوصى بعتق عبده، وعيّنه تبقى المالكية بعد الموت حتى إذا أُعتِق يعتق عنه، ويكون الولاء له، وكذلك في المدبَّر وأم الولد، وكذلك إذا مات الرجل وعليه دَين وله مال بقي المال على ملكه حتى يُقضى عنه دَينه.

وهذا كله في جانب المالك، وأما في جانب المملوك [٣٤٧/أ] فلم يرد الشرع في موضعٍ مّا ببقاء المملوكية حكمًا بدليل ما لو مات العبد المُوصَى بعتقه، وبدليل ما لو مات المدبَّر وأم الولد.

وسؤالُهم على هذا بالطريق الذي قالوا[٤]، وهو أن في هذه المواضع لا فائدة في بقاء المملوكية، وفي بقاء المالكية فائدة[٥].

وأما في مسألتنا كما أنه يفيد بقاء المالكية للسيد إذا مات السيد يفيد

---

(١) في (ز): المكاتب.

(٢) في (ز): أصل.

(٣) في (ز): صحيح.

(٤) في (ز): قالوه.

(٥) ليست في (ز).

بقاء المملوكية للمكاتب إذا مات على ما سبق بيانه.

ونحن نقول على هذا: إذا مات المكاتَب وليس له ولد، ومالُه الذي خلّفه لا يفضُل عن بدل الكتابة يبقى عقد الكتابة، ويؤدَّى بدل الكتابة، وُيَعَتق المكاتَب، ولا فائدة في بقاء العقد في هذا الصورة؛ لأن غاية ما في الباب أن يُحكم بعتق المكاتَب، ولا يمكن إظهارُ فائدةٍ في عتق ميتٍ.

ولئن جاز أن يبقى المكاتب مملوكًا بعد موته ليعتق جاز أن يفعل مثل هذا في المدبَّر وأم الولد والموصَى بعتقه.

وقد منع بعضهم مسألة الإلزام، والمنع بعيد على مذهبهم.

ثم الجواب المعتمد: أن السيد إذا مات يمكن إبقاء العقد، وفي المكاتب إذا مات لا يمكن بقاء العقد.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن العقد لو بقي لبقي لتحصيل العتق على ما سبق بيانه، والإعتاق من السيد بعد الموت ممكن، والعتاق في المكاتب بعد الموت لا يمكن؛ لأن سبب الإعتاق من جهة السيد هو عقد الكتابة، وذلك قد صح منه في حال[1] الحياة، ولم يبق منه شيء ينافيه الموت.

وهذا لأنه معتَقٌ[2] بعقد الكتابة، وهو حي حالة العقد، والحياة إن احتيج إليها لصحة الإعتاق منه، فإذا وُجد سبب العتق منه، وهو حي وقعت الغُنية منه عن اعتبار حياته بعد ذلك فلا يُبالي بقي حيًّا أو مات.

(١) في (ز): حالة.

(٢) في (ز): يعتق.

ونظيره إذا علّق عتق عبده بشرطٍ، وهو مفيق ثم جُنّ فوُجد[1] الشرط عتق؛ لأن سبب العتقَ وُجد منه، وهو مفيق، وإنما اعتبر عقله لصحة سبب العتق منه فإذا صح منه وهو عاقل لا يُبالي بحياته بعد ذلك.

وأما في مسألتنا العتاق في المكاتب بعد الموت لا يمكن؛ لأن الحاجة إلى حياته ليصح نزول العتق فيه، فيصير محلًّا له فيُنظر إلى (حال النزول)[2]، وهو ميت عند نزول العتق فيه، فلم يتصور النزول.

والحرف: أن اعتبار المالكية لتصحيح السببية فاعتُبر وجودها عند السببية، وأما اعتبار المملوكية لتصحيح المحليّة، فيعتبر عندما[3] يصير محلًا؛ وذلك عند نزول العتق فيه.

ألا ترى أن مَنْ علّق طلاق امرأته بشرط، ثم أبانها وانقضت عدتها، ثم وُجد الشرط لم يقع شيء لفوات[4] المحل، فاعتُبر وجود المحل لنزول[5] الطلاق في هذه الصورة.

وفي مسألة العاقل إذا علّق طلاق امرأته بشرط ثم جُنّ اعتبر وجود الأهلية عند السبب وهو التعليق.

فإن قالوا: هل تقولون: إن السيد يبقى مالكًا بعد الموت؟

---

(١) في (ز): ووجد.
(٢) في (ز): حاله.
(٣) في (ز): عندنا.
(٤) في (ز): عند فوات.
(٥) في (ز): عند نزول.

فإن قلتم يبقى مالكًا بعد موته، فقولوا: يبقى المكاتب مملوكًا بعد موته، وإن قلتم: لا يبقى، فكيف يتصور وجود الإعتاق منه وليس بمالك؟.

قلنا: لا[١] نقول: يبقى مالكًا بعد موته، ولا حاجة إلى هذا.

فإن قالوا: فالمكاتب مملوك لِمَنْ؟.

قلنا: لوارثه على طريق الخلافة عن مورثه، وسنبين هذا في المسألة التي تلي هذا[٢].

ثم العتق يصح من السيد لوجود السبب منه في حال حياته، فيصير بعقد الكتابة مُعتِقًا للمكاتب عند الأداء، فلما[٣] كان الإعتاق[٤] بعقد الكتابة لم يضر الموت العارض وصح، وإن نقلنا الملك إلى الوارث؛ لأنه مَلكٌ على طريق الخلافة والبناء على ملكه فصلح محلًا لعتق يُوجد بسببٍ منه في حال حياته.

وهو كمسألة الوصية، وقضاء الدَين، فإن الدَين إذا كان غيرُ مستغرقٍ تنتقل التركة إلى ملك الورثة ثم يكون ملك الورثة محلًّا لقضاء دَين الميت وتنفيذ وصيته؛ لأنه مالك على طريق الخلافة والبناء على ملكه، كذلك هاهنا.

وإذا قررنا على هذا الوجه سقط باقي كلامهم.

ولسنا نحتاج إلى الجواب عن قولهم: إن المكاتَب عاقد؛ لأن غاية ما في الباب على التسليم، غير أنه لا يمكن الحكم ببقاء العتق على ما سبق بيانه.

---

(١) في (ز): لسنا نقول.
(٢) في (ز): هذه.
(٣) في (ز): ولما.
(٤) في (ز): الإعتاق منه.

والذي قالوا[١]: وجب أن يبقى العقد لفائدة عتق الأولاد وسلامة الأكساب.

قلنا: هذا تبع لعتق المكاتَب، فإذا لم يتصور عتق المكاتَب بعد موته لم يجز الحكم ببقاء عقد الكتابة لفائدة تبعيّة.

وأما مسألة المبيع قبل القبض إذا قُتِلَ فالقيمة هناك بدل عن الأصل، وهو العبد [٣٤٧/ب] فجاز أن يبقى العقد في البدل ليقومَ مقام الأصل في حكم التبع.

أما[٢] في مسألتنا لم يوجد الأصل ولا بَدَلَه فلا يمكن الحكم ببقاء العقد لعدم الأصل وما يقوم مقامه. والله أعلم.



❋ (**مَسْأَلَة**):

إذا زوَّج ابنتَه من مكاتبه، ثم مات انفسخ النكاح عندنا[٣].

وعندهم: هو قائم (على حاله)[٤][٥].

لنا:

إن المرأة ملكت زوجها فلا يبقى النكاح بينهما.

---

(١) في (ز): قالوه.

(٢) في (ز): فأما.

(٣) التهذيب ٨/٤٨٠.

(٤) ليست في (ز).

(٥) الأسرار ٢/٢٦٦/ب، عارف حكمت، بدائع الصنائع ٣/١٥٩٤.

دليله: إذا كان الزوج عبدًا، وإنما قلنا: «إنها ملكت زوجها»؛ لأن المكاتَب مملوك للسيد، وموته لم يُبطل ملكه؛ لأن الموت ليس لإبطال الأملاك في الحالة[1] التي هي مملوكة للإنسان، إنما أكثر ما يعمله الموت أن يبطل ملك الميت في المحل، وينقله إلى الوارث ولا مانع هاهنا من النقل، فوجب أن ينتقل وإذا انتقل بطل[2] عقد النكاح.

والدليل على أنه «لا مانع»: أن عقد الكتابة لا يمنع نقل الملك لوجود عين الكتابة؛ لأن وجود عين الكتابة لو مَنَعَ نقل الملك لمنع نفس الملك، وإنما يمنع النقل أعني بالبيع وغيره؛ لأن عقد الكتابة عقد لازم في إيجاب العتق من جانب السيد، بدليل أنه لو أراد أن يرجع عنه لا يجوز، وإذا كان لازمًا من جانب السيد، فلو جوَّزنا نقل الملك يفوت العتق، فلأجل أنه يتضمن نقل الملك بالبيع فوات العتق لم يجز النقل.

وهذا المعنى في الإرث لا يوجد؛ لأن العتق لا يفوت، فإن بعد موت السيد يؤدّي بدل الكتابة إلى الوارث، ويعتق فظهر لنا أن سبب نقل الملك قد وجد ولا مانع من النقل فوجب أن ينتقل.

۞ **أمّا حجّتهم:**

قالوا: عقد الكتابة مانع من انتقال الملك في المكاتب من السيد إلى غيره؛ لأنه لو قَبِل الانتقال لَقَبِل النقل بالبيع.

والمعنى المانع: أنه صار حُرًّا يدًا وَمَنَافِعًا، وإذا صار حرًّا من هذا الوجه

(١) في (ز): الحال.

(٢) في (ز): يبطل.

لم يتصور قبوله نقل الملك ولا انتقالَه.

واستدلوا بفصل الولاء، وقالوا: أجمعنا على أن الولاء يكون للميت، ولو انتقل الملك إلى الوارث لعتق عليه، ولو عتق عليه لم يكن الولاء للميت، ويستحيل أن يكون الملك لإنسان، والعتق من إنسان آخر.

ولو جاز مثل هذا في الوارث فجوِّزوا (مثله)[1] في المشتري مع البائع، وقولوا: إذا باع المكاتب يصح، ثم إذا أدَّى بدل الكتابة يكون العتق من البائع، ويكون الولاء منه.

قالوا: وإن تعلقتم بفصل ابتداء النكاح، فنقول عندنا: وإن لم يُثبت حقيقة الملك للوارث في المكاتب، فإنه يثبت حق الملك على معنى أنه إذا عجز المكاتَب عن بدل الكتابة يكون الرد إلى ملك الورثة، وهذا هو صورة حق الملك.

قالوا: وحق الملك يمنع ابتداء العقد، ولا يمنع بقاء العقد بدليل العدة.

۞ **الجواب:**

إنا دللنا على أن الوارث قد انتقل إليه المِلْك في المكاتب، أما[2] البيع فإنما[3] لم يجز لوجود مانع من النقل، وأما في الإرث فلم يوجد المانع.

قولهم: كان ينبغي أن يصح البيع، ويعتق من المولى الميت كما صح

(١) زيادة من (ز).

(٢) في (ز): فأمّا.

(٣) في (ز): فإنه.

التوريث وعتق[١] منه.

قلنا: إنما فرقنا بينهما؛ لأن ملك الوارث ملك خلافة وبناء، وقد جُعل في الحكم كأن ملكَ المُورِّث[٢] قائم مستمر، وهذا هو معنى قولنا: «إن مِلْك الوارِث ملك بناء لا ملك ابتداء»، ولهذا لا ينقطع حق المُورِّث.

ولهذا قلنا: إن الوارث يرُد العبد المشتري بالعيب على بائع مُورّثه، وأما المشتري فلا يرد على بائع بائعه.

والتحقق في الفرق: أن موت الإنسان ليس بمعنى مخيل في ثبوت الملك للقريب، وإنما المعنى المخيل أن الشرع جعله خليفتَه ونائبَه الذي يقوم مقامَه في أملاكه، فإذا فات ملك المنوب عنه ظهر ملك النائب؛ لأن مِلكَ الأصل إذا عُدم لابد من ظهور ملك مَنْ جُعل خليفة له.

ثم ملك الوارث بمنزلة ملك المُورِّث؛ لأنه لما كان نائبًا عنه، فكما أن قول النائب كقول المنوب عنه، فكذلك ملك النائب كملك المنوب عنه.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: سبب العتق قد وُجد من السيد وهو عقد الكتابة، وقد بيَّنا أنه لازم في جانب السيد، وسبب ملك الوارث قد وجد في المكاتب، وهو موت مورثه عن مملوكٍ من غير أن يتضمن موتُه إزالةَ الملك عن المملوك.

فنقول: ينتقل الملك إلى الوارث ويبقى سبب العتق من الميت للزومه،

---

(١) في (ز): يعتق.

(٢) في (ز): الوارث.

وإذا وجد الأداء عتق من قبل السيد[١] المورث، وانتقال الملك إلى الوارث لم يمنع منه؛ لأنه ملك بناءٍ وخلافةٍ وهو في المعنى كان ملكه هو القائم [٣٤٨/أ] وإذا عتق منه كان الولاء له، ومثل هذا لا يمكن اعتباره في الشراء؛ لأنه ملك ابتداء بدليل ما بيَّنا.

ولأن البيع عقد تمليك وهو معنى مخيل في إثبات الملك، فلم يكن بنا حاجة إلى أن يجعل المشتري خليفةً عن البائع، ويُجعل الملك ملك بناءٍ، وإذا كان ملكه ملكُ ابتداءٍ لم يتصور بقاء عقد الكتابة معه، وجوّزناه ليعتق من المكاتب، والعقد عقد (لازم يمنَع)[٢] لزومُه في جانب السيد صحة البيع، فهذا هو الفرق الظاهر بين البيع والإرث، وقد تضمن الجواب عن فصل الولاء، وقد خبط الأصحابُ في الجواب عن فصل الولاء، ولم أَرَ لهم فرقًا يمكن الاعتماد عليه، والجواب المعتمد ما بينا.

ويتأيد الجوابُ الذي قلناه بما لو أوصَى بعتق عبده وعيّنه مَلَكَه[٣] الوارث، ثم إذا أعتقه يكون الولاء للميت بالطريق الذي قلنا[٤]. والله أعلم بالصواب.



(١) ليست في (ز).
(٢) في (ز): غير لازم فمنع.
(٣) في (ز): فإنه يملكه.
(٤) في (ز): قلناه.

❊ (مَسْألة):

إذا استولد جاريةً بالنكاح ثم اشتراها لم تصر أم ولدٍ له عندنا[1].

وعندهم: تصير أم ولد له[2].

❊ لنا:

إنها علقت برقيقٍ فلا يثبت لها حق الاستيلاد.

دليله: إذا عَلِقَت من الزنا ثم اشتراها الزاني.

وأما[3] وجه فقه المسألة وهو مستخرج من قولنا: «علقت برقيقٍ»، وذلك لأن عتق الأم[4] تبعٌ لعتق الولد، بدليل نصّ الرسول صلى الله عليه، وهو قوله: (أعتقَها ولدها)[5] قاله في مارية[6] القبطية حين ولدت إبراهيم.

وهذا اللفظ نص في التبعيّة؛ لأنه جعل الولدَ أصلًا، والأمّ تبعًا للعتق.

(١) النكت ورقة ١٩٥/أ، التهذيب ٤٨٥/٨.
(٢) الأسرار ٣٧٣/٢/أ، عارف حكمت.
(٣) في (ز): فأمّا.
(٤) في (ز): أم الولد.
(٥) رواه ابن ماجه في سننه من حديث ابن عباس بلفظ: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: (أعتقها ولدها) وفي إسناده حسين بن عبد الله وهو ضعيف جدًّا. ورواه الدارقطني في سننه ١٣٢/٤ من طريق حسين بن عبد الله. وينظر تخريجه في التلخيص الحبير ٢١٨/٤.
(٦) مارية القبطية بنت شمعون، أم ولد النبي ﷺ بعث بها المقوقس صاحب الإسكندرية إلى رسول الله ﷺ سنة سبع من الهجرة، وكانت امرأة جميلة أمها رومية، فوطئها النبي ﷺ بملك اليمين وحملت منه، وولدت إبراهيم. عاشت بعد النبي ﷺ خمس سنين، وماتت سنة ١٦هـ. ينظر الإصابة: ٤٠٤/٤.

وهذا صحيح أيضًا من حيث المعقول؛ لأن الاتصالَ الموجبَ للعتق من النسب إنما هو بين الولد وأبيه، ليس بين الأمّ وبين المولى نسب[1]، وإذا ثبت أنّ الأم تبعٌ للولدِ فلا يثبت عتق التبع إلَّا بعتقِ المتبوع، ولم يعتق المتبوع؛ لأنّ العلوق[2] به كان على الرِّق.

فإنْ قالوا: ما قولكم إذا مَلَكَهما أعني الولد وأمّه، فإنّه قد عتق الأصل، فوجب أن يعتق التبع؟.

قلنا: عندكم ليس عتق الأمّ لعتق[3] الولد في هذه الصورة، فإنه لو مَلَكَ الأم صارت أم ولدٍ له وثبت لها حق العتق، وإن كان الولد رقيقًا يُباع في السوق.

وأما عندنا: إنما تصير الأم تبعًا للولد في عتقٍ يكون عند العلوق لوجود الاتصال بين الولد والأم في تلك الحالة، ولورود النص في هذه الصورة، فأما في عتق يظهر بعد العلوق فلا، لفوات ذلك الاتصال.

ولأن هذا العتق ليس هو مثل ذلك العتق بدليل فصل الولاء، فلا يُلحق به.

وأما الذي قاله عامة المحققين من أصحابنا[4] في هذه المسألة، وهو[5] أن سبب عتق الأم هو أن الولد جزء من الأم، وعتق الجزء يوجب عتق

---

(١) في (ز): يشبه.
(٢) في (ز): المعلوق به.
(٣) في (ز): يعتق.
(٤) في (ز): الأصحاب.
(٥) في (ز): هو.

الباقي، وهذا لأن الجزئية محضة في الابتداء؛ لأنه ينفصل الماء حين ينفصل جزءًا، وإنما يصير شخصًا في ثاني الحال، وقد عتق في حال الجزئية؛ لأنه انفصل (حين انفصل)[1] جزءًا، وحين انفصل جُزءًا يدل أنه عتق، وهو جزء، وعتقُ الجزء من الشخص يوجب عتق الباقي.

دليله: الجزء الشائع.

وعندي: أن الطريق الأول أسلم، وسنبين في الجواب.

۞ وأمّا حجّتهم:

قالوا: سبب عتق الأم هو نسبتها إلى الأب بقولنا: «أم ولده»، فكما أن النسب يُوجب عتق الولد فالنسبة توجب عتق الجارية.

قالوا: والنسبةُ هاهنا مثل النسبة بين الأخوين، فإنه وُجد[2] بين الأخوين اتصال بواسطة الأب، كذلك هاهنا بين الأب والجارية اتصال بواسطة الولد.

وبيانه: أن الأخوين (بعضا أصل)[3] لهما وهو الأب، وفي مسألتنا الأب والأم أصلا بعض منهما وهو الولد، فهذا وجه وجود البعضية بين الأخوين، وهو بين الأب والأم في مسألتنا.

وأما[4] وجه المشابهة في النسبة (في مسألتنا ومسألة الأخوين وهو[5])

---

(١) ليست في (ز).

(٢) في (ز): وصلة.

(٣) في (ز): بعض لأصلٍ.

(٤) في (ز): فأمّا.

(٥) في (الأصل): بين مسأله الأخوين وبين مسألتنا.

أن الأخ ابن أبيه، والجارية في مسألتنا أم ولده والنسبة في أم ولده مثل النسبة في ولد أبيه.

وذكروا وجود البعضية بين الأب والأم باعتبار الولد الحاصل بينهما على الوجه الذي ذكروا[1] ذلك في مسألة الزنا هل يوجب حرمة المصاهرة؟ وقد تقدم بيانه[2].

قالوا: وليس كما لو مَلَكَ أم ولده من الزنا؛ لأن النسبة ضعفت[3] في هذه الصورة لفوات النسب في الولد فلهذا لم يوجب العتق (من الزنا مع حقيقة البعضية)[4].

قالوا: ولهذا نقول: إذا مَلَكَ أخاه من الزنا لم يعتق عليه لضعف البعضية بفوات النسب، فهذا وجه تعلُّقهم لعتق الأم باعتبار نسب الولد.

وحملوا قوله عليه السلام (أعتقها ولدَها)[5] على أن المعنى نسبُ ولدها[6].

قالوا: وأما اعتباركم الجزئية، ولا [٣٤٨/ب] معنى له، ولا يجوز أن يكون الموجب لعتق الجارية هو عتق الولد من حيث إنه جزء لها؛ لأنه عتق الجزء الذي هو جنين لا يوجب عتقَ الأم؛ بدليل ما لو عتق[7] الجنين بعد

(١) في (ز): ذكروه.
(٢) ينظر: ٥/١٧٠.
(٣) في (ز): ضعيفة.
(٤) العبارة في (ز) هكذا: وفي الولد من الزنا عتق لحقيقة البعضية.
(٥) سبق تخريجه في ص ٦٥٤.
(٦) الأسرار ٢/٣٧٣/ب، عارف حكمت.
(٧) في (ز): أعتق.

العلوق على الرقّ لا يعتق الأم، وإن كان جزءًا من الأم.

وكذلك لو قال لأمته: ما عَلِقَت به من ولدٍ فهو حرٌّ عَتَق الولد، ولم تعتق الأم.

وهذا لأنه جزءٌ من وجهٍ شخصٌ من وجهٍ، وإذا كان على هذا السبيل لا تعتق الأم.

وكان المعنى فيه هو أن الجنين صار محلًا للعتق من حيث إنه شخص لا من حيث إنه جزء، وكذلك الماء في الابتداء ثبت له حكم الجزئية بتقدير الولديّة فيه فأنا إذا لم نقدِّر كونه ولدًا لم يتصور الحرية[1]، فإنه لم يوجد من المولى ابتداء عتق في جزءٍ مَّا إنما العتق ثبت شرعًا؛ لأن الولد خُلق من مائه.

ولا[2] يجوز له استرقاق أجزائه فلا يجوز له أيضًا استرقاق ولدٍ هو جزء منه فَعَلِقَ حُرًّا لهذا المعنى، فدل أنه لابد من تقدير كون الماء ولدًا حتى يصير محلًّا للعتق.

وإذا ثبت هذا فنقول: الولد شخص على حياله فلا يجوز أن يكون عتقه سببًا لعتق شخص آخر، وإنما السبب للعتق معنى بين الجارية والسيد على ما سبق بيانه[3].

وأيضًا قالوا: لو عَتَق بالطريق الذي قلتم لوجب أن يتنجّز العتق في

---

(١) في (ز): الجزئية.

(٢) في (ز): فلا.

(٣) ليست في (ز).

الأم، ولا يتأخر كما لو أعتق جزءًا شائعًا من جاريةٍ[1]، فإنها تعتق في الحال.

قالوا: وأما عدم العتق في الحال عندنا؛ لأن[2] البعضيّة بواسطةٍ أضعف من البعضيّة بلا واسطة، فإذا ضعفت أوجب حق العتق، وإذا قويت بوجودها[3] بلا واسطةٍ أوجبت حقيقة العتق، وذلك في الولد.

❁ **الجواب:**

إن الكلام على ما قلنا[4] صحيح، وهو أولى المعنيين في ثبوت عتق الأم، وقد ذكرنا إخَالتَه.

وأما الذي قالوا: إن سبب عتق الأم وجود النسبة.

قلنا: هذه نسبة بلا نسب، والنسبة بلا نسب لا توجب العتق.

والدليل عليه جانب الأم؛ فإن عبدًا لو تزوَّج بحرة، وجاءت منه بولد، ثم إن الحرة اشترت زوجَها لا يعتق عليها، وإن كان الزوج المُشتَرى أبُ ولدها، والطريقة تفسُد أصلًا بهذه المسألة.

وعلى أنه يقال لهم: لِمَ قلتم أن هذه النسبة توجب حق العتق؟

قالوا: كرامةً لها، وربما يقولون: بمجرد هذه التسمية[5]، وذلك أنه

(١) في (ز): الجارية.
(٢) في (ز): فلأن.
(٣) في (ز): لوجودها.
(٤) في (ز): قلناه.
(٥) في (ز): النسبة.

يقال: «هي أم ولده» وهذه التسمية كانت بثبوت نسب الولد، وللنسب تأثير في إيجاب حقوق هي كرامات وقد ظهرت هذه الكرامات[1] أعني ثبوت حق العتق للأم عقيب كونها أم ولده فأُحيل بها عليه.

ولهذا المعنى يُعبّر عن هذا الحق بهذه النسبة، فيقال: هي أم ولده عبارةً بها[2] عن هذا الحق كما يُعبِّر عن حق العتاق للمدبِّر بقولهم: مدبِّره، وعن حق المكاتب بقولهم: مكاتَبه.

وإذا كان الحق لهذا الاسم، وهذا الاسم كان بثبوت النسب لا بعلوق الولد حرًّا.

قالوا: وأمَّا المسألة التي ألزمتم في جانب الأب فالبعضية من جانب الأب أضعف من جانب الأم، فيجوز أن يقال: لمَّا ضعُفت بالواسطة، أو لمَّا وُجدت شبهة البعضية لا حقيقة البعضية لم تعمل في إيجاب العتق.

❁ **الجواب:**

إن إلحاق النسبة التي قلتم بحقيقة النسب محال؛ لأن مثل هذه النسبة توجد في كثير من المواضع، مثل قولهم: ابن عمه، وابن أخيه، وأبو ولدها، ومع ذلك لا يوجب العتق.

وهذا؛ لأن هذه النسبة نسبةُ تعريف، لا نسبة اتصال حقيقة أو حكمًا، ونسبة التعريف لا توجب حكمًا في الشرع، كقولهم: عبدُه، وأمتُه، ودارُه، وثوبُه.

---

(١) في (ز): الكرامة.

(٢) في (ز): بهذا.

وقولهم: «إن الحق ثبت[1] بتسميتها أمّ ولده»، وهذا أيضًا مجرد دعوى وليس له تأثير.

وقولهم: «إن بينهما بعضيّة»، بعيد جدًّا، وبأن حدث بينهما ولد واحد من أين أنه يوجد بينهما بعضية؟

وأما المسألة الإلزامية في جانب الأب ففي غاية القوة.

وقولهم: «إن البعضية في جانب الأب أضعف».

قلنا: أليس مَنْ مَلَكَ أباه يعتق عليه، فقولوا: إن المرأة إذا ملكت أبا ولدها ثبت له حق العتق، والضعف يكون أثره في امتناع[2] حقيقة العتق، ووجوب الاقتصار على حق العتق.

وعلى أن البعضية بواسطة لا توجب شيئًا؛ لأن البعضية بلا واسطة أوجبت العتق بالشرع، وإذا كانت بواسطة فلا تكون في معنى البعضيّة بلا واسطة، فوجب ألا يُلحق بها في الحكم.

وأما اعتراضهم على فصل الجزئية، وقولهم [٣٤٩/أ]: «إنه إنما صار محلًا للعتق؛ لأنه يصير ولدًا، أو شخصًا في ثاني الحال».

قلنا: بلى، ولكن في الحال جزء، وليس بشخصٍ، وعتق الجزء مؤثِّر في عتق الجملة إلا أنه لما كان يصير شخصًا آخر في ثاني الحال ضَعُف[3]

(١) زيادة من (ز) يقتضيها المقام.

(٢) في (ز): امتناع ثبوت.

(٣) في (الأصل): ضعُفت.

اعتبار الجزئية، فأوجب حق العتق لا حقيقة العتق.

وخرج على ما ذكرناه عتق الجنين؛ لأنه عتق، وهو ليس بجزءٍ محضٍ فلم يسرِ إلى الجملة.

وأما[(١)] هاهنا عتق[(٢)] الولد وهو جزء محض، والإشكال على هذا أن بالإجماع العتق عتق الولد[(٣)] والولد لا يتصور أن يكون جزءًا محضًا.

والجواب ما ذكرنا[(٤)]: أنه في المثال جزء يصير ولدًا في ثاني الحال، فباعتبار أنه يصير ولدًا عتق، ولكن باعتبار أنه جزء محض في الحال سَرَى إلى الجملة، هذا غاية الإمكان.

وعلى (الطريق الأول)[(٥)] لا يحتاج إلى شيء من هذا وهو[(٦)] أسلم.

وأما إذا قال: الولد الذي تَعْلِقُ به فهو حُرٌّ، ففي صحة هذا الكلام وجهان معروفان.

وعلى أن في تلك المسألة لابد من تقدير الولديّة حقيقةً ليصير رقيقًا، ثم يعتق بإعتاقه.

ألا ترى أنه يثبُتُ عليه الولاء، وإنما[(٧)] هاهنا فبخلافه فصار العتق في

---

(١) في (ز): فأمّا.
(٢) في (ز): فإنه عتق.
(٣) لم أجده في مظانه.
(٤) في (ز): ذكرناه.
(٥) في (ز): الطريقة الأولى.
(٦) في (ز): فهو.
(٧) في (ز): وأمّا.



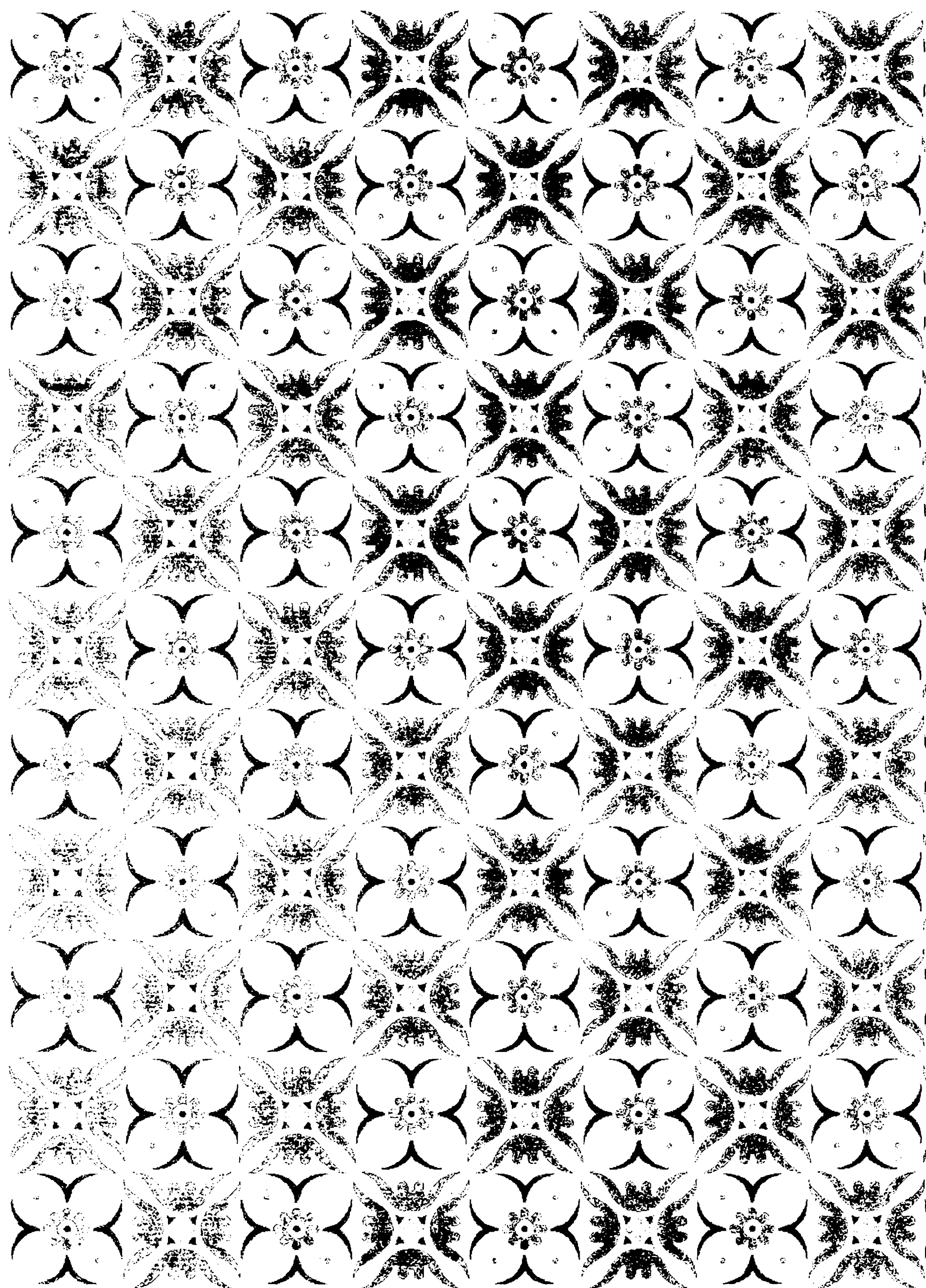

محل الجزء على ما سبق. والله أعلم بالصواب.

انتهى ربع الجراح من الاصطلام[1] بعون الله تعالى وحسن توفيقه، وهو آخر الكتاب، والله تعالى مشكور على كل حال، ومسؤول أن يوفق على طاعته إنه ولي كل فضل.

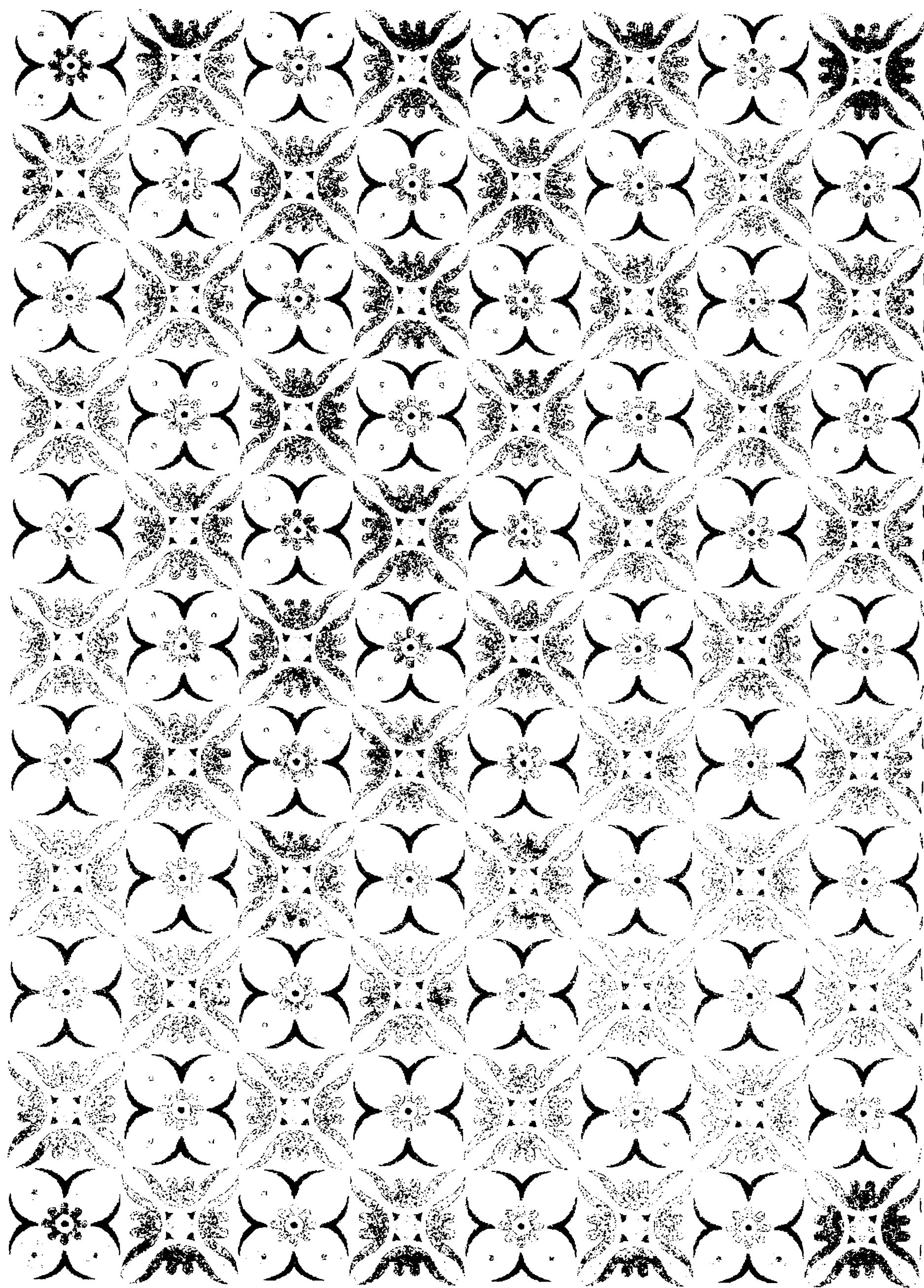
فرغتُ من تحريره يوم السبت الرابع عشر من ذي القعدة سنة تسع عشرة وخمسمائة، الحمد لله، وصلواته على نبيه محمد وآله وسلامه.



(١) في (ز): تم كتاب الاصطلام في المسائل الفرعية، للإمام السمعاني رحمه الله.
والحمد لله رب العالمين، وصلواته على سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلى آله الطيبين، وعلى أصحابه... وعلى أزواجه الطاهرات أمهات المؤمنين وسلامه إلى يوم الدين.



الفهارس العامة



أولاً: فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقمها	رقم الصفحة
الفاتحة		
﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ﴾	٢	١/٢٣٢، ٢٣٥
﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ مَالِكِ يَوْمِ الدِّينِ إِيَّاكَ نَعْبُدُ وَإِيَّاكَ نَسْتَعِينُ﴾	٢ ـ ٥	١/٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٦
البقرة		
﴿يُؤْمِنُونَ بِالْغَيْبِ...﴾	٣	٢/٦٩٢
﴿صُمٌّ بُكْمٌ عُمْيٌ فَهُمْ لَا يَرْجِعُونَ﴾	١٨	٣/٢٠٧
﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾	٢٩	٤/٥٧٣
﴿وَلِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَالْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللهِ﴾	١١٥	١/٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٩
﴿وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ﴾	١٢٣	٤/٥٣٠
﴿وَمَا كَانَ اللهُ لِيُضِيعَ إِيمَانَكُمْ﴾	١٤٣	١/٣٤٣
﴿إِنَّ الصَّفَا وَالْمَرْوَةَ مِن شَعَائِرِ اللهِ﴾	١٥٨	١/٦٧٨
﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَن يَطَّوَّفَ بِهِمَا﴾	١٥٨	١/٣٢٩
﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾	١٧٣	١/٣٣٦
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ...﴾	١٨٠	٢/٧٨٥

الآيـة	رقمها	رقم الصفحة
﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾	١٨٤	٣٣٧/١
﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾	١٨٥	٣٣٠/١، ٤٩٤، ٥٣٩، ٥٤٧
﴿يُرِيدُ اللهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	١٨٥	٣٣٠/١
﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ عَلِمَ اللهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْ فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتِمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ...﴾	١٨٧	٥١٣/١، ٥١٥، ٥٦٢، ٥٧٤
﴿فَإِن قَاتَلُوكُمْ فَاقْتُلُوهُمْ﴾	١٩١	٩/٤
﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ﴾	١٩٣	٣١٥/١، ٢٠٩/٤
﴿فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾	١٩٤	٤١٧/٢، ٤٩٧/٣، ٦٦/٤، ١٢٤
﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ...﴾	١٩٦	٦٣٥/١، ٧١٨، ٧٢٠
﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ فَمَن فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ...﴾	١٩٧	٦١١/١
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً...﴾	٢٠٨	٥٥١/٢

الآيـة	رقمها	رقم الصفحة
﴿وَلاَ تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾	٢٣٥	٥٦٢/٣
﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾	٢٣٧	٢٦٦/٣، ٣٦٥
﴿مَن ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفَهُ لَهُ...﴾	٢٤٥	٤٠٨/١
﴿إِن تُبْدُوا الصَّدَقَاتِ فَنِعِمَّا هِيَ وَإِن تُخْفُوهَا...﴾	٢٧١	٧٩٥/٢، ٨٠٠
﴿وَأَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	٢٧٥	٥٦/٢، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١
﴿لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلاَّ وَسْعَهَا...﴾	٢٧٦	٣٧٠/١، ٤٩٠، ٥٤٦
﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا...﴾	٢٧٨	٥٥٧/٢
﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾	٢٨٠	٦٠٤/٣
﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ...﴾	٢٨٢	٥٣٩/٤، ٥٤٤
﴿وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾	٢٨٣	٢٩٣/٢، ٢٩٤
آل عمران		
﴿إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللهِ الإِسْلاَمُ﴾	١٩	٥٣٠/٤
﴿فِيهِ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ مَّقَامُ إِبْرَاهِيمَ وَمَن دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا... وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ﴾	٩٧	٥٣٩/١، ٥٤٧، ٥٨٢، ١٣٦/٤، ١٣٧، ١٤١

الآيـة	رقمها	رقم الصفحة
﴿وَسَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ...﴾	١٣٣	٦٥٧/١
النساء		
﴿وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيرًا وَنِسَاءً... وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ﴾	١	٥٣٣/٣، ٦٢٠/٤
﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ﴾	٣	٤٩/٣، ١٦٦، ١٧١، ١٩٦، ٣٥٢، ٢٥٣/٤
﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ﴾	٤	١٧١/٣
﴿فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾	٦	٣٦٠/٢، ٣٦١
﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾	٢١	٢٦٦/٣
﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ... وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ...﴾	٢٣	١٢٨/٣، ١٣٠، ١٤٣، ١٥٣، ٢٨٢، ٥٧٨
﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم...﴾	٢٤	٥١٥/٢، ٦٠٨، ١١٦/٣، ١٥٣، ١٦٦، ١٧١، ٢٤٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٦٠، ٢٦٢، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٥٢/٤
﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ...﴾	٢٥	١٦٤/٣، ١٦٧، ١٧٣، ١٧٦، ١٩٦، ٣٥٢، ٥٠٣، ٢٦٠/٤

الآية	رقمها	رقم الصفحة
﴿لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾	٢٩	٣/٣٧٩، ٤/٣٧١
﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾	٣٤	٣/٢٥٥، ٢٦٠، ٣٦٠، ٦٠١، ٦١٣
﴿وَلاَ جُنُبًا إِلاَّ عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا... أَوْ لاَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً﴾	٤٣	١/١٠٣، ١٠٥، ١٠٦، ١٠٨، ١٠٩، ١٦٩، ٣/٣٩٦، ٥٤٥
﴿وَلَوْ أَنَّا كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ أَنِ اقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ أَوِ اخْرُجُوا مِن دِيَارِكُم...﴾	٦٦	٤/٢٢٧
﴿وَإِذَا حُيِّيتُم بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا﴾	٨٦	٢/٦٥٩
﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلاَّ خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُوا فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللهِ وَكَانَ اللهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾	٩٢	١/١٦٩، ٢/٦٥، ٣/١٦٤، ٤٥٢، ٤٦٢، ٥٤٥، ٤/١٧٧، ١٧٩، ١٨٠، ٣٨٧، ٣٩٠
﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا﴾	٩٣	٤/١٧٩
﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ الْمَوْتُ...﴾	١٠٠	٢/٧٨١

الآية	رقمها	رقم الصفحة
﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلاَةِ﴾	١٠١	١/٣٢٨، ٣٣٣
﴿فِي يَتَامَى النِّسَاءِ اللاَّتِي...﴾	١٢٧	٣/٤٩
﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضًا فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾	١٢٨	٢/٣٦٩، ٣٧١
﴿فَبِظُلْمٍ مِّنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ...﴾	١٦٠	٣/١٥٢
﴿إِنَّمَا اللهُ إِلَهٌ وَاحِدٌ...﴾	١٧١	٢/٥٧٦
المائدة		
﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾	٣	١/١٣٩، ١٤٣
﴿غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لإِثْمٍ﴾	٣	١/٣٣٦
﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾	٤	٤/٤١٩
﴿وَمَن يَكْفُرْ بِالإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ﴾	٥	١/٢٨٠
﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاَةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ وَإِن كُنتُمْ جُنُبًا فَاطَّهَّرُوا وَإِن كُنتُم مَّرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِّنكُم مِّنَ الْغَائِطِ أَوْ لاَمَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا..﴾	٦	١/٦٥، ٦٨، ٧٣، ٨٢، ٩٨، ١٠٣، ١٠٥، ١٠٦، ١٠٩، ١٢٤، ١٥٧، ١٥٨، ١٦٣، ١٦٤، ١٧٧
﴿وَلَكِن يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ﴾	٦	١/١٢٤
﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا...﴾	٣٨	١/٦٧٦، ٢/٤٦، ١٨١

الآيـة	رقمها	رقم الصفحة
﴿أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ﴾	٥٠	٣/٤٢٩ ، ٤/٥٨٦
﴿وَأَلْقَيْنَا بَيْنَهُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ إِلَىٰ يَوْمِ الْقِيَامَةِ...﴾	٦٤	٢/٥٥٣ ، ٥٥٨
﴿لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الأَيْمَانَ فكفارته إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ...﴾	٨٩	٣/٤٨٥ ، ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، ٤٨٩ ، ٤/٤٤٧
﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ..﴾	٩٠	٢/٥٥٢ ، ٥٥٨
﴿إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللهِ وَعَنِ الصَّلاَةِ...﴾	٩١	٢/٤٦ ، ٥٥٣ ، ٥٥٨
﴿وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ...﴾	٩٥	١/٦٨٨ ، ٦٩١ ، ٦٩٣ ، ٧٠٥
﴿وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا...﴾	٩٦	١/٦٩٤
﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾	١٠٦	٤/٥٢٨
﴿أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلاَفٍ﴾	٣٣	٤/٣٣٠
﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾	٣٨	٤/٣٢٢
﴿إِنَّا أَنزَلْنَا التَّوْرَاةَ فِيهَا هُدًى وَنُورٌ يَحْكُمُ بِهَا النَّبِيُّونَ الَّذِينَ أَسْلَمُوا لِلَّذِينَ هَادُوا﴾	٤٤	٤/٢٢٨

الآيـة	رقمها	رقم الصفحة
﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾	٤٥	١٩/٤، ٦٤، ٦٥، ٧٠
الأنعام		
﴿وَأُوحِيَ إِلَيَّ هَذَا الْقُرْآنُ لأُنذِرَكُم بِهِ وَمَن بَلَغَ﴾	١٩	٢٥٧/١
﴿وَلاَ تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللهِ عَلَيْهِ...﴾	١٢١	٥٥٥/٢، ٤٢٧/٤
الأعراف		
﴿... وَالإِثْمَ وَالْبَغْيَ...﴾	٣٣	٥٥٢/٢
﴿وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾	١٨٩	١٠٨/٣، ١١٧، ٢٥٤
﴿أَلَهُمْ أَرْجُلٌ يَمْشُونَ بِهَا أَمْ لَهُمْ أَيْدٍ يَبْطِشُونَ بِهَا أَمْ لَهُمْ أَعْيُنٌ يُبْصِرُونَ بِهَا أَمْ لَهُمْ آذَانٌ يَسْمعُونَ بِهَا﴾	١٩٥	١٥٣/٤
﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾	٢٠٤	٢٤٢/١
الأنفال		
﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَنفَالِ قُلِ الأَنفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ...﴾	١	٧٧٦/٢
﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوا إِن يَنتَهُوا يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾	٣٨	٢٧٦/١، ٥٤١، ٣٨٣/٤
﴿وَقَاتِلُوهُمْ حَتَّى لَا تَكُونَ فِتْنَةٌ وَيَكُونَ الدِّينُ كُلُّهُ لِلَّهِ﴾	٣٩	٨/٤، ٤٠٦
﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى...﴾	٤١	٧٨٤/٢، ٧٨٥

الآيـة	رقمها	رقم الصفحة
﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا...﴾	١٠٣	٢/٧٩٥، ٨٠١
﴿هُوَ يَقْبَلُ التَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِ وَيَأْخُذُ الصَّدَقَاتِ...﴾	١٠٤	١/٤٠٨
﴿وَلاَ يَطَئُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّار وَلاَ يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نَّيْلاَ...﴾	١٢٠	٢/٧٧٩
هود		
﴿إِنَّ الْحَسَنَاتِ يُذْهِبْنَ السَّيِّئَاتِ...﴾	١١٤	١/٧١١، ٣/٤٣٧، ٤/١٨٠
يوسف		
﴿إِنَّا أَنزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا﴾	٢	١/٢٥٥
﴿إِنِّي أَرَانِي أَعْصِرُ خَمْرًا﴾	٣٦	٣/١٢٣، ٣٤٤، ٣٥٠
الحجر		
﴿إِلاَّ مَنِ اسْتَرَقَ السَّمْعَ﴾	١٨	٤/٢٩٢
النحل		
﴿وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾	٥	٤/١٥٤
﴿وَلَكُمْ فِيهَا جَمَالٌ حِينَ تُرِيحُونَ وَحِينَ تَسْرَحُونَ﴾	٦	٤/١٥٤
﴿لَّمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلاَّ بِشِقِّ الأَنفُسِ...﴾	٧	١/٦٠٥
﴿وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا وَزِينَةً...﴾	٨	١/٤٥٠، ٤٦٥، ٤/١٥٤
﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ﴾	٤٤	٣/٥٠




الآية	رقمها	رقم الصفحة
الحج		
﴿فَلْيَمْدُدْ بِسَبَبٍ إِلَى السَّمَاءِ﴾	١٥	٤/ ٤٦٧
﴿وَالْمَجُوسَ وَالَّذِينَ أَشْرَكُوا﴾	١٧	٤/ ٤١٢
﴿وَلْيَطَّوَّفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾	٢٩	١/ ٦٧٢، ٦٧٦
﴿وَالْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُم مِّن شَعَائِرِ اللهِ لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ فَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ﴾	٣٦	٤/ ٤٢٦
﴿وَمَاجَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ...﴾	٧٨	١/ ٤٨٩، ٥٤٦، ٢/ ٧١٣
المؤمنون		
﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾	٥	٣/ ٧
﴿ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ﴾	١٤	٤/ ٤٣٤
﴿وَهُمْ لَهَا سَابِقُونَ﴾	٦١	١/ ٦٥٨
النور		
﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ... وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾	٢	٢/ ٤٦، ٣/ ٥٠٣، ٤/ ٢١٨
﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾	٤	٣/ ٥٠١، ٥٠٣، ٤/ ٥١٣
﴿وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾	٤ ـ ٥	٤/ ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١




الآيـة	رقمها	رقم الصفحة
﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ...﴾	١٠	١/٤٤٤
الذاريات		
﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ﴾	٥٦	٣/١٤، ٤٥٠
الواقعة		
﴿لاَ يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلاَ تَأْثِيمًا * إِلاَّ قِيلاَ سَلاَمًا سَلاَمًا﴾	٢٥، ٢٦	٢/٦٥
الحديد		
﴿وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾	٢٥	٤/٥٣
﴿وَرَهْبَانِيَّةً ابْتَدَعُوهَا مَا كَتَبْنَاهَا عَلَيْهِمْ...﴾	٢٧	٤/٤٧٩
المجادلة		
﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ...﴾	٣	٣/٤٥٢، ٤٦٢
﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾	٤	٣/١٦٤، ٤٨٥، ٤٨٩
الحديد		
﴿وَأَنزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾	٢٥	١/٥١
الجمعة		
﴿... وَابْتَغُوا مِن فَضْلِ اللهِ...﴾	١٠	٢/٥٩
المنافقون		
﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾	٢	٤/٤٥٦

الآيـة	رقمها	رقم الصفحة
الطلاق		
﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ . . .﴾	١	٣/٣١٢، ٣٦٥، ٥٣٩، ٥٥٢، ٥٩٣
﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾	٢	٣/٥٦٢، ٦٠٠
﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ﴾	٤	٣/٥٤٥، ٥٤٩، ٥٥٠
﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلاَ تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُوْلاَتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾	٦	٣/٥٨٩، ٥٩٢
القلم		
﴿وَإِنَّكَ لَعَلَىٰ خُلُقٍ عَظِيمٍ﴾	٤	٢/٧٤٦
المعارج		
﴿فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ﴾	٢٤	١/٣٧٢
﴿فِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ مَّعْلُومٌ * لِلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ﴾	٢٤، ٢٥	١/٤٠٤
﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾	٢٩	٣/٧
الجن		
﴿وَأَنَّا لَمَسْنَا السَّمَاءَ فَوَجَدْنَاهَا مُلِئَتْ حَرَسًا شَدِيدًا وَشُهُبًا﴾	٨	١/١٠٣

الآيـة	رقمها	رقم الصفحة
الماعون		
﴿فَوَيْلٌ لِّلْمُصَلِّينَ الَّذِينَ هُمْ عَن صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ . . .﴾	٤ ـ ٦	٢٨١/١
المسد		
﴿وَامْرَأَتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾	٤	٥٦١/٢ ، ١٨١/٣



ثانيًا: فهرس الأحاديث والآثار

الحديث أو الأثر	رقم الصفحة
أمرني أن اختار إحديهما	١٨٠/٣
أمسك منهن أربعًا	١٧٩/٣، ١٨٠
إن أبا بكر قسم الخمس نحو ما قسم رسول الله ﷺ... (جبير بن مطعم)	٧٨٩/٢
أن أبا بكر وعمر وعثمان وعليًا قسموا الخمس (ابن عباس)	٧٨٩/٢
أن أبا طلحة كانت عنده خمور لأيتام فلما حُرمت الخمر قال: يا رسول الله ما أصنع بها؟ قال: أرقها	٣١٣/٢
أن أباه نحله غلامًا له، فأتىٰ النبي ﷺ يشهده عليه فقال: أكل ولدك نحلت هذا؟ (نعمان بن بشير)	٦٥٧/٢
أن ابن عباس وهم في هذه الرواية... (ابن المسيب)	٢١٦/٣
أن ابن عمر كان إذا رأىٰ رجلًا لا يرفع يديه في الصلاة حصبه (نافع مولىٰ ابن عمر)	٢٦٦/١
إن أبي شيخ كبير أدرك الإسلام ولا يستطيع الحج والعمرة (أبو رزين)	٦٣٦/١
أن أعرابيًا أتىٰ النبي عليه السلام وقال: هلكتُ وأهلكت	٥٠٣/١، ٥٠٤، ٥٠٥
أن إقامة علي رضي الله عنه كانت مرة مرة	١٩٩/١
أن الإقامة كانت لهم مرة مرة	١٩٨/١
إن الجارية لازمة له لا يردها ولا يرجع بشيء (الحسن البصري)	١٢٦/٢
أن الجماعة يقتلون بالواحد (عمر)	٤٦/٤
إن الحج والعمرة فريضتان لا يضرك بأيهما بدأت	٦٣٢/١

الحديث أو الأثر	رقم الصفحة
الرحم شجنة تتعلق بعرش الرحمن...	٤/ ٦٢٠
الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم	٣/ ٥٨٥
الرضاع ما فتق الأمعاء	٣/ ٥٨٥
رُفِعَ القلم عن ثلاث: عن الصبي حتىٰ يبلغ	١/ ٥٣٨
رفع القلم عن ثلاثة...	٢/ ٦٨٧
رُفِعَ عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه	١/ ٥٣٦
رفعت امرأة صبيًا إلىٰ رسول الله (جابر)	١/ ٦٤٢
رق منه ما رق	٤/ ٥٩٤
الرهن بما فيه	٢/ ٣٣٢
زوج أبو بكر الصديق عائشة ﵂ من النبي ﷺ وهي صغيرة	٣/ ٤٦
زوجتكها	٣/ ١٢٦
زوجوني فإن النبي أوصاني أن لا ألقىٰ الله عزبا (شداد ابن أوس)	٣/ ٩
سأل رجل رسول الله ﷺ عن الصلاة والزكاة أواجبة هي؟ قال: نعم (جابر)	١/ ٦٣٣
سبق محمد ﷺ الباذق وكل ما أسكر فهو حرام (ابن عباس)	٤/ ٣٣٧
سبقت رحمتي غضبي	٣/ ٤٣٨
سمع رسول الله ﷺ رجلًا يقول: لبيك عن شبرمة (ابن عباس)	١/ ٦٠٣
سمع رسول الله ﷺ رجلًا يقول: يلبي عن شبرمة (ابن عباس)	١/ ٦٠٣
سمعت بلالًا أذن بمنىٰ بصوتين صوتين	١/ ١٩٣
سُنّوا بهم سنة أهل الكتاب	٤/ ٤١١
سئل ابن عباس عن ذبح ونسىٰ اسم الله تعالىٰ فقال: تسمية ملته	٤/ ٤٢٦
سئل النبي ﷺ عن المني يصيب الثوب قال: إنما هو بمنزلة البزاق	١/ ١٣٣



ثالثًا: فهرس الأعلام



رابعًا: فهرس الأشعار والرجز

الصفحة	القائل	الأبيات
٥٧٨/٢	الأعشى	أجارتنا بيني فإنك طالقه كذاك أمور الناس تغدو وطارقه
٢٣٦/١	العجير السلولي	إذا متُّ كان الناس نصفين شامت بموتي ومثنٍ بالذي كنت أفعل
٥١٥/٣		جراحات السِّنان لها التيام ولا يلتئم ما جرح اللسان
١٤٤/٢	الإمام أحمد ابن حنبل	دين النبي محمد آثار نعم المطية للفتى الأخبار ولربما غلط الفتى سبل الهدى والدين واضحة لها أنوار لا تغفلن عن الحديث وأهله فالرأي ليل والحديث نهار
٦٩١/٢	علي بن أبي طالب	سبقتكم إلى الإسلام طُرا غلامًا ما بلغتُ أوان حلمي
٧٠٦/١		صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدك الأبطال
٦٦٧/٢	ضابي البرجمي	كقابض ماء لم تحُزه أنامله... (عجز بيت)
١٠٤/١	ابن الخياط	لمستُ بكفي كفه أبتغي الغنى

الأبيات	القائل	الصفحة
ولم أدر أن الجود من كفه يعدي فلا أنا منه ما أفاد ذوو الغنىٰ أفدتُ وأعداني فبَدّدْتُ ما عندي		
النحو صعب وطويل سلمه إذا ارتقىٰ فيه الذي لا يعلمه	(أصله للحطيئة) الشعر صعب	٢/٥٣
هجوتَ محمدًا فأجبتُ عنه وعند الله في ذاك الجزاءُ فإن أبي ووالدتي وعرضي لعرض محمد منكم وِقَاءُ	حسان بن ثابت	٣/٥١٥
وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمسىٰ الرهن قد غلقا	زهير بن أبي سلمىٰ	٢/٢٩١
وإذا جوزيت قرضاً فاجزه إنما يجزي الفتىٰ ليس الجمل	لبيد	٢/٦٦٠
ولا أبالي وخيرُ القول أصدقُه حقنتَ لي ماء وجهي أم حقنت دمي	أبو تمام	٤/١٥٥



خامساً: فهرس الكتب الواردة في النص المحقق

اسم الكتاب	المؤلف	رقم الصفحة
الاختلاف	ابن المنذر	٤٧٠/١
الأسرار	أبو زيد الدبوسي	٢٠٤/١، ٥٤٤، ٦١٥، ٣٧٣/٢، ٤٨٤، ١٦٩/٣، ٢١٢، ٢٧٨، ٣٩٣، ٤٧٥، ٤٧٨، ٥٩١، ١٨٣/٤، ٤٥١، ٤٦٧، ٤٧٨، ٥٦٤، ٥٦٧، ٦١٥، ٦١٧
الاصطلام	أبو المظفر السمعاني	٤٧/١
الإفصاح	أبو علي الطبري	٧١٣/١
الأمالي	أبو زيد الدبوسي	٣٧٥/١، ٦٢٥، ٦٩٨، ٤٩٢/٢، ٤٩٤، ٥٦٧، ٦٣٢
الأوساط	أبو المظفر السمعاني	٢٨٥/٢
البرهان	أبو المظفر السمعاني	٤٦/١، ١٥٩/٢، ٦٠٥، ٧٠٣، ٣٢٠/٣، ٣٣٩/٤
التعليق	أبو المظفر السمعاني	٣٨٧/١، ٣٨٩، ٥٩١، ١٠٨/٢، ٧٧٤، ٣٢/٣، ٢٥٦، ٣٢٠، ٤٩٧/٤
تقويم الأدلة	أبو زيد الدبوسي	١٨١/١
تقويم الأدلة (الأصول)	أبو زيد الدبوسي	١٨٣/٢
جامع (سنن) الترمذي	أبو عيسى الترمذي	٦٧/١، ١٠٧، ١١٥، ٢٣٢، ٣٨٠، ٤١٦، ٤٥٤، ٥٤٩، ٦٤١، ٧٠٤، ٧٠١/٢، ٥٧٨/٣، ٢١٨/٤

اسم الكتاب	المؤلف	رقم الصفحة
الجامع الصغير	محمد بن الحسن	٤/ ٦٣٤
الجواهر	-	٢/ ٤٨٤
الزهرة	محمد بن داود الأصفهاني	٢/ ٦٩١
الزيادات	محمد بن الحسن	٤/ ١٢٩
سنن أبي داود	أبو داود السجستاني	١/ ٦٧، ١٠٧، ١١٨، ١٩٥، ٤٥٣، ٤٧٨، ٧٠٤، ٢/ ٦٥٦، ٧٠١، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٨٩، ٣/ ٣١٨، ٥٩٤، ٤/ ٢٣٩، ٢٤٣، ٢٩١، ٣٣٥
سنن الدارقطني	علي بن عمر الدارقطني	١/ ١٨٩، ٢٤٠، ٦٠٤، ٣/ ٢٢٣، ٧٣، ٢٤١، ٤/ ٥٢، ٤٤٠
صحيح البخاري	محمد بن إسماعيل البخاري	٢/ ٣٨٧، ٦٤٥، ٦٧٤، ٣/ ٢٠، ٤٩، ٤/ ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧
صحيح مسلم	مسلم بن الحجاج القشيري	١/ ٢٦٦، ٦٤٩، ٢/ ٦٩٥، ٣/ ١٩، ٥٩، ٢١٤، ٢٣٥، ٤/ ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٩، ٤٦٢
الصحيحان	البخاري ومسلم	١/ ٩١، ١٨٧، ٣١٩، ٥٧١، ٢/ ٣٤٤، ٦٠٤، ٦٤٥، ٦٧٣، ٣/ ٢٠٩، ٢١٥، ٢٣٦، ٢٥٢، ٢٧٧، ٥٩٠، ٤/ ١٧١، ٤٦٢
فرائض ابن اللبان	ابن اللبان	٢/ ٧٠٤
فصيح الكلام	ثعلب	١/ ٧١٨
فضائل الصحابة	أحمد بن حنبل	٢/ ٦٩٥

اسم الكتاب	المؤلف	رقم الصفحة
متفق الصحيحين	الجوزقي	١/٦٣٥
معالم السنن	أبو سليمان الخطابي	٢/٧٠٤
معاني القرآن	الزجاج	١/٧١٨
الموطأ	مالك بن أنس	٢/٨٢



فهرس المصادر والمراجع

١. **القرآن الكريم**.

٢. **الإجماع**: أبو بكر بن محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، تحقيق: د. أبو حماد صغير أحمد بن محمد حنيف، دار طيبة ـ الرياض، الطبعة الأولىٰ، سنة ١٤٠٢هـ.

٣. **أحكام القرآن للجصاص**: لأبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص/ مطبعة دار الفكر ـ بيروت ـ لبنان.

٤. **أحكام القرآن**: أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي، تحقيق: علي محمد البجاوي ـ مطبعة عيسىٰ البابي الحلبي ـ مصر.

٥. **الإحكام في أصول الأحكام**: سيف الدين أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي، مطبعة محمد علي صبيح سنة ١٣٨٧هـ ـ القاهرة.

٦. **أخبار القضاة**: لوكيع، محمد بن خلف بن حبان، الناشر: عالم الكتب ـ بيروت.

٧. **أدب القاضي**: لأبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص، تحقيق: د. حسين الجبوري، ط١، ١٤٠٩هـ، مطبعة الصديق الطائف ـ السعودية.

٨. **أدب القضاء لابن أبي الدم**. تحقيق د. محمد مصطفىٰ الزحيلي، دار الفكر.

٩. **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولىٰ، سنة ١٣٩٩هـ.

١٠. **الأزهية في علم الحروف**: علي بن محمد الهروي، تحقيق: عبد المعين الملوحي ـ مطبوعات مجمع اللغة العربية، دمشق، سنة ١٤٠١هـ.

١١. **الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الآثار**: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر ـ تحقيق الأستاذ علي النجدي

ناصف ـ لجنة إحياء التراث الإسلامي ـ مصر.

١٢. **الاستذكار لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني الآثار:** أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، تحقيق: د. قلعجي، القاهرة ـ مصر.

١٣. **الاستيعاب (مع الإصابة):** لأبي عمر بن عبد البر. ينظر: الإصابة.

١٤. **أسد الغابة في معرفة الصحابة:** للإمام عز الدين أبي الحسن علي بن محمد المعروف بابن الأثير ـ المكتبة الإسلامية.

١٥. **الأسرار:** أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي ـ مخطوط ـ نسخة شهيد علي، برقم ٦٧٩ ـ السليمانية ـ استانبول ـ نسخة مراد لا، برقم ٧٥٠ ـ استانبول.

١٦. **الأسرار:** لأبي زيد عبد الله بن عمر الدبوسي، مخطوط (عارف حكمت)، ونسخة شهيد علي، برقم ٦٧٩ ـ السليمانية ـ استانبول ـ نسخة مراد لا، برقم ٧٥٠ ـ استانبول، وكتاب الديات، رسالة ماجستير، لعبد الرحمن بن سعدي ـ الجامعة الإسلامية، وكتاب الدعوىٰ والبينات، رسالة ماجستير، لعلي بن أحمد سبيع ـ الجامعة الإسلامية، ومطبوع (كتاب النكاح)، دار المنار ـ مصر، و (كتاب النكاح) بتحقيقنا.

١٧. **أسنىٰ المطالب شرح روض الطالب:** أبو يحيىٰ زكريا الأنصاري ـ الناشر: المكتبة الإسلامية، الحاج رياض الشيخ.

١٨. **أسنىٰ المطالب شرح روض الطالب:** لأبي يحيىٰ زكريا الأنصاري، الناشر: المكتبة الإسلامية ـ رياض الشيخ.

١٩. **الإشراف علىٰ مسائل الخلاف:** عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي ـ مطبعة الإرادة ـ الطبعة الأولىٰ ـ تونس.

٢٠. **الإشراف لابن المنذر:** تحقيق: د. حماد أبو صغير ـ دار طيبة ـ المدينة.

٢١. **الإصابة في تمييز الصحابة:** لعلي بن أحمد بن حجر العسقلاني ـ دار الكتاب العربي.

٢٢. **أصول السرخسي**: أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، دار المعرفة ـ بيروت ـ سنة: ١٩٧٣م.

٢٣. **الاعتبار في الناسخ والمنسوخ من الآثار**: أبو بكر محمد بن موسىٰ بن عثمان بن حازم الهمذاني. علق عليه راتب حاكمي. ط١ ـ مطبعة الأندلسي، حمص ١٣٨٦هـ.

٢٤. **الأعلام**: لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين ـ بيروت، ط٤، ١٩٧٩م.

٢٥. **الإفصاح عن معاني الصحاح**: أبو المظفر يحيىٰ بن محمد بن هبيرة الحنبلي. الناشر: المؤسسة السعودية ـ الرياض.

٢٦. **الأم**: لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ـ دار الشعب جمهورية مصر العربية.

٢٧. **الأموال**: لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي، إدارة إحياء التراث الإسلامي ـ قطر.

٢٨. **الأنساب**: أبو سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور السمعاني. تحقيق: عبد الرحمن بن يحيىٰ المعلمي. ط١، سنة ١٣٨٢هـ.

٢٩. **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف علىٰ مذهب الإمام أحمد بن حنبل**: لعلاء الدين أبو الحسن عليّ بن سليمان المرداوي، حققه: حامد الفقي، مطبعة السنة المحمدية، الطبعة الأولىٰ، القاهرة.

٣٠. **إيثار الإنصاف في آثار الخلاف**: لسبط ابن الجوزي، تحقيق: ناصر العلي الناصر الخليفي، دار السلام ـ القاهرة.

٣١. **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**: زين الدين ابن نجيم الحنفي، الناشر: دار المعرفة ـ بيروت، ط٢.

٣٢. **بداية المبتدئ مع فتح القدير**: ينظر: فتح القدير.

٣٣. **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد

بن رشد القرطبي المالكي، دار الفكر ـ بيروت.

٣٤. **البداية مع فتح القدير**: لأبي الحسن علي بن أبي بكر المرغيناني، ينظر: فتح القدير.

٣٥. **البداية والنهاية**: أبو الفداء، ابن كثير الدمشقي، مكتبة المعارف ـ بيروت، ط٢، سنة ١٩٧٧م،.

٣٦. وتحقيق: د. أحمد أبو ملحم، د. علي نجيب، دار الكتب العلمية، ط. ١، ١٤٠٥هـ.

٣٧. **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**: لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، الناشر: زكريا علي يوسف، مطبعة الإمام ـ القاهرة.

٣٨. **بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة**: لجلال الدين السيوطي، تحقيق: محمد أبو الفضل ـ مصر ـ عيسىٰ البابي، ط١.

٣٩. **بلوغ المرام من أدلة الأحكام**: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تصحيح: محمد حامد الفقي، المطبعة الرحمانية ـ مصر، ط٢، ١٣٥٢هـ.

٤٠. **البيان في مذهب الشافعي**: ليحيىٰ بن أبي الخير العمراني، اعتنىٰ به قاسم محمد النوري، ط١، ١٤٢١هـ، دار المنهاج ـ بيروت.

٤١. **البيان والتبيين**: لأبي عثمان عمرو بن بحر الجاحظ، تحقيق وشرح: عبد السلام هارون، ط٤، دار الفكر.

٤٢. **تاريخ الطبري**: لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري، تحقيق: محمد أبو الفضل، الناشر: دار المعارف، الطبعة الرابعة، القاهرة.

٤٣. **تاريخ المدينة**: لأبي زيد عمر بن شبه النميري البصري، حققه: فهيم محمد شلتوت، توزيع السيد حبيب محمود أحمد، دار الأصفهاني، جدة.

٤٤. **تاريخ خليفة بن خياط**: لخليفة بن خياط، تحقيق: د. أكرم ضياء العمري، مؤسسة الرسالة، دمشق، الطبعة الثانية، ١٣٩٧هـ.

٤٥ . **تأسيس النظر**: أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي ، الناشر: زكريا يوسف ، مكتبة الإمام ـ القاهرة .

٤٦ . **تبصرة الحكام**: لابن فرحون ، دار الكتب العلمية .

٤٧ . **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**: للزيلعي ـ دار المعرفة .

٤٨ . **تحرير ألفاظ التنبيه**: لأبي زكريا يحيىٰ بن شرف النووي ، تحقيق: عبد الغني الدقر ، دار القلم ـ دمشق ـ الطبعة الأولىٰ ، ١٤٠٨هـ .

٤٩ . **تحرير ألفاظ التنبيه**: لمحيي الدين يحيىٰ بن شرف النووي ، تحقيق: عبد الغني الدقر ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الأولىٰ ، سنة ١٤٠٨هـ .

٥٠ . **تحفة الأحوذي ذي شرح سنن الترمذي**: لأبي العلي محمد بن عبد الرحمن المباركفوري ، عني بنشره: الحاج حسن .

٥١ . **التحقيق في اختلاف الحديث**: ابن الجوزي . تحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، ط١ ، سنة ١٣٧٣هـ .

٥٢ . **تذكرة الحفاظ**: شمس الدين أحمد بن محمد الذهبي ، دار إحياء التراث الإسلامي ـ بيروت .

٥٣ . **الترغيب والترهيب من الحديث الشريف**: الحافظ أبو محمد زكي الدين عبد العظيم بن عبد القوي المنذري ، تحقيق: مصطفىٰ محمد عمارة ، إدارة إحياء التراث الإسلامي ـ قطر .

٥٤ . **التعليق الكبير في مسائل الخلاف بين الأئمة**: أبو يعلىٰ الفرّاء الحنبلي ، مخطوط: فيض الله أفندي ـ تركيا .

٥٥ . **التعليقة الكبرىٰ في الفروع**: لأبي الطيب ، كتاب الديات ، رسالة دكتوراه ، لمرضي الدوسري ـ الجامعة الإسلامية ، وكتاب الحدود والقسامة والسير ، رسالة دكتوراه ، لمازن الحارثي ـ الجامعة الإسلامية .

٥٦ . **تفسير الطبري «جامع البيان عن تأويل القرآن»**: أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ،

مكتبة ومطبعة مصطفىٰ البابي الحلبي، مصر، ط٣، ١٣٨٦هـ.

٥٧. **تفسير الفخر الرازي «مفاتيح الغيب»**: محمد الرازي فخر الدين بن ضياء الدين عمر الشهير بخطيب الري، مصور عن الطبعة الأولىٰ، الناشر: دار الفكر ـ بيروت. سنة ١٤٠١هـ.

٥٨. **تفسير القرآن العظيم**: لابن كثير، دار المعرفة.

٥٩. **تقريب التهذيب**: لأحمد بن عليّ بن حجر العسقلاني، دار نشر الكتب الإسلامية، كوجرانواله ـ باكستان، الطبعة الأولىٰ، سنة ١٣٩٣هـ.

٦٠. **تقويم الأدلة**: أبو زيد عبد الله بن عمر الدبوسي، مخطوط برقم ٢٥٥ ـ نسخة القدس.

٦١. **تكملة المجموع للسبكي**: لتقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي. ينظر: المجموع.

٦٢. **تكملة فتح القدير، ينظر: فتح القدير**: لشمس الدين أحمد بن قود، المعروف بقاضي زاده أفندي.

٦٣. **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني سنة ١٣٨٤هـ، شركة الطباعة الفنية ـ القاهرة.

٦٤. **تنوير الأبصار**: لشمس الدين محمد بن عبد الله بن أحمد الغزي الحنفي. ينظر: رد المحتار.

٦٥. **تهذيب الأحكام (مخطوط)**: للإمام البغوي.

٦٦. **تهذيب التهذيب**: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، حيدر آباد الدكن ـ الهند، ط١، سنة: ١٣٢٥هـ.

٦٧. **جامع أحكام الصغار**: محمد بن محمود الأسروشني، تحقيق: عبد الحميد عبد الخالق البيزالي ـ العراق، الطبعة الأولىٰ، سنة ١٩٨٢م.

٦٨. **جامع البيان عن تأويل آي القرآن**: لمحمد بن جرير الطبري، ط٣، ١٣٨٨هـ، مصطفى الباب الحلبي ـ القاهرة.

٦٩. **الجامع الصحيح (مع الفتح)**: لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب، المطبعة السلفية ـ القاهرة، ١٣٨٠هـ.

٧٠. **الجامع الصغير مع شرحه اللكنوي**: لمحمد بن الحسن الشيباني.

٧١. **جامع بيان العلم وفضله**: لأبي عمر يوسف بن عبد البر النمري القرطبي، نسخة مصورة عن المطبعة المنيرية، دار الكتب العلمية، بيروت.

٧٢. **الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)**: لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، ط٣، مصورة عن مطبعة دار الكتب المصرية ـ دار الكتاب العربي، ١٣٨٧هـ.

٧٣. **الجامع لأحكام القرآن**: لأبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، ط٣، مصورة عن مطبعة دار الكتب المصرية ـ دار الكتاب العربي، ١٣٨٧هـ.

٧٤. **جزء القراءة خلف الإمام**: أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الناشر: جميعة محمد بمبي ـ الهند.

٧٥. **جمع الجوامع**: عبد الوهاب ابن السبكي، دار الكتب العلمية ـ بيروت.

٧٦. **الجواهر المضيئة في تراجم الحنفية**: أبو محمد عبد القادر بن محمد، تحقيق: عبد الفتاح الحلو، مطبعة عيسىٰ البابي الحلبي ـ القاهرة، سنة: ١٣٩٨هـ.

٧٧. **حاشية العلامة البناني علىٰ شرح جمع الجوامع**: مطبعة مصطفىٰ البابي الحلبي ـ مصر ـ سنة: ١٣٥٦هـ.

٧٨. **الحاوي الكبير شرح مختصر المزني**: لأبي الحسن علي بن محمد الماوردي الشافعي، تعليق علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الودود، مكتبة دار الباز ـ مكة المكرمة، ط١، ١٤١٤هـ.

٧٩. **الحجة علىٰ أهل المدينة**: لمحمد بن الحسن الشيباني تحقيق: مهدي حسن

كيلاني، ط١، مطبعة المعارف الشرقية ـ الهند، ص ١٣٩٠هـ.
٨٠. **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء**: أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني، دار الكتاب العربي ـ بيروت، ط٣، سنة: ١٤٠٠هـ.
٨١. **حلية العلماء في معرفة مذاهب العلماء**: سيف الدين أبو بكر محمد بن أحمد الشاشي القفال، تحقيق: د. ياسين أحمد إبراهيم، مؤسسة الرسالة، دار الأرقم، ط١، سنة: ١٤٠٠هـ.
٨٢. **خادم الرافعي والروضة**: لمحمد بن عبد الله الزركشي (مخطوط).
٨٣. **الخراج**: لأبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ـ القاهرة ـ المطبعة السلفية.
٨٤. **خزانة الأدب ولب لباب لسان العرب**: لعبد القادر بن عمر البغدادي، تحقيق: عبد السلام هارون، الهيئة المصرية العامة للكتاب، الطبعة الثالثة، ١٩٧٩هـ.
٨٥. **خلاصة الوفاء بأخبار دار المصطفى ﷺ**: لعلي بن عبد الله بن أحمد الحسني السمهودي، نشر: المكتبة العلمية، بالمدينة، ط ١٣٩٢هـ.
٨٦. **الدر المختار على تنوير الأبصار (مع رد المحتار)**: لمحمد علاء الدين الحصفكي، مطبعة مصطفى البابي، القاهر، ط. ٢، سنة ١٣٨٦هـ.
٨٧. **الدراية في تخريج أحاديث الهداية**: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تعليق: عبد الله هاشم يماني، مطبعة الفجالة ـ القاهرة، سنة: ١٣٨٢هـ.
٨٨. **ديوان أبي تمام بشرح التبزيزي**: ط٣، دار المعارف ـ مصر، ١٩٧٦م.
٨٩. **ديوان الأعشى**: لميمون بن قيس، تحقيق: د. محمد محمد حسين، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٧٤م.
٩٠. **ديوان الحطيئة برواية وشرح ابن السكيت**: تحقيق: د. نعمان محمد أمين طه، مكتبة الخانجي، القاهرة، طبعة ١٤٠٧هـ.
٩١. **ديوان حسان بن ثابت**: تحقيق: د. وليد عرفات ـ دار صادر ـ بيروت.
٩٢. **ديوان زهير بن أبي سلمى، صنعة الأعلم الشنتمري**: تحقيق: د. فخر الدين قباوه،

دار الآفاق الجديدة، بيروت.

٩٣. **ديوان علي بن أبي طالب ﷺ**: طبع بولاق.

٩٤. **رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)**: لمحمد بن أمين الشهير بابن عابدين، مطبعة المصطفى البابي ـ القاهرة، ط٢، ١٣٨٦هـ.

٩٥. **روضة الطالبين وعمدة المفتين**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، المكتب الإسلامي ـ بيروت، ط١، ١٣٩٥هـ.

٩٦. **رؤوس المسائل**: أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشري، تحقيق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية ـ بيروت، ط١، سنة: ١٤٠٧هـ.

٩٧. **رؤوس المسائل**: لسليم الرازي ـ مخطوط.

٩٨. **زاد المستقنع مع شرحه**: للحجاوي وشرحه للشيخ الفوزان.

٩٩. **الزاهر في غرائب ألفاظ الشافعي**: لأبي منصور الأزهري، تحقيق: عبد الحميد السعدي، دار الطلائع ـ القاهرة.

١٠٠. **الزهرة**: لمحمد بن داود الأصفهاني، تحقيق: د. إبراهيم السامرائي، د. نور حمود القيسي، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن.

١٠١. **سنن ابن ماجه**: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، مطبعة عيسى البابي الحلبي ـ مصر.

١٠٢. **سنن أبي داود (مع المعالم)**: لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزدي، تحقيق: عزت عبيد الدعاس، طبعة دار الحديث ـ بيروت، ١٣٨٨هـ.

١٠٣. **سنن البيهقي (السنن الكبرى)**: لأبي بكر محمد بن الحسين البيهقي ـ مصورة عن الطبعة الأولى ـ دار الباز ـ مكة.

١٠٤. **سنن الترمذي**: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي.

١٠٥. ينظر: تحفة الأحوذي وعارضة الأحوذي.

١٠٦. **سنن الدارقطني**: لعلي بن عمر الدارقطني، تحقيق: عبد الله هاشم يماني/ شركة

الطباعة الفنية ـ مصر سنة: ١٣٨٦هـ.

١٠٧. **سنن الدارمي**: لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن بهرام الدارمي، طبعة بعناية: محمد أحمد دهمان، دار إحياء السُّنَّة النبوية ـ بيروت.

١٠٨. **سنن النسائي (المجتبىٰ)**: لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، مكتبة البابي الحلبي ـ القاهرة، ط١، سنة: ١٣٨٣هـ.

١٠٩. **سنن سعيد بن منصور بن شعبه الخرساني المكي**: حققه: حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة الأولىٰ، سنة ١٣٨٧هـ.

١١٠. **سير أعلام النبلاء**: شمس الدين محمد أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط، إبراهيم الزئبق ـ مؤسسة الرسالة، ط١، بيروت.

١١١. **الشامل في فقه الشافعية**: كتاب القسامة: تحقيق: د. عواض العمري.

كتاب السير: رسالة ماجستير ـ الجامعة الإسلامية.

كتاب قتال أهل البغي: تحقيق: د. أحمد عبد الله كاتب.

كتاب السرقة: تحقيق: د. أحمد عبد الله كاتب.

كتاب الحدود: تحقيق: د. محمد الزاحم.

١١٢. **شذرات الذهب في أخبار من ذهب**: أبو الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي، منشورات دار الآفاق الجديد ـ بيروت.

١١٣. **شرح السنة**: أبو الحسين بن مسعود الفراء البغوي، تحقيق: شعيب الأرناؤوط ـ المكتب الإسلامي، ط٢، سنة: ١٤٠٣هـ.

١١٤. **شرح اللمع**: أبو إسحاق إبراهيم الشيرازي الشافعي، تحقيق: عبد المجيد تركي، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت، ط١، سنة: ١٤٠٨هـ.

١١٥. **شرح النووي علىٰ صحيح مسلم**: لأبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المطبعة العصرية ومكتبتها، القاهرة.

١١٦. **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**: شهاب الدين أبو العباس

أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية ـ دار الفكر ـ القاهرة.

١١٧. **شرح كتاب السير الكبير**: لمحمد بن أحمد السرخسي، تحقيق: د. صلاح الدين المنجد.

١١٨. **شرح معاني الآثار**: لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي، تعليق: محمد بن سعيد عبد الحق، مطبعة الأنوار المحمدية ـ القاهرة.

١١٩. **صحيح ابن خزيمة**: أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السلمي النيسابوري، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي ـ دمشق.

١٢٠. **صحيح الإمام مسلم بن الحجاج**: الإمام مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري.

ينظر: شرح صحيح مسلم للنووي.

١٢١. **صحيح الجامع الصغير وزياداته**: لمحمد ناصر الدين الألباني.

١٢٢. **ضعيف الجامع الصغير**: للألباني، طبعة المكتب الإسلامي.

١٢٣. **طبقات ابن سعد (الكبرى)**: لمحمد بن سعد، دار صادر، بيروت.

١٢٤. **طبقات الحنابلة**: للقاضي أبي الحسين محمد بن أبي يعلى الحنبلي، تحقيق: حامد الفقي، مطبعة المحمدية ـ القاهرة، ١٣٧١هـ.

١٢٥. **طبقات السبكي (الكبرى)**: لتاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق: د. عبد الفتاح الحلو، د. محمود الطناحي، مطبعة عيسى البابي الحلبي ـ القاهرة، ط١، ١٣٨٥هـ.

١٢٦. **طبقات الشافعية الكبرى (طبقات السبكي)**: تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب بن علي السبكي، تحقيق: د. عبد الفتاح الحلو ود. محمود الطناحي، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ط١، سنة: ١٣٨٥هـ.

١٢٧. **طبقات النحويين واللغويين**: لأبي بكر محمد بن الحسن الزبيدي، تحقيق:

محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف ـ مصر، ط. ٢، سنة ١٩٨٤م.
١٢٨. **الطريقة الحصيرية في مسائل الخلاف بين الشافعية والحنفية: مخطوط رقم ٣٦٦**: جمال الدين محمود الحصيري ـ دار الكتب المصرية.
١٢٩. **عارضة الأحوذي شرح سنن الترمذي**: لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي المالكي، مطبعة دار العلم للجميع ـ بيروت.
١٣٠. **العبر في أخبار مَنْ غبر**: لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، حققه: أبو هاجر محمد السعيد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، ط. ١، سنة ١٤٠٥هـ.
١٣١. وتحقيق: د. صلاح الدين المنجد ـ دائرة المطبوعات والنشر، الكويت، سنة: ١٩٦٠م.
١٣٢. **العذب الفائض شرح عمدة الفارض**: لإبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم الفرضي، دار الفكر، بيروت.
١٣٣. **علل الحديث**: ابن أبي حاتم.
١٣٤. **عون الباري لحل أدلة صحيح البخاري**: لصديق حسن خان، تحقيق: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري ـ قطر، ط ٢ ١٤٠٢هـ.
١٣٥. **الغاية القصوىٰ في دراية الفتوىٰ**: قاضي القضاة عبد الله بن عمر البيضاوي، تحقيق: علي محيي الدين علىٰ القره داغي، الطبعة الأولىٰ ـ العراق.
١٣٦. **غريب الحديث**: لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي، دار الكتاب العربي ـ مصور عن طبعة حيدر آباد.
١٣٧. **الفائق في غريب الحديث**: محمود عمر الزمخشري ـ تحقيق: علي محمد البجاوي ومحمد أبو الفضل إبراهيم. ط٢، مطبعة عيسىٰ البابي الحلبي ـ مصر.
١٣٨. **فتح الباري شرح صحيح البخاري**: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ينظر: الجامع الصحيح، للإمام البخاري.

١٣٩. **فتح القدير شرح الهداية**: لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الحنفي المشهور بابن الهمام، مصطفى الباب الحلبي ـ القاهرة، ط١، ١٣٨٩هـ.

١٤٠. **فصيح ثعلب والشروح التي عليه**: أبو العباس ثعلب، تحقيق: د. محمد عبد المنعم خفاجي، الناشر: مكتبة التوحيد بدرب الجماميز ـ القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ١٣٦٨هـ.

١٤١. **فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت**: عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري.
ينظر: المستصفى.

١٤٢. **الفوائد البهية في تراجم الحنفية**: أبو الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، دار الطباعة ـ بيروت.

١٤٣. **فيض القدير شرح الجامع الصغير**: للعلامة محمد عبد الرؤوف المناوي، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة، ط١، ١٣٥٦هـ.

١٤٤. **القاموس المحيط**: لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة، ط. ٢، سنة ١٣٧١هـ.

١٤٥. **القبس في شرح موطأ الإمام مالك بن أنس**: لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، تحقيق: د. محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي ـ بيروت.

١٤٦. **قواطع الأدلة في أصول الفقه**: لأبي المظفر السمعاني، تحقيق: د. علي الحكمي، ط١، ١٤١٩هـ.

١٤٧. **قوانين الأحكام الشرعية**: لمحمد بن أحمد بن جُزَي الغرناطي المالكي، الناشر: دار العلم للملايين ـ بيروت.

١٤٨. **الكافي في فقه أهل السنة**: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، تحقيق: د. محمد أحمد الموريتاني، ط١، سنة: ١٣٩٨هـ.

١٤٩. **الكامل في التاريخ**: عز الدين أبو الحسن علي بن أبي الكرم ابن الأثير الشيباني ـ دار صادر ـ بيروت ـ سنة: ١٣٩٩هـ.

١٥٠. **الكامل في ضعفاء الرجال**: أبو أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني، دار الفكر ـ بيروت، ط٢، سنة: ١٤٠٥هـ.

١٥١. **كتاب الحيوان**: لأبي عثمان عمرو بن بحر الجاحظ، تحقيق وشرح: عبد السلام هارون، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط٢.

١٥٢. **كتاب المجروحين من المحدِّثين والضعفاء والمتروكين**: لمحمد بن حبان بن أحمد بن أبي حاتم البستي، تحقيق: محمود إبراهيم زائد، دار الوعي ـ حلب، الطبعة الأولى، سنة ١٣٩٦هـ.

١٥٣. **كتاب سيبويه (الكتاب)**: أبو بشر عثمان بن قنبر، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر ـ القاهرة سنة: ١٣٨٨هـ.

١٥٤. **كتاب فضائل الصحابة**: للإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق: وصي الله بن محمد عباس، الناشر: مركز البحث العلمي، جامعة أم القرى بمكة المكرمة، الطبعة الأولى، سنة ١٤٠٣هـ.

١٥٥. **كشاف القناع شرح الإقناع**: للعلامة منصور بن يونس البهوتي، مطبعة الحكومة ـ مكة المكرمة، ص ١٣٩٤هـ.

١٥٦. **كشف الأستار عن زوائد البزار**: نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الناشر: مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ط١، سنة: ١٣٩٩هـ.

١٥٧. **كشف الأسرار عن أصول البزدوي**: لعلاء الدين عبد العزيز أحمد البخاري، الناشر: دار الكتاب العربي، ـ بيروت، ط٢.

١٥٨. **كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون**: مصطفى بن عبد الله الشهيري بحاجي خليفة، مكتبة المثنى ـ بغداد.

١٥٩. **كنـز الدقائق مع شرحه تبيين الحقائق**: لأبي البركات عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي.

١٦٠. **اللباب في الجمع بين السنة والكتاب**: لأبي محمد علي بن زكريا المنبجي، تحقيق: د. محمد فضل عبد العزيز المراد، الناشر: دار الشروق ـ جدة، ط١، سنة: ١٤٠٣هـ.

١٦١. **اللباب في تهذيب الأنساب**: عز الدين ابن الأثير، دار صادر ـ بيروت.

١٦٢. **لسان العرب**: لابن منظور جمال الدين بن محمد بن مكرم الأنصاري، طبعة مصورة عن طبعة بولاق، الدار المصرية للتأليف والنشر.

١٦٣. **لسان العرب**: لابن منظور جمال الدين بن محمد بن مكرم الأنصاري، طبعة مصورة عن طبعة بولاق، الدار المصرية للتأليف والنشر.

١٦٤. **لسان الميزان**: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، منشورات المجلس الأعلىٰ للمطبوعات ـ الهند، مصورة عن الطبعة الأولىٰ، سنة: ١٩٧١م ـ بيروت.

١٦٥. **المبسوط**: لشمس الأئمة السرخسي، ط٣، بالأوفست سنة ١٣٩٨هـ، دار المعرفة ـ بيروت.

١٦٦. **مجالس ثعلب**: لأبي العباس أحمد بن يحيىٰ ثعلب، شرح وتحقيق: عبد السلام هارون، دار المعارف ـ مصر، ط٣، ١٩٨٠م.

١٦٧. **مجمع الأمثال**: لأبي الفضل أحمد بن محمد النيسابوري المعروف بالميداني، المطبعة البهية المصرية ـ ميدان الأزهر.

١٦٨. **مجمع الأنهر شرح ملتقىٰ الأبحر**: شيخ زاده، الطبعة الأولىٰ، سنة ١٣٠٩هـ ـ تركيا.

١٦٩. **المجموع شرح المهذب**: لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، حققه وعلق عليه: محمد نجيب المطيعي، الناشر: مكتبة الإرشاد ـ جدة.

١٧٠. **مختصر اختلاف العلماء للجصاص**: أحمد بن علي الجصاص، تحقيق: عبد الله

نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية ـ بيروت، ط١، ١٤١٦هـ.

١٧١. **المحاسن والمساوئ**: لإبراهيم بن محمد البيهقي، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، مكتبة نهضة مصر ـ القاهرة.

١٧٢. **المحلى**: لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم، تحقيق: حسن زيدان، طلبه مكتبة الجمهورية ـ القاهرة، ١٣٨٩هـ.

١٧٣. **مختصر اختلاف العلماء**: لأحمد بن محمد الطحاوي، اختصار أبي بكر أحمد بن علي الجصاص، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد ـ دار البشائر الإسلامية ـ بيروت.

١٧٤. **مختصر الطحاوي**: لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، دار الكتاب العربي ـ القاهرة سنة ١٣٧٠هـ.

١٧٥. **مختصر القدوري (مع الجوهرة)**: لأبي الحسين أحمد بن محمد القدوري.

١٧٦. **مختصر المزني (مع الأم)**: لأبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني. ينظر: الأم.

١٧٧. **مختلف الرواية**: علاء الدين بن محمد السمرقندي، مخطوط رقم ١٨٨ عثمانية ـ حلب.

١٧٨. **المختلف بين أبي حنيفة وأصحابه**: للسمرقندي، مخطوط.

١٧٩. **المدونة الكبرى**: للإمام مالك بن أنس برواية سحنون، مطبعة دار السعادة ـ مصر.

١٨٠. **المستدرك على الصحيحين**: لأبي عبد الله الحاكم النيسابوري، الناشر: دار الكتاب العربي ـ بيروت.

١٨١. **المستصفى في علم الأصول**: لحجة الإسلام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، ط١، المطبعة الأميرية ـ بولاق ـ سنة: ١٣٢٢هـ.

١٨٢. **المسند (المتن)**: للإمام أحمد بن حنبل، دار صادر ـ بيروت، وتحقيق: شعيب

الأرنؤوط ورفقائه، بإشراف: د. عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة ـ بيروت، ١٤١٣هـ.

١٨٣. **مسند أبي داود الطيالسي**: لسليمان بن داود بن الجارود، مجلس دائرة المعارف النظامية ـ حيدر آباد ـ الهند، ط١، سنة: ١٣٢١هـ.

١٨٤. **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي**: لأحمد بن محمد بن علي الفيومي، الناشر: المكتبة العلمية ـ بيروت.

١٨٥. **مصنف ابن أبي شيبة (الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار)**: لعبد الله بن محمد بن أبي شيبة، تحقيق: عامر العمري الأعظمي، الناشر: مختار أحمد الندوي ـ الدار السلفية ـ بومباي ـ الهند.

١٨٦. **معالِم السنن علىٰ سنن أبي داود**: لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم الخطابي، ينظر: سنن أبي داود.

١٨٧. **معالم السنن**: لأبي سليمان حمد بن محمد إبراهيم الخطابي، ينظر: سنن أبي داود.

١٨٨. **معاني القرآن**: أبو إسحاق إبراهيم بن السري، تحقيق: د. عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب ـ بيروت، الطبعة الأولىٰ، سنة ١٤٠٨هـ.

١٨٩. **معاني القرآن**: أبو زكريا يحيىٰ بن زياد الفرَّاء، عالَم الكتب ـ بيروت، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٠م.

١٩٠. **معجم البلدان**: لياقوت الحموي ـ دار صادر ـ بيروت.

١٩١. **المعجم الكبير**: أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، حققه: حمدي بن عبد المجيد السلفي ـ مطبعة الأمة، بغداد.

١٩٢. **معجم المؤلفين في تراجم مصنفي الكتب العربية**: عمر رضا كحالة، الناشر: مكتبة المثنىٰ ـ بغداد.

١٩٣. **مغني المحتاج شرح المنهاج**: لمحمد الشربيني الخطيب، مكتبة مصطفىٰ البابي

الحلبي ـ القاهرة، ١٣٧٧هـ.

١٩٤. **المغني شرح مختصر الخرقي**: لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، تحقيق: د. عبدالله التركي والدكتور/ عبد الفتاح الحلو، دار هجر للطباعة والنشر ـ القاهرة، ط. ١، سنة ١٤٠٦هـ.

١٩٥. **المغني في الضعفاء**: شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: د. العتر، دار المعارف.

١٩٦. **المقدمات الممهدات (لابن رشد الجد)**: لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، ط١، مطبعة السعادة ـ القاهرة.

١٩٧. **المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل**: موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، مكتبة الرياض الحديث ـ الرياض ـ سنة: ١٤١٠هـ.

١٩٨. **المنتخب من سياق تاريخ نيسابور**: عبد الغافر الفارسي، مخطوط، مكتبة الدراسات بالجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، رقم ١٣٠ ـ رجال.

١٩٩. **المنتقىٰ شرح الموطأ**: أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، ط٢، دار الكتاب العربي ـ بيروت.

٢٠٠. **المنتقىٰ من السنن المسندة عن رسول الله ﷺ**: أبو محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري، تعليق: عبد الله هاشم يماني، مطبعة الفجالة الجديدة القاهرة، طبعة سنة ١٣٨٢هـ.

٢٠١. **المنهاج مع شرحه المغني**: أبو زكريا محي الدين بن شرف النووي، مطبعة مصطفىٰ البابي الحلبي ـ القاهرة.

٢٠٢. **المنهاج مع شرحه مغني المحتاج**: لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي، مطبعة مصطفىٰ البابي الحلبي ـ القاهرة.

٢٠٣. **منيه الألمعي فيما فات من تخريج أحاديث الهداية للزيلعي**: للحافظ قاسم بن قطلوبغا، مع نصب الراية.

٢٠٤ . **المهذب**: لأبي إسحاق إبراهيم الشيرازي، مصطفى البابي الحلبي ـ القاهرة، ١٣٨٦هـ، وتحقيق: د. محمد الزحيلي، دار القلم ـ دمشق، ط١، ١٤١٧هـ.

٢٠٥ . **الموطأ (مع المنتقى)**: للإمام مالك بن أنس إمام در الهجرة.

ينظر: المنتقى شرح الموطأ.

٢٠٦ . **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**: محمد بن أحمد الذهبي، تحقيق: علي محمد البجاوي، مطبعة عيسى الحلبي ـ القاهرة.

٢٠٧ . **النجوم الزاهرة في ملوك مصر والقاهرة**: جماد الدين بن أبي المحاسن يوسف بن تغري بردي الأتابكي، المؤسسة المصرية العامة للنشر والترجمة، القاهرة.

٢٠٨ . **نصب الراية لتخريج أحاديث الهداية**: لجمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف الزيلعي، الناشر: المكتبة الإسلامية ـ استانبول، ط. ٢، سنة: ١٣٩٣هـ.

٢٠٩ . **النكت في المسائل المختلف فيها بين الشافعي وأبي حنيفة**: أبو إسحاق إبراهيم بن علي الفيروز آبادي الشيرازي، مخطوط رقم (١١٥٤) مصور عن أحمد الثالث.

٢١٠ . **نهاية المحتاج شرح المنهاج**: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة ١٣٨٦هـ.

٢١١ . **النهاية في غريب الحديث والأثر**: مجد الدين أبو السعادات المبارك محمد الجزري (ابن الأثير)، تحقيق: طاهر أحمد الزوى، ومحمود الطناحي، الناشر: المكتبة الإسلامية.

٢١٢ . **نوادر المخطوطات العربية في مكتبات تركيا**: رمضان ششن، ط١، دار الكتاب الجديد، بيروت.

٢١٣ . **النوادر في اللغة**: أبو زيد الأنصاري، تحقيق د. محمد عبدالقادر أحمد، ط١،

دار الشروق.

٢١٤. **الهداية (مع فتح القدير)**: لبرهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ط١٠، مطبعة مصطفىٰ البابي الحلبي ـ القاهرة.

٢١٥. **الهداية (مع فتح القدير)**: لأبي الحسن عليّ بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، مطبعة مصطفىٰ البابي الحلبي، مصر، ينظر: فتح القدير.

٢١٦. **هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**: إسماعيل باشا البغدادي، الناشر: مكتبة المثنىٰ، بغداد.

٢١٧. **الوساطة بين المتنبي وخصومه**: القاضي علي بن عبد العزيز الجرجاني، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم وعلي محمد البجاوي، مطبعة عيسىٰ البابي الحلبي ـ مصر.

٢١٨. **الوسيط في المذهب**: حجة الإسلام محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: علي محي الدين علي القرة داغي، ط١، العراق.



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

كتَابُ القصَاص

كتَابُ الدِّيات

الموضوع	الصفحة

كِتَابُ الحُدُوْد

كِتَابُ السَّرِقَة

الموضوع	الصفحة

كتاب السير

مسائل الصيد والذبائح

الموضوع	الصفحة

مسائل من الأيمان والنذور

مسائل من الأقضية والشّهادات

مسائل من الدّعْوى

الموضوع	الصفحة

مسائل من العتق والتّدبير والكتابة والاستيلاد



أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

❁ ما فكرة مشروع «أسفار» ؟

أسفار: مشروع يُعنى بطباعة الكتب الشرعية ؛ التي تهمُّ المختصين من طلبة العلم ، **ويتميَّز بأنَّ مطبوعاته تُباع بسعر التكلفة** أو قريب منه ؛ فهو مشروع خيري (غير ربحي).

❁ ما أهداف «أسفار» ؟

أسفار: مشروع يهدف لتحقيق غايات سامية ؛ منها:

ـ طباعة الكتب التراثية المحققة في جميع الفنون الشرعية (القرآن ، السنة ، العقيدة ، الفقه وأصوله ، اللغة) ، ونشر البحوث الشرعية الجادة لا سيما ذات الطابع التأصيلي ، مع التركيز والعناية بانتقاء الرسائل العلمية (الدكتوراه والماجستير) التي حقها أن تنشر ، وإشهار المصنفات المغمورة التي لم تطبع من قبل ، مع توفير الكتب النافعة بأسعار مخفَّضة من غير أرباح تجارية ، لتكون مدعومةً وفي متناول المتعلمين ؛ تقرباً إلى الله بتيسير العلم على طالبيه.

❁ تمويل «أسفار»:

يرتكز تمويل أسفار على: التمويل المباشر من المحسنين ، الذين نسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء ، ويجعل ما يقدمونه من مالٍ في موازين حسناتهم ، وأن يجعل هذا المال المبذول منهم عملاً داخلاً في قوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث... أو علمٌ ينتفع به» ، والكتب مصدر أصيل من مصادر العلم ورافد عظيم من روافد المعارف ، وما عُبِدَ الله بعبادةٍ أعظم من العلم الشرعي.

❁ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

faar16@gmai.com @sfaar16